

CONTRATO-PROMESSA – ARTIGO 410.º, N.º 3,
DO CÓDIGO CIVIL – ABUSO DO DIREITO –
– INALEGABILIDADE FORMAL

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
DE 12 DE NOVEMBRO DE 1998

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

1. Socrud — Sociedade de Construções Rumina Dinis e Filhos, Lda., e R.G.O. — Sociedade de Estudos e Realização de Grandes Obras, SA, outorgaram, em 4.4.90, aquela como promitente-compradora, e esta como promitente-vendedora, um contrato-promessa, escrito e por ambas assinado, de compra e venda de um andar no edifício em construção sito no Campo Grande, Lisboa, n.ºs 220 a 220 D;

o preço acordado foi de 105.000.000\$00, de que a Socrud entregou, em datas diversas, prestações que perfazem 103.250.000\$00;

na data da assinatura do contrato-promessa, a obra estava licenciada, e assim continuou, através de sucessivas prorrogações da licença, ou sua substituição, até ficar pronta, em 25.11.93;

o legal representante da Socrud pediu aos representantes legais da R.G.O. dispensa do reconhecimento das assinaturas no contrato-promessa, e, também, da certificação notarial da licença de obras, alegando tratar-se de formalidades meramente burocráti-

cas, perfeitamente dispensáveis entre pessoas conhecidas e de bem;

os representantes legais da R.G.O. anuíram;

no dia 12.6.92, a R.G.O. comunicou à Socrud que a escritura de compra e venda da fracção se realizaria no dia 2.7.92, no 17.º Cartório Notarial de Lisboa;

a Socrud recusou-se a celebrar a contrato prometido, e *pediu em juízo* a restituição dos 103.250.000\$00, e juros, com fundamento na nulidade do contrato, por violação da norma imperativa do n.º 3, do art. 410.º, CC (¹);

a acção procedeu parcialmente na 1.ª instância (só não procedeu totalmente quanto a juros), mas, em apelação que a R.G.O. levou ao Tribunal da Relação de Lisboa, a sentença da 1.ª instância foi, ali, revogada, e a apelante foi, então, absolvida do pedido;

entendeu a Relação haver, no caso, ofensa dos princípios da boa fé, e, daí, concluiu pela improcedência do pedido, por causa de *abuso de direito*, nos termos do art. 334.º, CC, ou, mesmo, porque, em tais circunstâncias, a invocação da nulidade do contrato se não enquadra na previsão do próprio n.º 3, do art. 410.º, citado.

2. É deste acórdão que a Socrud pede revista, pedindo a sua revogação, para que fique a vigorar a sentença da 1.ª instância; fundamenta, em resumo, no seguinte:

- a falta das formalidades em causa é principalmente imputável à recorrida, ou pelo menos, igualmente imputável a ambas as partes;
- a invocação da nulidade de um contrato por falta de forma não é imoral, muito menos no presente caso, em que a licença de utilização, tida como indispensável pelo sócio-gerente da autora, que pretendia habitar o andar, só foi obtida quase um ano depois de intentada a acção;
- não estão preenchidos, no caso, os requisitos que condicionam a relevância, em termos de abuso de direito, do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*);

(¹) Código Civil.

- a invocação da nulidade de um contrato por causa de vício de forma afecta, na íntegra, o negócio, ainda que a parte arguente não aja de boa fé.

3. O acórdão sob recurso, todo ele estruturado nos princípios, da boa fé, assenta a decisão sobre dois alicerces:

- o abuso de direito, que, atento o sentido da nulidade implicada, impediria a arguição do vício;
- o argumento de maioria de razão segundo o qual a possibilidade legal de o promitente-vendedor invocar a culpa da outra parte com vista à declaração de nulidade, ou anulação, do negócio, implica que a possa, de igual modo, invocar, para efeitos da sua (negócio) conservação.

4. A norma imperativa do n.º 3, do art.º 410.º, CC, quer na redacção primitiva (DL 263/80, de 18/7), quer na actual (DL 379/86, de 11/11), visou primordialmente a protecção do promitente-comprador, como parte sociologicamente mais fraca do tipo de negócio regulado, ao exigir que o documento que titula obrigatoriamente a promessa recíproca, condicionando-lhe a validade, contenha “o reconhecimento presencial da assinatura do promitente e a certificação, pelo notário, da existência da licença respectiva de utilização ou construção ...”.

Tal objectivo da lei é manifesto no preâmbulo dos citados diplomas, mais marcadamente no primeiro (que lançou a norma), já que, neste particular, isto é, no respeitante ao n.º 3, do art. 410.º, o DL 379/86 se limitou a, segundo os seus próprios termos (do preâmbulo) tornar “manifesto que se abrangem quaisquer contratos definitivos, típicos ou atípicos, dirigidos à transmissão ou constituição onerosa de direitos reais”, e a pôr “o regime de nulidade decorrente de vício de forma ... em sintonia perfeita com as regras gerais de culpa”.

Com esta última modificação, de carácter inovatório (a outra é meramente interpretativa), o legislador de 1986 facilitou (ampliando-lhe o fundamento) a invocação, pelo promitente-vendedor, da sanção correspondente à omissão daqueles requisitos.

5. Isto na lógica decorrência do facto de as formalidades prescritas no n.º 3, do art. 410.º, não terem sido postas unicamente ao serviço da protecção do consumidor, mas também (embora, deve reconhecer-se, com menor empenho) ao da ponderação das partes, da precisão e proficiência das respectivas declarações negociais e da própria publicidade do contrato, que são vantagens normalmente associadas à preferência do legislador pela forma, em detrimento da pura consensualidade, e que estão, com efeito, subentendidas na preocupação de “solenidade”, também apresentada, ao lado da protecção do promitente-comprador, como razão de ser da criação da norma.

6. Mas que sanção é aquela, que a omissão dos mencionados requisitos provoca?

O art. 294.º, CC, prescreve que “os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”.

A hipótese do n.º 3, do art. 410.º, é, com certeza, um desses “casos em que outra solução (resulta) da lei”, visto que o regime de arguição do vício (omissão das formalidades prescritas na norma) se não concilia com o estatuído, quer para a nulidade (art. 286.º, CC), quer para a anulabilidade (287.º, CC).

Segundo os Assentos 15/94 e 3/95, tirados sobre a primitiva redacção do preceito (mas que se devem considerar em vigor, na sua função actual de meros uniformizadores de jurisprudência⁽²⁾), uma vez que, entre uma e outra versão do preceito em causa, não houve substancial modificação, no que toca à matéria que interessa à doutrina neles expandida) segundo aqueles Assentos, dizíamos, a omissão dos requisitos referidos no n.º 3, do art. 410.º não pode ser invocada por terceiros, nem oficiosamente conhecida e declarada pelo tribunal.

Nada disso é compatível com um regime de pura nulidade. Por outro lado, a legitimidade para arguir o vício, embora restrita aos contraentes, não lhes foi atribuída, em todas as circunstâncias, na condição de titulares do interesse especialmente protegido pela

(2) Cfr. art. 17.º, n.º 2, DL 329-A/95, de 12/12.

norma (de outro modo, apenas ao promitente-comprador teria sido atribuída tal legitimidade);

e não existe limite de tempo para a arguição.

Estas são características que se não enquadram nas que o art. 287.º estabeleceu para a anulabilidade.

Temos, portanto, na omissão dos requisitos prescritos no n.º 3, do art. 410.º, CC, uma invalidade arguível a todo o tempo, subtraída ao conhecimento oficioso do tribunal, e apenas invocável pelos contraentes, mas, quanto ao promitente-vendedor, apenas no caso de a falta ser imputável ao (ser culposamente causada pelo) promitente-comprador.

Trata-se, pois, de uma nulidade ou anulabilidade ⁽³⁾ atípica.

7. Se a norma em causa pudesse ser encarada numa pura perspectiva de protecção dos interesses da parte sociologicamente mais fraca (se, portanto, as formalidades prescritas no n.º 3, do art. 410.º, integrassem exclusivamente a doutrinamente chamada “ordem pública de protecção”) haveria razões para concluir, numa visão teleológica, que, pelo menos quando o promitente-comprador induza a contra-parte a omitir as ditas formalidades, ficaria ele impedido de arguir a falta, em homenagem aos princípios basilares da boa fé, que subjazem a toda a teoria da formação e do cumprimento dos contratos.

O mesmo regime que o sujeita, por efeito de arguição do promitente-vendedor, à declaração de nulidade ou à anulação do contrato-promessa a que, por culpa sua, faltem os mencionados requisitos, lhe deveria impor, em tais hipóteses, como excepção inominada de direito material (a “exceptio doli” da velha doutrina) o impedimento de, por seu lado, a arguir.

8. Porém, e como já se disse, não são só os interesses de protecção da parte sociologicamente mais fraca que ditaram a exigência legal das formalidades prescritas no n.º 3, do art. 410.º, e, por tal razão, não é rigoroso concluir que tal “excepção” constitua

⁽³⁾ Não interessa, aos objectivos do recurso, a tomada de posição sobre se é caso de nulidade ou de anulabilidade.

um limite imanente do direito do promitente-comprador arguir a nulidade ou a anulabilidade.

O problema deve, pois, sem tratado e resolvido em sede de *abuso de direito*, e logo na área em que a intervenção desta espécie de válvula de escape do sistema revela mais dificuldades de afirmação, qual seja a das nulidades formais.

Com efeito, o facto de a nulidade por vício de forma poder ser arguida por qualquer interessado e conhecida, *ex officio*, pelo juiz, retira utilidade prática ao impedimento que, com base no art. 334.º, CC, se queira opor à arguição da nulidade pela parte que, em tal exercício, exceda manifestamente os limites considerados naquela disposição legal;

por outro lado, impedimento do direito de arguir o vício resultaria na atribuição de eficácia plena a um negócio que lei imperativamente declara ferido de uma congénita inabilidade para os produzir.

Mesmo assim, nesta área específica das invalidades (as *nulidades típicas*), há situações-limite, casos de gritante compromisso dos princípios da boa fé, que poderão justificar o impedimento, com fundamento em abuso de direito, da arguição da nulidade formal.

9. No caso dos autos, porém, e como já ficou dito, a omissão das formalidades configura uma nulidade ou anulabilidade atípica, apenas arguível, embora a todo o tempo, pelos dois contraentes (o direito de arguição da promitente-vendedora é, no presente caso, ostensivo, face à evidente *culpa* da promitente-compradora na falta dos requisitos exigidos pelo n.º 3, do art. 410.º).

É indiferente saber se se trata de culpa exclusiva ou concorrente com a promitente-vendedora, e, neste caso, se a desta é mais grave, pois basta que haja culpa relevante da promitente-compradora, e esta, como se disse, é manifesta.

Não se verificam, portanto, relativamente ao funcionamento do *abuso de direito*, no seu efeito de impedimento à alegação das nulidades formais, as dificuldades práticas acima referidas quanto às nulidades típicas.

E também improcede, neste particular, o argumento de que o abuso de direito não pode servir para convalidar negócios que a lei, à partida, declara desprovidos de eficácia;

é que, embora não totalmente indiferente a pressões de ordem pública dirigidas ao interesse geral, a norma imperativa em causa tem, como já se disse, um primacial escopo de protecção ao contraente sociologicamente mais débil, e daí que o impedimento, com fundamento em abuso de direito, a que este invoque a nulidade ou peça a anulação do negócio, por causa da omissão das formalidades, ali, exigidas, não constitua, como nas nulidades típicas, o contraditório reconhecimento de eficácia a um negócio que a lei, imperativamente, declara ineficaz, à nascença.

O problema mudaria, obviamente, de figura se, em vez das formalidades aqui consideradas, estivesse em causa a própria existência do documento escrito que titula o contrato-promessa.

10. O comportamento da autora, alegadamente contrário aos princípios da boa fé, é da categoria daqueles que convenceram a jurisprudência a, no domínio das nulidades por vício de forma, consagrarem a possibilidade, embora restrita, de um impedimento à arguição do vício por quem, ao assim proceder, viola intoleravelmente a boa fé, nomeadamente, por tomar atitude contraditória com todo o seu reiterado comportamento anterior perante a contra-parte.

São os casos em que é aquele que invoca a nulidade por falta da forma legalmente exigida que induziu o seu parceiro negocial a dispensar o formalismo.

11. A recorrente/autora, uma vez redigido e assinado o contrato-promessa, sabendo, naturalmente, que tais formalidades eram, nas circunstâncias, legalmente exigíveis, pediu à recorrida/ré que dispensasse o reconhecimento presencial das assinaturas, bem como a certificação notarial da licença de obras, argumentando que, entre, pessoas de bem, e conhecidas uma da outra, tal se não justificava;

a recorrida/ré aceitou;

e, neste enquadramento de confiança, o contrato foi-se realizando, com entrega das prestações, por parte da promitente-compradora e, por parte da promitente-vendedora, a realização da obra que aquelas entregas pressupunham;

em plena normalidade de relações contratuais, que se prolongaram por quase dois anos, foram transferidas, de uma parte para a outra, quantias em dinheiro que atingiram a avultada soma de 103.250.000\$00, e foi levantado, no Campo Grande, em Lisboa, um imóvel de grandes dimensões para a construção do qual, naturalmente, contribuíram aquelas transferências ou entregas.

Houve, assim, da parte da promitente-vendedora um forte e reiterado investimento na confiança que lhe mereceu o comportamento da promitente-compradora, e houve, da parte desta, uma reiterada e credível confirmação da atitude que, inicialmente, tomara para com o seu parceiro negocial.

Recusando-se a celebrar a escritura de compra e venda, com fundamento na omissão das formalidades que pediu para serem dispensadas, e recorrendo a juízo para, com base naquela falta, pedir a restituição do que pagara em execução do contrato, a recorrente/autora feriu gravemente os princípios da lisura, da transparência e da lealdade de procedimentos que a boa fé, como princípio estruturante do direito dos contratos, lhe impunha que observasse, e tudo isso em termos de tal maneira intoleráveis a uma sã consciência jurídica que reclamam, clamorosamente, a intervenção morigeradora do art. 334.º, CC. É patente o “comportamento contraditório” e o seu profundo desvio dos princípios da boa fé.

Declarar, em nome da ordem jurídica, que o direito, formalmente detido pela recorrente, de arguir a nulidade do contrato-promessa, ou de pedir a sua anulação, não pode ser, por ela, exercido, em nome dos mais elementares princípios da boa fé, constitui, neste caso, um claro imperativo de justiça.

12. E não releva a alegada “essencialidade” da licença de habitação do andar, já que nada permite concluir que assim seja, pois a recorrente não se lhe referiu no lugar próprio, que era a fase dos articulados, mesmo depois de, já na contestação, a ré ter invocado o abuso de direito.

13. Por todo o exposto, negam a revista.

Custas pela recorrente.

ANOTAÇÃO

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

I — INTRODUÇÃO

1. Generalidades

I. A jurisprudência portuguesa subsequente a 1985 tem feito uma aplicação intensiva dos institutos do abuso do direito e da boa fé. Na proporção do número de casos decididos, pensamos poder afirmar que, neste momento, *já foi ultrapassada a produção jurisprudencial alemã*, no tocante à concretização da boa fé: o nosso País coloca-se, assim, no topo do manuseio dos conceitos indeterminados e na busca *praeter* — e, porventura, *contra* — *legem* da justiça material.

Não podemos senão congratularmo-nos: trata-se dum epílogo feliz para um esforço científico que preencheu todo o final do século XX ⁽¹⁾.

Inevitavelmente, teriam de surgir algumas nuvens ⁽²⁾. Nalguns casos, o recurso ao abuso do direito serviu uma jurisprudência imediatista ou do sentimento ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cf., com indicações, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* (1984, reimp. 1997), especialmente 660 ss. e *A boa fé nos finais do século XX*, nesta Revista, Ano 56 (1996), 887-912.

⁽²⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português*, Livro I — *Parte geral*, tomo 1 (1999), n.º 65, V.

⁽³⁾ Cf. a prevenção de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Título, marca e registo de imprensa*, ROA 57 (1997), 1223-1263 (1260 ss.), a propósito de STJ 8-Jul.-1997 (PAIS DE SOUSA),

II. A SOCRUD - Sociedade de Construções Rumina Dinis e Filhos, Lda., adiante designada Autora, intentou contra a R.G.O. —Sociedade de Estudos e Realização de Grandes Obras, SA, adiante designada Ré, uma acção relativa à invocada nulidade dum contrato-promessa entre ambas celebrado. Em síntese, ela vem dizer o seguinte:

- que, em 4-Abr.-1990, foi celebrado, entre a A. e a R., determinado contrato-promessa relativo à venda, pela segunda e à primeira, duma fracção autónoma;
- que, nos termos desse contrato, a escritura definitiva deveria ser celebrada no prazo máximo de 30 dias úteis após estar legalmente constituída a propriedade horizontal, o que sucedeu em 12-Jun.-1992;
- que a R. informou a A. de que a escritura seria celebrada em 2-Jul.-1992;
- que, entretanto, a A. apurou não estar ainda resolvido o problema do acesso à garagem do prédio onde se situa a fracção prometida vender;
- que, por via dos inconvenientes derivados dessa situação e dado o estado de degradação da casa onde então habitava, o sócio-gerente da A. adquiriu, em Julho de 1991, uma outra fracção, nas Laranjeiras, onde passou a viver;
- que, em 30-Out.-1992, a A. dirigiu à R. uma carta onde pedia uma solução até ao fim do ano, sob pena de ter de se socorrer de outros meios;
- que o preço real da venda prometida foi de 105.000 c., dos quais 103.500 c. se encontram pagos: faltam 1.750 c.;
- que o final de 1992 foi ultrapassado sem se ter encontrado uma solução.

Perante estes relatados factos, a A. optou por invocar a nulidade do contrato-promessa, por violação do artigo 410.º/3 do Código Civil.

CJ/Supremo V (1997) 2, 151-153 = ROA 57 (1997), 1264-1281 onde, com base na boa fé, se decidiu, *ad nutum*, contra as regras que regem a matéria sensível do título, da marca e do registo de imprensa, que era ilegítimo um título de revista periódica registado que se confundia com outro, também registado.

III. A acção foi contestada. No que nos parece essencial e em síntese, a R. vem dizer:

- que o prédio tinha licença de construção;
- que a falta de acesso à garagem não lhe era imputável;
- que a R. anuía, a pedido da A., a dispensar o reconhecimento presencial das assinaturas e a certificação notarial da licença respectiva.

A R. conclui que a invocação, pela A., da aludida nulidade é abusiva, por *venire contra factum proprium*.

IV. O processo seguiu os seus trâmites, vindo a ser fixada a matéria de facto abaixo seriada. As Instâncias — de resto, ambas, em decisões de alto nível jurídico-científico, muito bem documentadas e ponderadas — chegaram a decisões opostas: a 1.^a Instância declarou a nulidade do contrato-promessa, enquanto a Relação de Lisboa optou por bloquear essa invalidade, por *venire contra factum proprium* da A.. O Supremo, um tanto bruscamente, optou por confirmar o acórdão recorrido.

2. Os factos apurados

I. A especificação dá-nos os factos seguintes:

A)

Entre a A. “Socrud - Sociedade de Construções Rumina Dinis e Filhos, Lda.” e a R. “R.G.O. - Sociedade de Estudos e Realização de Grandes Obras, S.A.” foi celebrado, em 4/4/90, o contrato-promessa de compra e venda constante do documento junto a fls. 7-9 (cujo teor aqui se dá por reproduzido), rectificado pelo aditamento junto a fls. 10 (que também aqui se dá por reproduzido).

B)

O preço por que o andar em causa no aludido contrato foi negociado foi de 105.000.000\$00.

C)

Por conta dessa verba recebeu a R. a quantia total de 103.250.000\$00, entregue em diversas datas, faltando apenas pagar a quantia de 1.750.000\$00.

D)

Dão-se por reproduzidas os documentos de fls. 14 a 46 e 59 a 68.

Esses documentos dão, designadamente, conta do facto de não haver licença de habitação (apenas de construção) e dos danos que isso causava ao promitente-adquirente; tão-pouco fora concluído o acesso à garagem.

II. Por seu turno, o Colectivo respondeu aos quesitos da forma seguinte:

1.º

O eng. Rumina Dinis, na qualidade de representante legal da A., pediu aos representantes legais da R. para dispensarem o reconhecimento presencial das assinaturas no contrato-promessa e a certificação notarial da licença de obras, alegando tratar-se de formalidades meramente burocráticas perfeitamente dispensáveis num negócio entre pessoas conhecidas e de bem?

Provado.

2.º

... ao que aqueles anuíram?

Provado.

3.º

Foi solicitada ao eng. Rumina Dinis a sua deslocação ao notário, para efeito do reconhecimento presencial das assinaturas e certificação da licença de obras?

Provado apenas o que consta nas respostas aos quesitos 1 e 2.

4.º

... o que aquele recusou, instando os representantes legais da R. sobre se esta punha em causa a sua honorabilidade?

Provado apenas o que consta nas respostas aos quesitos 1 e 2.

5.º

A licença de obras concedida à R. estava em vigor nas ocasiões referidas nos quesitos 1.º a 4.º ?

Provado.

3. Considerações prévias e pontos a considerar

I. O presente caso, agora decidido pelo Supremo, levanta múltiplas dúvidas. De certo, é sintomático o facto de as Instâncias, em peças do melhor nível técnico, terem, precisamente, chegado a orientações opostas.

Pela nossa parte, e com toda a humildade académica, desde já deixamos claro que não temos quaisquer certezas. Em princípio, sempre temos defendido, desde 1984 ⁽⁴⁾ e até hoje ⁽⁵⁾, que não é possível, em nome da boa fé, paralisar normas formais. Quando muito e verificados os competentes requisitos, seria viável uma saída pela responsabilidade civil: a pessoa que promoveu a celebração dum negócio nulo por falta de forma e que, depois, invocasse o vício, poderia ter de indemnizar.

Muito excepcionalmente, aceitamos — superando o que temos escrito, em termos absolutos — que, em certas circunstâncias, quando os objectivos do artigo 410.º/3 estivessem plenamente alcançados e a actuação da pessoa que invocasse a nulidade surtisse, injustificadamente e em efectiva oposição a uma situação de

⁽⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* cit., 771 ss. (795), em troços que, de resto, mereceram transcrição no douto acórdão recorrido.

⁽⁵⁾ MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol., 2.ª ed. (1989), 659 ss. e *A boa fé nos finais do século XX*, ROA 1996, 887-912 (890) e *Tratado de Direito civil* cit., I, 1, n.º 68.

confiança criada, se pudesse, *ex bona fide*, consolidar uma promessa falha de requisitos legais.

II. Onde fazer passar a fronteira? Não nos parece possível responder em abstracto. Caso a caso e de acordo com os elementos relevantes, haverá que apontar uma solução.

Fundamental será, todavia, ponderar a matéria relevante, no seu conjunto. Por definição, a boa fé não pode ser usada como uma norma parcelar.

III. No desenvolvimento subsequente, iremos ponderar os aspectos seguintes:

- invalidades em geral;
- a invalidade prevista no artigo 410.º/3 do Código Civil;
- abuso do direito e invalidade formal.

Os elementos que assim se obtenham permitirão regressar ao caso da consulta, formulando conclusões.

II — INVALIDADE EM GERAL

4. A ineficácia e a sua evolução

I. A *ineficácia* dos negócios jurídicos traduz, em termos gerais, a situação na qual eles se encontram quando não produzam todos os efeitos que, dado o seu teor, se destinariam a desencadear.

A definição apresentada é muito genérica⁽⁶⁾; assim, ela não deixará de agrupar uma multiplicidade de situações diversificadas.

(6) A doutrina mais antiga - p. ex., WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed. (1906), § 82 (1.º vol., 423), ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (1910-1918, reimp. 1957), II, 1, § 55 (273) e ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2.º vol., 15.ª ed. (1960), 1209 — abordava a questão pelo prisma da invalidade; hoje deve, porém, considerar-se preferível a via da análise, pelo prisma da ineficácia — p. ex., KARL LARENZ/MANFRED WOLFF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed. (1997), § 44 (824 ss.) e DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.ª ed. (1997), § 34 (187 ss.).

A configuração actual da categoria e as diversas figuras parcelares nas quais ela se desenvolve estão estreitamente ligadas a certas premissas históricas e evolutivas da matéria. Não obstante, agrava-se, neste domínio, a tendência sempre presente para, da Teoria Geral do Direito Civil fazer algo de atemporal; apenas nas últimas décadas têm sido feitos esforços para situar historicamente a problemática da ineficácia.

II. Como ponto de partida, pode assentar-se no seguinte: os negócios jurídicos não produzem, sempre, os efeitos que se destinam a produzir porque a autonomia privada é duplamente limitada. Em termos extrínsecos, ela cede perante a lei que apenas a reconhece dentro de determinadas fronteiras; em moldes intrínsecos, ela pode ser deficientemente exercida pelas partes que, sendo falíveis, vão, por vezes, falhar na tentativa de configurar situações jurídicas.

Assim sendo, torna-se natural que o tema da ineficácia acompanhe sempre o da própria negociabilidade privada.

No Direito romano, apareceria já a referência a *nullum* para designar, em certos casos, a não produção de efeitos negociais⁽⁷⁾; não houve, contudo, qualquer generalização da figura. No período medieval também não se deixa localizar uma doutrina, nesse domínio; os próprios humanistas, dotados já de instrumentação sistemática, não lograram ir mais longe⁽⁸⁾. A escola do Direito natural, designadamente graças à sua vertente central dedutivística e generalizadora, foi acumulando o material que permitiria transcender esse estado de coisas. A SAVIGNY o mérito de ter apresentado e divulgado um quadro geral de ineficácias, quadro esse que condicionaria toda a evolução posterior da matéria, até às codificações

(7) Assim, em ULPIANUS, D. 2.14.1.3: *nullum esse contractum ... quod non habeat in se conventionem*; cf. HEINZ HÜBNER, *Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften*, FS Wieacker (1978), 399-410 (399).

(8) BÁRTOLO, a propósito do juramento feito por menor, veio comentar "*quod fit contractus invalidus multis ex causis*" sem, segundo parece, ir mais longe — HÜBNER, *Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften*, loc. cit.. Também não há desenvolvimentos significativos nesta matéria em CUIACIUS ou em DONELLUS; com múltiplas indicações *vide* HÜBNER, ob. e loc. cit., 400.

tardias ⁽⁹⁾, através da pandectística e, em especial, de WINDSCHEID ⁽¹⁰⁾.

III. O tema da ineficácia — ou da impugnabilidade dos negócios — apresentou, no princípio do século XIX, uma grande capacidade de absorção. Ele abrangia, deste modo, situações que se reportavam:

- à ilicitude dos actos;
- a vícios genéticos dos negócios;
- a ocorrências posteriores que ditassem a cessação de certos efeitos;
- à incompletude de certos processos de produção negocial;
- a esquemas processuais destinados a deter o andamento de certas acções.

O negócio jurídico seria prejudicado na sua eficácia quando ultrapassasse as margens legais para ele fixadas ou quando, na sua formação, tivessem ocorrido desconformidades; essa mesma eficácia pode cessar, na sua vigência, através de actos a tanto destinados; na sua base, a lei pode exigir um processo complexo de cuja compleitude dependa uma eficácia plena; por fim, a técnica processual das acções/excepções oitocentistas apresentava como instrumento de não eficácia a própria possibilidade de mover excepções ⁽¹¹⁾.

IV. A evolução posterior pode ser enquadrada em dois parâmetros: a *simplificação* e a *substancialização*. A *simplificação* resulta da tendência para reduzir, através de generalizações ou de depurações, as diversas figuras de ineficácia. A *substancialização*

⁽⁹⁾ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 4.º vol. (1841), 536 ss..

⁽¹⁰⁾ Sobre esta evolução e o papel de SAVIGNY, cf. MANFRED HARDNER, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, AcP 173 (1973), 209-226 (211), HÜBNER, *Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften / Die Bindung des Irrrenden an den fehlerfreien Teil seiner Willenserklärungen*, JZ 1985, 593-602 (601).

⁽¹¹⁾ Por exemplo, em HEISE enumeravam-se, como falhas no negócio jurídico, a nulidade, a infirmação ou rescisão, a convallescência e a conversão — vide HARDNER, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen* cit., 217.

exprime a conversão das figuras puramente processuais em realidades substantivas.

O manuseio substantivo das realidades que interferiram nos modelos de decisão pode considerar-se adquirido para a Ciência do Direito. Em compensação, o movimento destinado a simplificar o quadro das ineficácias exprime apenas um motor de oscilação pendular do fenómeno. Uma tendência contrária, ligada ao casuismo de certas intervenções legislativas, tem consignado figuras variadas, nem sempre redutíveis nos quadros pré-estabelecidos da ineficácia.

Podemos mesmo afirmar-se que a presente conjuntura vai, entre nós, para uma certa multiplicação de manifestações de ineficácia.

V. Em Portugal, pode fixar-se o início do tratamento científico da ineficácia em GUILHERME MOREIRA (12). A doutrina anterior fazia referências pouco consistentes ao problema, com claros reflexos no Código de Seabra, onde ele era irreconhecível (13). GUILHERME MOREIRA, fundador da moderna civilística portuguesa contrapunha já a ineficácia à invalidade dos negócios jurídicos e distinguia, nesta, a nulidade absoluta ou inexistência da nulidade relativa ou anulabilidade (14).

Um quadro mais complexo seria apresentado por MANUEL DE ANDRADE (15); o Código Civil de 1966 simplificou, no entanto, os seus termos, numa situação que tem vindo a inverter-se, na actualidade, pelo menos a nível legislativo.

5. Espécies de ineficácias

I. A *ineficácia* acima apresentada ou *ineficácia em sentido amplo* analisa-se em vários tipos distintos através dos quais se viabiliza a formação dos modelos de decisão.

(12) GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, 1.º vol. (1907), 508 ss..

(13) Cf., por exemplo, COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil* (1847), § 109 (1.º vol., 62-63). No Código de Seabra, pode confrontar-se um núcleo da matéria nos artigos 687.º ss. sobre "rescisão dos contratos".

(14) GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., 1, 511-516.

(15) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* (1972, reimpr.), 2.º vol., 411 ss..

A primeira contraposição distingue, no seu seio, a *invalidade da ineficácia em sentido estrito*:

- na *invalidade*, a ineficácia ou não-produção normal de efeitos opera mercê da presença, no negócio celebrado, de **vícios** ou desconformidades com a Ordem Jurídica;
- na *ineficácia em sentido estrito*, o negócio, em si, não tem vícios; apenas se verifica uma conjunção com factores extrínsecos que conduz à referida não-produção.

Na *invalidade*, por seu turno, cabe subdistinguir a *nulidade* e a *anulabilidade*, consoante o regime em jogo. A essas duas figuras será possível acrescentar a das *invalidades mistas* ou *atípicas*.

A tipologia das ineficácias ficará, assim, articulada:

- ineficácia em sentido amplo:
 - *invalidade*:
 - nulidade
 - anulabilidade
 - *invalidades mistas*
- ineficácia em sentido estrito

Esclarecemos que, pela nossa parte, não reconhecemos a figura da inexistência como vício autónomo. De todo o modo, o tema não tem de ser, aqui, desenvolvido.

II. A inclusão da *invalidade* numa ineficácia em sentido amplo corresponde à tradição de WINDSCHEID⁽¹⁶⁾ e parece, em si, bastante clara: assenta na ideia global da não-produção de efeitos. A redução dos casos de ineficácia à *invalidade* e à ineficácia estrita e, designadamente, a exclusão da inexistência já suscitam, no entanto, algumas dúvidas, a que será feita, depois, referência explícita.

⁽¹⁶⁾ WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten* cit., 1.º vol., 82. Trata-se, no essencial, de uma construção já patente em WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* (1847), 1 ss., 29 ss. e 76 ss., um dos clássicos neste domínio.

Outros quadros são possíveis, tendo sido apresentados entre nós ⁽¹⁷⁾ como no estrangeiro. Em última instância, apenas a capacidade para transmitir um determinado regime jurídico-positivo poderá servir de bitola para ajuizar as vantagens ou desvantagens de cada um deles.

III. Actualmente perfila-se uma certa tendência para abdicar de cuidados quadros gerais introdutivos, a favor da explanação das diversas figuras em jogo ⁽¹⁸⁾. Pode, de facto, admitir-se que, geradas embora num ambiente jurracionalístico central, as diversas formas de ineficácia se tenham constituído como tipos dotados de relativa autonomia, desenvolvidos na periferia e, nessa medida, insusceptíveis de suportar classificações geométricas. Nessa linha,

⁽¹⁷⁾ GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., 1.º vol., 508 ss. distinguia a nulidade, mais restrita e implicando um vício, da ineficácia, mais ampla, que incluiria situações em si idóneas, mas incompletas ou condicionadas do exterior; contrapunha, depois, a nulidade ou inexistência à anulabilidade ou nulidade relativa e excluía a inexistência como vício autónomo. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral* cit., 2.º vol., 411 ss., admitia, em termos similares, a ineficácia como conceito mais amplo e a nulidade como mais restrita. Na primeira, descobria uma ineficácia absoluta e outra relativa, consoante fosse extensiva a todos - mesmo as partes — ou se limitasse a terceiros; contrapunha, depois, uma nulidade absoluta a outra relativa, mas admitia, junto à nulidade, a figura da inexistência. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3.ª ed. (1966), 327 ss., apresenta um quadro semelhante ao aqui propugnado e que correspondia, também, em traços largos, ao de PAULO CUNHA, embora com a adenda da inexistência. CASTRO MENDES, *Direito civil (Teoria geral)* III (1968), 423 ss., apresentando o que chama “quadros dos valores negativos do negócio jurídico”, considera: a *invalidade* e a *irregularidade* e, como “valores negativos de menor importância”, a *inoponibilidade* e a *impugnabilidade*; na *invalidade*, distinguia a *inexistência*, a *nulidade* e *anulabilidade*. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. (1985), 604 ss. adopta o esquema de MANUEL DE ANDRADE, embora actualizando a terminologia. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2.ª ed. (1996), 377 ss., parte duma distinção entre eficácia e validade na base do negócio ter, em si, susceptibilidade de produção de efeitos ou de subsistência e apresenta um quadro que reúne a inexistência, a invalidade e a irregularidade. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito / Introdução e Teoria Geral*, 7.ª ed. (1993), 67 ss., admite a ineficácia em sentido amplo e descobre, nela, a inexistência, a invalidade e a ineficácia em sentido restrito.

⁽¹⁸⁾ Cf., p. ex., HÜBNER, *Allgemeiner Teil* cit., 375 ss. ou mesmo LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 8.ª ed. cit., 825 ss. que, de todo o modo, não deixam de dizer o essencial. De entre as classificações clássicas registre-se a de LEONARD JACOBI, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte / Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts*, AcP 86 (1896), 51-154 (66 ss.): nulidade, invalidade, ineficácia e impugnabilidade.

será mais oportuno falar em *tipologia* de ineficácias do que na sua classificação.

IV. Outras distinções por vezes frequentes, distinguem as *ineficácias totais* das *parciais*, consoante o negócio jurídico fosse atingido no seu todo ou apenas nalguma ou nalgumas das suas cláusulas ⁽¹⁹⁾ e as iniciais das supervenientes, conforme atinjam o negócio à nascença, ou derivem de posteriores alterações legislativas ⁽²⁰⁾.

Trata-se, no entanto, de aspectos que melhor ficam ponderados através dos diversos tipos de ineficácia.

6. Em especial: a nulidade e a anulabilidade

I. A primeira figura a considerar, no domínio da ineficácia do negócio jurídico, é a da *nulidade*: quer por razões históricas, quer pelo esquema vigente, ela ergue-se como tipo-matriz no seio da matéria das ineficácias.

A lei portuguesa faz surgir a nulidade dos negócios jurídicos nas seguintes situações de *ordem geral* ⁽²¹⁾:

- falta de forma legal — artigo 220.º;
- simulação — artigo 240.º/2;
- reserva mental conhecida pelo declaratório — artigo 244.º/2;
- declaração não séria — artigo 245.º/1;
- declaração feita sem consciência negocial ou sob coacção física — artigo 246.º; — objecto física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável — artigo 280.º/1;
- contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes — artigo 280.º/2;

⁽¹⁹⁾ Já WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9.ª ed. cit., 430.

⁽²⁰⁾ P. ex., ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.ª ed. cit., 1212.

⁽²¹⁾ Como foi referido, defendemos que a “inexistência” não tem autonomia; por isso, certos casos ditos de inexistência são reconduzidos à nulidade.

- fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, quando seja comum a ambas as partes — artigo 281.º;
- contrariedade à lei imperativa — artigo 294.º.

II. Para além dos referidos, numerosos outros preceitos prevêem *casos particulares* de nulidade. Assim, são nulos, por exemplo:

- a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade — artigo 81.º;
- os negócios subordinados a condições contrárias à lei, à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes, bem como os sujeitos a uma condição suspensiva física ou legalmente impossível — artigo 271.º;
- os negócios destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitá-la ou dificultá-la por outra forma — artigo 300.º; — a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate do direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do seu direito — artigo 345.º/1 — ou que exclua algum meio de prova ou admita um meio de prova diverso dos legais; *idem*, n.º 2;
- a convenção que afecte determinações legais quanto à prova que tenham por fundamento razões de ordem pública — artigo 345.º/2, *in fine*.

As partes especiais do Código Civil compreendem, por seu turno, variadas outras previsões de nulidade; outro tanto acontece em relação a leis extravagantes, com relevo para o diploma relativo às cláusulas contratuais gerais.

III. As previsões acima explanadas permitem apurar, no seu conjunto, dois grandes fundamentos para a nulidade:

- a falta de algum elemento essencial do negócio, como, p. ex., a vontade ou o objecto;
- a contrariedade à lei imperativa ou, mais latamente, ao Direito.

Os preceitos em jogo não se articulam, entre si, num todo harmónico: o Código Civil de 1966 dispersou a matéria, distribuindo-a, por vezes, em tipos desfocados. Tem-se tentado autonomizar a ideia de nulidade a partir de certos valores subjacentes: ela seria cominada perante os vícios mais pesados do negócio, designadamente quando se colocassem em questão os denominados interesses públicos. As contingências históricas e culturais do Direito não permitem, no entanto, seguir tal via. Basta pensar numa das mais precisas nulidades cominadas pelo Direito: a nulidade formal; não há aí, valores substantivos em jogo claramente determinados ⁽²²⁾.

A nulidade deriva, assim, de qualquer dos dois factores referidos — a falta de elementos essenciais ou a contrariedade à lei imperativa - sendo o relevo dos valores substanciais tão-só um factor de política legislativa ou de interpretação. Em conjunto, esses dois factores esgotam o universo lógico das falhas negociais. Assim — e ainda que por via interpretativa, dado o silêncio da lei — pode concluir-se que a *nulidade é o tipo residual da ineficácia: perante uma falha negocial, quando a lei não determine outra saída, a consequência é a nulidade*.

IV. A nulidade atinge o negócio em si ⁽²³⁾. Segundo o artigo 286.º e na linha do Direito anterior ⁽²⁴⁾, verifica-se que:

- a nulidade é invocável a todo o tempo;
- por qualquer interessado;
- podendo ser declarada officiosamente pelo tribunal.

Embora a invocação da nulidade produza certos efeitos, designadamente no campo processual quando ocorra em juízo, deve entender-se que ela opera *ipso iure*, isto é, independente-

⁽²²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral do Direito Civil*, 1.º vol., 2.ª ed. (1989), 653 ss.

⁽²³⁾ Cf. WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9.ª ed. cit. 1, 431 ss., VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., II, 1, § 56 (280 ss.), ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.ª ed. cit., 2, 1211 ss., LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 8.ª ed. cit., 825 ss. e MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 7.ª ed. cit., 187.

⁽²⁴⁾ Cf. GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., 1.º vol., 511 ss., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral* cit., 2.º vol., 417 ss., GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral* cit., 333 ss., MOTA PINTO, *Teoria geral* cit., 611 ss., CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 2.º vol., 290 ss. e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2.º vol., 2.ª ed., 377 ss.

mente de qualquer vontade a desencadear. A invocação da nulidade não depende duma permissão normativa específica de o fazer: a permissão é genérica. Acresce que o próprio tribunal, quando dela tenha conhecimento e quando caiba no princípio do dispositivo, deve, *ex officio*, declará-la. Não há, pois, um direito potestativo de actuar a nulidade. É importante frisar que o Tribunal não constitui a nulidade do negócio: *limita-se a declará-la*, de modo a que não restem dúvidas.

O facto de a nulidade ser invocável *a todo o tempo* não significa que não possam subsistir efeitos semelhantes aos que o negócio jurídico propiciaria, quando fosse válido: tal sucederá quando actue *outra causa* constitutiva como, por exemplo, a usucapião.

V. Ao contrário da nulidade, a anulabilidade não traduz uma falha estrutural do negócio. Ela apenas nos diz que o interesse duma determinada pessoa não foi suficientemente atendido, aquando da celebração do negócio. E assim, a Lei concede a esse interessado o *direito potestativo* de impugnar o negócio ⁽²⁵⁾. Por isso, a anulabilidade:

- só pode ser invocada pelas “... pessoas em cujo interesse a lei a estabelece ...” — artigo 287.º/1, do Código Civil; — e no prazo dum ano subsequente à cessação do vício — *idem*;
- admitindo a confirmação — artigo 288.º.

Caberá, pela interpretação das regras em jogo, verificar se se está perante uma anulabilidade ou se se cai na regra geral da nulidade.

III – A INVALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 410.º/3 DO CÓDIGO CIVIL

7. Generalidades; invalidades mistas

I. Os regimes da nulidade e da anulabilidade surgem na parte geral do Código Civil, em termos de grande abstracção.

(25) Deste modo, na linguagem jurídica alemã, anulabilidade diz-se “impugnabilidade”.

Na verdade, a técnica das codificações germânicas, em que se filia o Código Civil português de 1966 ⁽²⁶⁾, conduz a que a matéria inserida na parte geral seja, depois, aplicável nas diversas áreas normativas. E como estas têm exigências específicas, perante a particularidade dos valores que contemplem, surgem:

- ora tensões que obrigam a adaptar a parte geral, através de interpretação;
- ora particularidades de regime fixadas, caso a caso, pelo próprio legislador.

Por esta via ocorrem as denominadas invalidades mistas ou atípicas, isto é, invalidades que não se deixam reconduzir com clareza nem à nulidade, nem à anulabilidade.

II. As invalidades mistas são bastante mais frequentes do que poderá resultar dos manuais de Direito civil.

O exemplo habitual é o do artigo 243.º/1 do Código Civil: *a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé.*

Pois bem: neste caso, não há, apenas, um pequeno desvio ao artigo 286.º do Código Civil; como o objectivo da lei é proteger o terceiro adquirente de boa fé, temos de concluir:

- que o simulador não pode invocar a nulidade;
- que o Tribunal não a deve declarar de ofício, quando o próprio simulador pretenda prevalecer-se dela ⁽²⁷⁾;
- que um terceiro interessado não a poderá, também, invocar quando não tenha um interesse mais digno de tutela do que o do sub-adquirente de boa fé;
- que o Tribunal também a não deverá declarar de ofício quando o terceiro interessado em causa pretende prevalecer-se dela.

⁽²⁶⁾ Cf., quanto aos seus inconvenientes, a nossa introdução a *Código e Legislação Complementar*, ed. Aequitas/Editorial Notícias (1991), 17 ss..

⁽²⁷⁾ De outro modo, o artigo 243.º/1 do Código Civil ficaria sem conteúdo prático: o simulador, impedido por lei de invocar a simulação, mais não teria de fazer, para frustrar o preceito vigente, do que comunicar a ocorrência ao Tribunal: este declararia a nulidade *ex officio*. Não pode ser.

Em suma: perante um terceiro adquirente de boa fé, a simulação só poderá ser invocada por quem tenha melhor interesse. Estamos muito longe da nulidade típica do artigo 286.º.

III. Outro exemplo tradicional: a nulidade derivada de ilegitimidade. Havendo venda de bens alheios, o contrato é nulo — artigo 892.º. Porém:

- a nulidade não pode ser invocada pelo vendedor perante o comprador de boa fé;
- tão-pouco — parece — poderá ela ser declarada de ofício pelo Tribunal, quando o vendedor pretendesse prevalecer-se dela;
- o próprio terceiro interessado, que não tenha um interesse mais digno de tutela, não a poderá invocar: pense-se no sub-adquirente da posição do vendedor; o Tribunal não a poderá declarar de ofício; — a nulidade é “convalidável” — artigo 895.º.

Repare-se que visto o disposto no artigo 939.º, este regime tem um lato âmbito de aplicação.

IV. Seguem-se, depois, regras especiais, como aquelas que enformaram o contrato de arrendamento. Trata-se de matéria que, embora limitada ao passado, tem hoje nominação expressa no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, que aprovou o novo Regime do Arrendamento Urbano ⁽²⁸⁾.

8. O artigo 410.º, n.º 3

I. Com estes elementos, cumpre ponderar o esquema previsto no artigo 410.º/3 do Código Civil, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, hoje vigente e aqui aplicável.

⁽²⁸⁾ MENEZES CORDEIRO/CASTRO FRAGA, *Novo regime do arrendamento urbano* (1990), 41.

Trata-se dum preceito que tem uma determinada história e certos objectivos, que aqui se não retomarão ⁽²⁹⁾ e que se poderão sintetizar como segue:

- o legislador pretendeu evitar transacções sobre as denominadas construções clandestinas;
- protegendo, em especial, o promitente adquirente, sempre que este careça de protecção.

II. O dispositivo vigente, depois de exigir, no documento escrito do contrato-promessa, o reconhecimento presencial da assinatura e a certificação, pelo notário, da existência da licença respectiva de utilização ou de construção, vem acrescentar:

(...) contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte.

Pois bem: este dispositivo, só por si, mostra que não estamos, aqui, perante uma nulidade típica prevista no artigo 286.º do Código Civil mas, antes, perante algo de diverso ou “atípico”. Cabe, agora, pela interpretação, verificar até onde vai essa “atipicidade”.

III. A primeira constatação a fazer é a de que o requisito do artigo 410.º/3 *não é, em rigor, uma exigência de forma, mas sim uma formalidade* ⁽³⁰⁾. Ou seja: ele não tem a ver com o modo por que se exprime a vontade do declarante (a forma), que continua a ser escrita, mas sim com certas diligências que devem acompanhar o acto, as quais já nada acrescentam ao teor manifestado da vontade.

A omissão de formalidades tem sido, em regra, equiparada à falta de forma, nas suas consequências. O artigo 220.º do Código

⁽²⁹⁾ Remete-se para MENEZES CORDEIRO, *O novo regime do contrato-promessa*, BMJ 306 (1981), 27-59, *A excepção do cumprimento do contrato-promessa*, *Tribuna da Justiça*, n.º 27 (1987) e *O novíssimo regime do contrato-promessa*, CJ XII (1987) 2, 5-18. Estes artigos foram depois publicados em MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil* (1987), reimp. (1991).

⁽³⁰⁾ Quanto à distinção entre *forma* e *formalidade*, em geral, e fazendo aplicação ao artigo 413.º/1, cf. MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral* cit., 1.º vol., 2.ª ed., 647 ss..

Civil encontra, assim, aplicação, salvo quando a lei disponha de outra forma. Por exemplo, a falta de registo implica a impossibilidade de alienar (pelo Direito vigente). Temos, aqui, uma ineficácia limitada — a privação do *jus alienandi* —, que não se adquire, hoje, pela simples escritura.

IV. No caso do artigo 410.º/3, porém, parece que a omissão da formalidade poderá pôr em causa a própria subsistência do negócio, sob pena de permitir o que se pretende evitar: transacções de prédios clandestinos e desprotecção dos adquirentes. De resto, o artigo 410.º/3, *in fine*, quando refere “... só pode invocar a omissão destes requisitos...”, tem justamente em vista a insubsistência do negócio. A jurisprudência não tem tido dúvidas: salvo o que, mais abaixo, será considerado, tem de se entender que as exigências do artigo 410.º/3 o são *ad substantiam*: a sua falta envolve a nulidade ⁽³¹⁾.

V. A “atipicidade” do artigo 410.º/3 resulta do seguinte: segundo a própria letra desse preceito, a “nulidade” resultante da omissão das formalidades nele prescritas não poderia ser invocada pelo promitente-alienante, salvo quando “... a omissão tenha sido culposamente causada pela outra parte ...”.

Pois bem: a correcta interpretação deste preceito envolve que a invalidade resultante da omissão dos requisitos prescritos não possa ser invocada por terceiros nem declarada *ex officio* pelo tribunal ⁽³²⁾. Este último aspecto — estreitamente ligado ao primeiro — veio a ser objecto de assento do Supremo de 1-Fev.-1995, assim tirado ⁽³³⁾:

No domínio do n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho) a omissão das formalidades previstas nesse número não pode ser officiosamente conhecida pelo tribunal.

⁽³¹⁾ RLx 7-Out.-1986 (AMÂNCIO FERREIRA), CJ XI (1986) 4, 141-143 (143/1).

⁽³²⁾ Cf., como exemplos, STJ 4-Fev.-1993 (RAÚL MATEUS), BMJ 424 (1993), 661-668 (667-668), STJ 29-Sep.-1993 (MÁRIO ARAUJO RIBEIRO), CJ/ Supremo I (1993), 31-34 (33-34), RLx 13-Jan.-1994 (SILVA PAIXÃO), CJ XIX (1994) I, 94-97 (96) e RLx 27-Jan.-1994 (MÁRIO RUA DIAS), BMJ 433 (1994), 607.

⁽³³⁾ STJ(P) 1-Fev.-1995 (CÉSAR MARQUES), BMJ 444 (1995), 109-116 (116); cf. o parecer do MP (BARRETO NUNES), proferido nesses autos e publicado no BMJ 444 (1995), 87-95.

Esclareça-se que a doutrina deste assento é considerada pelo Supremo — e bem — como aplicável no âmbito da reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro ⁽³⁴⁾.

VI. Para além dos aspectos referenciados, a inobservância do artigo 410.º/3 conduzirá à insubsistência do contrato ⁽³⁵⁾.

A lei apenas bloqueia a invocação da invalidade por parte do promitente-alienante. Mas com uma excepção: a de a falta dos requisitos ter sido culposamente provocada pelo promitente-adquirente.

No presente caso visa-se, porém, algo de muito diverso: o bloqueio da invocação da invalidade *por parte do promitente-adquirente*. O artigo 410.º/3 não dá qualquer apoio nesse sentido: ele visa, justamente e perante a omissão das formalidades nele prescritas, permitir, ao promitente-adquirente, invalidar o contrato.

A pesquisa terá, pois, de dirigir-se para o instituto geral da boa fé.

IV – ABUSO DO DIREITO E INVALIDADES FORMAIS

9. A justificação das exigências de forma; observações críticas

I. O Direito requer, para certos negócios, formas especiais, num desvio ao princípio básico da consensualidade, inserido no artigo 219.º do Código Civil.

A Ciência do Direito interroga-se sobre a justificação das exigências da forma negocial, quando exigida, isto é, sobre os objectivos dos preceitos que a imponham.

De acordo com a tradição, a doutrina aponta, na base da forma negocial, quando exigida:

- razões de solenidade;
- razões de reflexão;
- razões de prova.

⁽³⁴⁾ STJ 11-Mar.-1997 (CÉSAR MARQUES), CJ/Supremo V (1997) I, 148-150 (149/1.ª col.).

⁽³⁵⁾ Assim, RLx 20-Jan.-1994 (FERREIRA GIRÃO), BMJ 433 (1994), 603.

A *solenidade* prende-se com a *publicidade* de determinados actos, isto é, com o acto e o efeito de os dar a conhecer ao público. Certos negócios surtem efeitos — ou, pelo menos, efeitos plenos — quando sejam conhecidos ou cognoscíveis pelos elementos da comunidade jurídica. Assim sucede, em particular, no domínio dos direitos reais. A presença de modos formais, solenes, de celebrar negócios, facultaria essa publicidade.

A *reflexão* tem a ver com a gravidade que, para os celebrantes, podem ter certos negócios que eles celebrem ou venham a celebrar; eles não devem, deste modo, ser produzidos de ânimo ligeiro. A exigência de forma, até porque normalmente conectada com uma certa morosidade, por ela provocada, facultaria essa reflexão.

A *prova* liga-se à demonstração da ocorrência dos factos. A natureza formal de determinados negócios facilitaria essa demonstração, assim se justificando.

II. Ainda que translativamente inseridos nos diversos manuais e tratados de especialidade, estas justificações são duvidosas. A *publicidade jurídica* é, hoje em dia, assegurada por institutos próprios, especializados, a tanto dirigidos; em termos espontâneos, ela opera através da *posse*; de modo racionalizado, ela manifesta-se pelo *registo* ou por determinadas publicações obrigatórias⁽³⁶⁾. Pode considerar-se que a forma não confere, por si, qualquer publicidade, a qual depende, para se efectivar, do funcionamento de esquemas ulteriores, que com ela não estão ligados.

A *reflexão* pode ser propiciada pela forma de certos negócios; mas não necessária, nem suficientemente. O arvorar da reflexão a finalidade efectiva das exigências formais dos negócios implicaria a possibilidade de, em cada caso, indagar da sua efectiva ocorrência: em concreto, verificar-se-ia se houve, ou

⁽³⁶⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1.º vol. (1979), 363 ss. = ed. *Reprint* (1993), 263 ss., *Direitos Reais/Sumários* (1987, reimpr.) 125, *Registo Predial*, Enc. Pólis, 5.º vol. (1987), 259-266 e *Das publicações obrigatórias nos boletins das cotações das bolsas de valores*, O Direito 120 (1988), 341-370 (343 ss. e *passim*) e *Sumários de direitos reais* (1998/99), 87 ss..

não, a reflexão requerida, independentemente da forma. Acresce ainda que — como abaixo será referido — o Direito actual patentaria um total desfasamento entre as exigências formais e o relevo dos negócios por eles atingidos: não se exige forma especial para actos que, pelo seu relevo, solicitariam reflexão madura, enquanto, pelo contrário, negócios secundários ficam, dela, dependentes.

A *prova*, por fim, pouco ajuda. Os negócios vitimados por falta de forma são, por vezes, de prova imediata. As dificuldades de prova põem em causa a própria ocorrência do negócio; não a sua validade.

III. Não se pode, em definitivo, abdicar de “razões justificativas de forma especial”, uma vez que a própria lei para elas remete — p. ex., artigos 221.º/2 e 238.º/2, ambos do Código Civil. Mas tais razões não podem ser entendidas em *termos efectivos e racionais*: antes, tão-só em termos históricos.

No *domínio patrimonial*, o relevo dos diversos negócios não pode deixar de se conectar com o valor económico dos bens neles em jogo. Ora as exigências actuais de forma — que atingem, sobretudo, os bens imóveis — artigo 875.º — estão totalmente desligadas dos valores em causa: negócios muito valiosos operam, de modo válido, pelo simples consenso, enquanto outros, sem significado, continuam a exigir forma máxima. A desarticulação existente entre o valor dos negócios e a forma por que eles devam ser celebrados bloqueia, em *concreto*, a possibilidade de lhe fazer corresponder agravadas necessidades de publicidade, reflexão ou prova.

As alegadas razões justificativas de determinadas exigências de forma assumem pois, tão-só, uma *consistência de tipo histórico*: elas terão levado o legislador ou, mais latamente, o Direito, a prescrevê-las.

E assim sendo, pode determinar-se o verdadeiro alcance da remissão, feita pela lei, para as “razões da exigência” de certas formas negociais: ela visa uma reconstrução de tipo histórico-cultural que permita, em termos de mínima razoabilidade, determinar o âmbito da forma legal ou o sentido das declarações de vontade.

10. A interpretação das regras relativas à forma; inalegalidade formais

I. A interpretação-aplicação das regras relativas à forma coloca particulares questões que devem ser referenciadas. Os problemas filiam-se em dois pontos fundamentais:

- o Direito aplica, à inobservância da forma legalmente prescrita, a *sanção máxima da nulidade* — artigo 220.º;
- a manutenção, nos actuais quadros civis, da categoria dos negócios formais *é uma fonte de desconexões e de injustiças, em termos materiais.*

Desde o antigo Direito romano, se pode proclamar que o progresso jurídico implicou uma luta contínua contra o formalismo. O ritual exterior deve ceder perante o mérito das causas⁽³⁷⁾. Tratando-se de concretização da autonomia privada, não se cura de apurar o que, pelas partes, tenha sido vertido em moldes exteriores predeterminados, mas antes o que, efectivamente, elas pretendiram e declararam.

A pessoa que, livremente, se tenha adstrito a um certo comportamento, vai contundir contra representações psicológicas, morais e sociológicas quando, supervenientemente, se venha desvincular alegando a inobservância de simples regras formais. Além disso, a mera existência de regras formais origina mais uma fonte de dispêndios e de erros que complica o tráfego privado e a convivência entre as pessoas⁽³⁸⁾.

Há, pois, uma pressão sobre as regras formais — as regras que estabelecem formas especiais para os negócios — que o Direito não deve ignorar.

II. Perante estas indicações, cabe perguntar se, por via doutrinária e jurisprudencial, não seria possível assegurar a viabilidade

⁽³⁷⁾ WERNER LORENZ, *Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge*, AcP 156 (1957), 381-413 (385-398) e HELMUT COING, *Form und Billigkeit. im modernen Privatrecht*, DNotT 1965, 29-50 (29-30).

⁽³⁸⁾ LUDWIG HASSEMER, *Die Bedeutung der Form im Privatrecht*, JuS 1980, 1-9 (1).

de negócios formais quando as competentes regras de forma tivessem sido inobservadas.

Um primeiro passo neste sentido foi dado pela jurisprudência alemã que, desde o princípio do século, considera *inadmissível* a atitude da pessoa que provoque ou dê azo a uma nulidade formal e depois, quando melhor lhe convier, a venha alegar. Quem assim procedesse não poderia, depois, alegar a nulidade ocorrida: haveria uma *inalegabilidade formal*, por exercício inadmissível de uma posição jurídica: estaria em causa a boa fé ⁽³⁹⁾.

III. Clara na aparência, esta construção levanta dúvidas científicas ⁽⁴⁰⁾.

O negócio que não observe as regras de forma que se aplica quem é nulo, segundo o artigo 220.º; a nulidade, por seu turno, é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, nos termos do artigo 286.º. Nestas condições, não bastaria impedir o causador de uma nulidade formal de a alegar; haveria que tomar idêntica posição no tocante a quaisquer terceiros interessados, ainda que estranhos ao vício; do mesmo modo, seria necessário bloquear o poder do tribunal de, *ex officio*, declarar a nulidade. A assim não ser, bastaria ao causador da nulidade dá-la a conhecer a qualquer terceiro ou ao próprio tribunal para, por essa via, conseguir o mesmo resultado.

O recurso à boa fé não permite, só por si, resolver este problema: há que actuar nas próprias normas que imponham formas específicas para os negócios jurídicos e que, à inobservância dessa forma, associem a nulidade.

IV. Uma segunda via consistiria em restringir as normas relativas à forma dos negócios; para tanto, recorrer-se-ia aos mecanismos da *redução teleológica*.

As regras formais e a nulidade correspondente à sua inobservância visariam os valores, acima referidos, da publicidade, da

⁽³⁹⁾ As competentes decisões exemplares podem ser confrontadas em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* (1997, reimpr.), 774 ss..

⁽⁴⁰⁾ LUDWIG HÄSEMAYER, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte* (1971), 37 ss., 228 ss. e 294 ss..

reflexão e da facilidade de prova. Quando, em concreto, tais valores se mostrassem acautelados, as regras em causa perderiam a sua razão de ser: elas não teriam aplicação, por redução teleológica.

O esquema da redução teleológica, não suscita hoje dúvidas científicas de base. No entanto, não se julga que ele possa, aqui, ter aplicação.

Existe uma certa categoria de normas — a das *normas plenas* — que, estruturalmente, não admite a redução teleológica.

Num paralelo explicativo com a analogia, recorde-se que esta está para a interpretação extensiva tal como a redução teleológica está para a interpretação restritiva. Certas normas não são estruturalmente susceptíveis de aplicação analógica; assim as *regras típicas* ou - ainda que numa medida mais discutível - as *normas excepcionais*: elas ou implicam a inexistência de lacunas, ou demonstram uma inaptidão de princípio para ultrapassar o seu estreito âmbito de previsão. De modo semelhante, pode-se isolar uma categoria de preceitos, sendo alheios a valores juridicamente relevantes, não comportam redução teleológica. E nessa categoria haveria justamente que colocar as regras relativas à forma dos negócios.

A possibilidade de, por redução teleológica, prevenir a aplicação de regras formais implicaria, desde logo, a determinação dos objectivos por elas prosseguidos; atingidos estes — ainda que por outra via — ficaria dispensada a aplicação daquelas. Ora não é possível atribuir, às regras formais, objectivos juridicamente relevantes, que tenham uma consistência mínima: viu-se como essas normas representam um puro resquício histórico, hoje desarticulado.

As normas relativas à forma dos negócios jurídicos são plenas: não tendo objectivos relevantes e perceptíveis, elas não comportam redução teleológica.

V. A situação da pessoa que provoque uma nulidade formal e, depois, a venha alegar para dela tirar proveito não pode, contudo, merecer a contemporização do Direito. Não é possível deter a lógica das regras formais, insensíveis à redução teleológica; pode-se, porém, lançar mão de outros esquemas.

A doutrina nacional tem sido sensível à hipótese de deter certas alegações de nulidades formais com recurso ao abuso do direito ⁽⁴¹⁾; também a jurisprudência, em casos particularmente justificados, tem aberto a porta a esse tipo de intervenção ⁽⁴²⁾. Esta tendência, que representa um sensível avanço no domínio científico, deve ser incentivada.

Na verdade, a aplicação das regras relativas à forma não pode, de modo directo, ser bloqueada ⁽⁴³⁾. Mas havendo abuso, podem seguir-se-lhe aplicações de *outras* regras que previnam danos, evitando injustiças.

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 483.º/1 — sendo certo que a indemnização deve, em princípio, ser natural ou específica — artigo 566.º/1. A título indemnizatório, o alegante de nulidades formais poderá ser condenado a suprir o vício, validando o negócio; e este dever pode ser objecto de execução específica, quando incatado — artigo 830.º.

A solução aqui indiciada só poderá funcionar em casos que particularmente o justifiquem, havendo que evitar a sua banalização.

Mas perante situações de injustiça, a Ciência do Direito não deve ficar desarmada, encobrendo-se com meros expedientes formais.

11. Venire contra factum proprium nulli concidetur

I. O abuso do direito corresponde ao exercício de posições jurídicas em termos tais que são contrariados os valores funda-

⁽⁴¹⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Sobre a validade das cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, RLJ 87 (1954/55), 305 ss. (306) e *Algumas questões em matéria de injúrias graves como fundamento de divórcio*, separata da RLJ 88 (1956), 73 e MOTA PINTO, *Teoria geral* cit., 439. Cf. VAZ SERRA, *Abuso do direito*, BMJ 85 (1959), 243-343 (336 ss.).

⁽⁴²⁾ Cf. STJ 11-Mar.-1982 (MÁRIO DE BRITO) BMJ 315 (1982), 249-254 (253-254).

⁽⁴³⁾ Cf. RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais*, ROA 1986, 5-48 (41).

mentais do sistema jurídico ⁽⁴⁴⁾. Nascido no espaço jurídico napoleónico, o abuso de direito estendeu-se ao alemão, onde recebeu a designação dogmática de “exercício inadmissível de posições jurídicas”, e, por essa via, penetrou no Código Civil Português ⁽⁴⁵⁾. A melhor doutrina na matéria estuda-o hoje a partir da análise de diversos problemas típicos, tendo apurado, por isso, um conjunto de figuras parcelares de comportamentos inadmissíveis que, não constituindo propriamente uma classificação mas tão-só uma tipificação de comportamentos, com espaços em aberto entre eles e com áreas de sobreposição, representam outras tantas linhas de concretização do abuso ⁽⁴⁶⁾. Dentre elas assume particular relevo o *venire contra factum proprium*.

II. O *venire* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Várias são as justificações dadas para a sua proibição: desde dizer-se, por exemplo, que ele radica fundo na justiça pessoal a cujo elemento mais intrínseco pertence a veracidade, até apontar que o comportamento contraditório atenta contra expectativas fundamentais de continuidade da conduta na relação bilateral entre sujeitos ⁽⁴⁷⁾. No plano dogmático, o *venire* aparece hoje ligado fundamentalmente à doutrina (da protecção) da confiança ⁽⁴⁸⁾: um comportamento não pode ser contraditado quando tenha suscitado a confiança dos sujeitos envolvidos. Por isso, o critério básico do *venire* é o da exigência da tutela da confiança. É sabido que a protecção da confiança não é absoluta. De outro modo, as soluções jurídicas acabariam por espelhar apenas aquilo em que, por uma razão ou por outra, as pessoas acreditassem. Por isso, ela requer a verificação de condições particulares, que se podem apurar a partir da análise do Direito positivo.

⁽⁴⁴⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral cit.*, 376, e desenvolvidamente, *Da boa fé cit.*, 661 ss..

⁽⁴⁵⁾ Cf., pormenorizadamente, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé cit.*, II, 707 ss..

⁽⁴⁶⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, p. ex., *Teoria geral cit.*, 372 ss..

⁽⁴⁷⁾ Cf. respectivamente, WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen 1956, 28 e TEUBNER, *Alternative Kommentar zum BGB*, 2.º vol. (1980), § 242, nota 31.

III. Resumidamente, podem apontar-se quatro pressupostos da protecção da confiança através do *venire* ⁽⁴⁹⁾:

- 1.º uma *situação de confiança*, traduzida na boa fé própria da pessoa que acredite numa conduta alheia (no *factum proprium*);
- 2.º uma *justificação* para essa confiança, ou seja, que essa confiança na estabilidade do *factum proprium* seja plausível e, portanto, sem desacerto dos deveres de indagação razoáveis;
- 3.º um *investimento de confiança*, traduzido no facto de ter havido por parte do confiante o desenvolvimento de uma actividade na base do *factum proprium*, de tal modo que a destruição dessa actividade (pelo *venire*) e o regresso à situação anterior se traduzam numa injustiça clara;
- 4.º uma *imputação da confiança* à pessoa atingida pela protecção dada ao confiante, ou seja, que essa confiança (no *factum proprium*) lhe seja de algum modo reconduzível.

IV Verificados estes requisitos, há proscricção do *venire* por ele representar, então, um exercício ilegítimo de um direito, por serem excedidos manifestamente os limites impostos pela boa fé (cf. artigo 334.º) ⁽⁵⁰⁾.

A matéria em análise, embora vaga, tem conhecido uma gratificante aplicação pelos Tribunais. Hoje, graças a ela, pode-se já considerar que a experiência portuguesa ocupa, junto da alemã, uma posição liderante, no delicado campo da concretização da boa fé.

Contam-se, assim, já por dezenas os acórdãos dos tribunais superiores que, nos últimos anos, têm sancionado os institutos do abuso do direito e do *venire contra factum proprium*. Como exemplos ⁽⁵¹⁾ bastará citar os acórdãos da Relação de Coimbra, de 16-Jan.-1990 ⁽⁵²⁾, da Relação de Évora, de 12-Nov.-1987 ⁽⁵³⁾, da

⁽⁴⁸⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé* cit., 752 ss..

⁽⁴⁹⁾ Ver, desenvolvidamente, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé* cit., 758 ss., *Teoria geral*, 1.º vol., 2.ª ed. cit., 390 ss. e *Tratado*, I, 1, n.º 62.

⁽⁵⁰⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé* cit., 760.

⁽⁵¹⁾ Elementos anteriores constam, p. ex., de MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral*, 2.ª ed., 1.º vol. cit., 377 ss..

⁽⁵²⁾ RCB 16-Jan.-1990 (NUNES DA CRUZ), CJ 15 (1990) 1, 87-89 (88-89).

⁽⁵³⁾ REV 12-Nov.-1987 (CARDONA FERREIRA), BMJ 371 (1987), 561.

Relação de Lisboa, de 28-Nov.-1989 ⁽⁵⁴⁾ e da Relação do Porto, de 11-Mai.-1989 ⁽⁵⁵⁾. Quanto ao Supremo, refira-se, entre tantos, o acórdão de 19-Set.-1989 ⁽⁵⁶⁾.

Trata-se, porém, de jurisprudência que não tem a ver com inabilitabilidades formais.

V — O CASO DO ACÓRDÃO

12. A necessidade de ponderar a situação no seu conjunto

I. No caso agora decidido, verifica-se que foi celebrado um contrato-promessa relativo a uma fracção autónoma, sem que tivesse sido dado cumprimento ao artigo 410.º/3, do Código Civil. Na verdade, não se procedeu ao reconhecimento presencial da assinatura das partes: tão-pouco o notário certificou a existência de licença de construção ou de habitação.

II. No período de vida útil do contrato, verificou-se haver licença de construção, mas não de habitação. O promitente-comprador considerou este último aspecto essencial, tanto mais que ele estava ligado à existência duma garagem, fundamental para ele.

Dizem-nos os factos que o promitente-comprador declarou dispensar as formalidades legais. No entanto, ele próprio vem invocar a falta dessas formalidades *por ter razões objectivas de insatisfação, perante a falta da garagem e da licença de habitação*.

III. Estes aspectos resultam dos autos. Eles não podem deixar de ser considerados pela instância jurisdicional que pretenda efectuar uma saída *ex bona fide*.

Na verdade, a aplicação da boa fé *não pode corresponder a um jogo formal*: quando esse fosse o caso, a boa fé e toda a Ciência Jurídica que a suporta tornar-se-iam profundamente inúteis.

⁽⁵⁴⁾ RLX 28-Nov.-1989 (AFONSO DE MELO), CJ 14 (1989) 5, 124-125.

⁽⁵⁵⁾ RPt 11-Mai.-1989 (CARLOS MATIAS), CJ 14 (1989) 3, 192-195.

⁽⁵⁶⁾ STJ 19-Set.-1989 (MENÉRES PIMENTEL), BMJ 389 (1989), 551-555 (554).

Não cabe falar em *venire contra factum proprium* quando, entre o primeiro comportamento e o segundo, aparentemente contraditórios, tenham ocorrido factos que justifiquem a mudança de atitude do agente.

IV. A aplicação da boa fé exige, uma ponderação *da situação, no seu conjunto*.

No caso *sub judice*, torna-se necessário verificar se a própria confiança do promitente-adquirente, que o levou a considerar dispensáveis as formalidades legais, não terá sido (injustificadamente) abalada. Se sim, não há margem para dar corpo ao *venire*.

13. Os pressupostos do *venire* e da responsabilidade civil

I. O caso do acórdão não é, porém, um espaço onde se discuta a mera aplicação da boa fé.

Como vimos, discute-se, aqui, um tema de aplicação de regras formais, aplicação essa que suscita múltiplos e delicados problemas. Uma opção definitiva pelo bloqueio de regras formais exigiria:

- a verificação dos pressupostos do *venire*;
- a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil.

Apenas o funcionamento desta *in natura*, permitiria a manutenção da promessa inválida *ex* artigo 410.º/3.

II. Quanto aos quatro pressupostos do *venire*, temos dúvidas quanto a três deles. Assim:

- 1.º Vamos admitir que haja — ou tenha havido — uma *situação de confiança*: o promitente-alienante acreditou na opção do acquirente pelas “não-formalidades”;
- 2.º A *justificação* é frágil: a lei colocou *sobre o promitente-alienante* um dever de documentação e de diligência; trata-se dum dever de ordem pública que não pode ser dispensado pela contraparte;

- 3.º O *investimento de confiança* é fraco: os autos não documentam qualquer outra actividade para além do próprio contrato-promessa; pelo contrário: estando pago o contrato definitivo, parece que (apenas) o promitente-adquirente procedeu ao investimento de confiança
- 4.º A *imputação de confiança* ao promitente-adquirente tropeça numa “causa de justificação” para o *venire*: a falta da licença de habitação e da garagem, tendo o promitente-alienante sido repetidamente prevenido da sua importância.

Em casos destes, a jurisprudência é muito estrita no tocante à superação, *ex bona fide*, do artigo 410.º/3 do Código Civil⁽⁵⁷⁾. Na falta de elementos ou perante a sua patente fragilidade, a lei tem de ser aplicada.

III. Finalmente, o acórdão é omissivo quanto aos pressupostos da responsabilidade civil. Quando muito, ele permitiriam apontar uma ausência de culpa do promitente-adquirente. Repare-se que, enquanto pessoa interessada na habitação, de pouco lhe valeria a licença de construção. Pelo contrário, deparamos com um conjunto de factores *que podem justificar a sua liberação do compromisso social de não invocar a nulidade ex 410.º/3*.

De novo deparamos com uma insuficiência de elementos que permitam bloquear o funcionamento do artigo 410.º/3, do Código Civil.

14. Conclusão

I. A conclusão será muito breve.

O artigo 410.º/3 do Código Civil dá azo, perante o incumprimento das formalidades nele prescritas, a uma nulidade atípica. Ela não pode ser invocada pelo promitente-alienante (salvo culpa do adquirente) ou por terceiro, nem pode ser declarada *ex officio* pelo tribunal. Pode, sim, sempre, ser invocada pelo promitente-adquirente.

⁽⁵⁷⁾ Assim, em RPt 26-Mar.-1996 (ARAÚJO DE BARROS), CJ XXI (1996) 2, 204-208 (207-208), entendeu-se que haveria *venire* por parte dos promitentes que *pedem a condenação judicial* no cumprimento do contrato e, depois, vêm invocar a invalidade *ex 410.º/3*. De facto, teríamos aqui uma autêntica chicana processual.

II. A hipótese de bloquear a invocação pelo próprio promitente-adquirente só seria pensável graças ao instituto geral do abuso do direito. No entanto, este instituto não tem margem de funcionamento perante regras formais, insensíveis à redução teleológica. Apenas quedaria a exigência indemnizatória decorrente dum *venire contra factum proprium* frontal.

III. Porém, qualquer aplicação da boa fé exige uma ponderação global da situação considerada sob pena de cairmos no formalismo que pretendemos evitar. Ora, a situação global mostra a existência dum legítimo descontentamento do promitente-adquirente, confrontado com a falta da licença de habitação e da garagem. Não é possível, na ausência de outros elementos, formular um juízo de censura quanto ao seu procedimento.

Além disso, não se mostram reunidos nem os pressupostos do *venire contra factum proprium* nem os da responsabilidade civil. Na falta de elementos, o ónus processual joga contra quem invoque a boa fé.

IV. O Supremo, no acórdão agora anotado, optou por não considerar o conjunto da situação retratada nos autos. Apenas atendeu ao facto, desinserido do contexto, de um promitente-adquirente declarar dispensar as formalidades do artigo 410.º/3 do Código Civil e, depois, vir invocar a sua falta. A ser apenas assim teríamos, na verdade, um *venire contra factum proprium*. Mas não foi: os autos dizem-nos que o promitente-adquirente foi confrontado, contra o que esperava, com a falta de garagem e da licença de habitação: só havia a de construção. Tinha, pois, uma justificação clara para mudar de critério.

O recurso à boa fé tem de ponderar *a verdadeira situação em jogo: não, apenas, segmentos desta, sob pena de se cair num novo formalismo, mas agora inseguro e imprevisível*. Esse foi o destino do presente acórdão.

Ao não revogar o acórdão recorrido, por forma a deixar subsistir a decisão da 1.ª Instância, o Supremo — e salvo o devido respeito — decidiu mal.