

Contratos Formais e Não Formais

Abordagem Segundo o Princípio da Boa-Fé Objetiva

Viviane Perez

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

I - INTRODUÇÃO

O presente estudo cuidará da classificação dos contratos em formais e não formais, procurando analisá-la, especialmente em seus efeitos, à luz do princípio da boa-fé objetiva. O objetivo é investigar se a qualificação formal dos contratos se justifica sob uma ótica civil-constitucional e, em caso afirmativo, se sua subsistência deve ser ponderada com o princípio da boa-fé objetiva. Antes, porém, é necessário compreender o que são contratos formais e/ou solenes, e quais efeitos a doutrina classicamente confere a tal qualificação.

II - O CONCEITO DE CONTRATOS FORMAIS E SOLENES NA DOCTRINA

A doutrina, especialmente a nacional, não costuma dedicar muita atenção à qualificação dos contratos em formais e solenes, limitando-se, na maioria das vezes, a enunciar a classificação pela exigência legal da forma, sem aprofundar os conceitos. Nada obstante, é possível encontrar alguma discussão doutrinária em torno da existência ou não de distinção entre contratos formais e contratos solenes.

A maioria da doutrina emprega as expressões como sinônimas, e identifica os contratos formais ou solenes como aqueles para

os quais a lei exige forma específica, em oposição aos contratos consensuais (ou não-formais), cuja forma de manifestação da vontade é livre¹. Assim, para Caio Mário da Silva Pereira chama-se "*contrato solene* aquele para cuja formação não basta o acordo das partes. Exige-se a observância de certas formalidades, em razão das quais o contrato se diz, também, formal"². Também Washington de Barros Monteiro define os contratos formais como "*aqueles em que a forma não é livre, dependendo de forma especial; são os contratos solenes*"³. Maria Helena Diniz, igualmente, afirma que "*contratos solenes ou formais consistem naqueles para os quais a lei prescreve, para sua celebração, forma especial*"⁴.

Nada obstante, existem autores que enxergam alguma diferença entre os contratos formais e os solenes. José Abreu Filho, por exemplo, entende que só seriam solenes os negócios formais que "*não prescindem da intervenção de autoridade*"⁵, como aqueles para os quais a lei exige a escritura pública. A solenidade, segundo o autor, residiria exatamente na cerimônia de celebração, que goza de rito próprio.

Em outra linha, Silvio de Salvo Venosa entende serem solenes os contratos para os quais a lei exige determinada forma em caráter constitutivo, e não meramente probatório (hipótese em que o contrato seria apenas *formal*)⁶. Confira-se:

"Desse modo, serão formais os contratos cuja validade depender da observância de uma forma preestabelecida pela lei. Aqui se faz uma distinção de importância, qual seja, os contratos cuja forma é exigida pela lei ad probationem e aque-

¹ Nesse sentido, Arnaldo Wald, *Direito das obrigações (teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais)*, 2001, p. 223; César Fiuza, *Direito civil - curso completo*, 2000, p. 252; e Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 3, 2002, p. 36.

² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 2004, p. 62 - grifo no original.

³ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 2ª parte, 1998, p. 30.

⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 3ª v., 1999, p. 83.

⁵ José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 1997, p. 98.

⁶ Orlando Gomes, embora empregue as expressões formal e solene como sinônimas, entende que existe "contrato solene somente quando a forma é da substância. Se exigida apenas para prova - *ad probationem tantum* -, o contrato se forma, embora sua existência como negócio produtivo de efeito não possa ser judicialmente comprovada, salvo confissão". (*Contratos*, 2000, p. 77).

*les cuja formalidade tem um caráter constitutivo ou solene. Assim, nos contratos que são, além de formais, solenes, se não obedecidas as formalidades, o negócio carece de efeito, (...)."*⁷

No mesmo sentido, embora sem menção expressa aos contratos formais, parece se inclinar Roberto de Ruggiero, para quem os contratos solenes **"são aqueles nos quais se requer ou a escritura privada ou o ato público não somente para fins de prova (*ad probationem*), mas como condição necessária para a sua validade, para sua própria existência (*ad substantiam*)"**⁸.

Neste ponto, cumpre fazer uma observação. A doutrina homogeneamente, ainda que não para fins de estabelecer uma distinção entre contratos formais e contratos solenes, costuma registrar diferenças entre forma exigida com caráter ***ad substantiam*** e forma ***ad probationem***. A forma ***ad substantiam*** encerraria conceito de direito material, sendo exigida como um dos requisitos para a validade do negócio jurídico⁹ (sobre os efeitos do desrespeito à forma prescrita em lei se discorrerá de modo apropriado no tópico seguinte). Já a forma ***ad probationem*** teria uma conotação processual, sendo exigida como técnica probatória apenas¹⁰.

Essa distinção é criticada por Inocêncio Galvão Telles, sempre que a exigência de determinada forma seja estabelecida por lei. O raciocínio do autor, embora construído à luz do direito português, parece válido, ao menos em parte, também em face da nossa legislação. É que, seja quando a lei exige a forma para efeitos meramente probatórios (v., por exemplo, art. 227 do NCC¹¹), seja quando a exige como substância do ato, sua prova só se admite através da forma especialmente imposta (art. 212, NCC¹²). Ora, se é assim, a

⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51 - grifo no original.

⁸ Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, v. III, 1999, p. 317 - grifo no original.

⁹ José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 1997, p. 99.

¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 2004, p. 63.

¹¹ NCC, art. 227: "Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados."

¹² NCC, art. 212: "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...)".

distinção, na prática, perde um pouco de sua finalidade, como esclarece o autor¹³:

"Em face deste preceito, sempre que a lei exija a respeito de certo acto jurídico um documento, quer o declare necessário para a sua existência quer para a sua prova, - só através desse documento poderá o acto provar-se. Isto já constitui um sintoma muito forte de que a distinção (hoje pelo menos) é aparente. Na verdade, se a lei prescrevesse o documento para fins de prova e nada mais, não estando em causa a validade do contrato, - o lógico seria que pudesse fazer-se essa prova ou pelo documento ou por outros meios com igual ou superior força probatória, como a confissão judicial, que constitui prova plena contra o confitente (...)." ¹⁴

Feita a digressão, cumpre mencionar ainda um último sentido que o termo "solenidade" recebe nas lições de Pontes de Miranda¹⁵. Ao referir o artigo 145, IV do Código Civil de 1916 (cujo conteúdo se encontra hoje inserido no inciso V do art. 166 do Novo Código Civil¹⁶), o autor afirma estarem incluídas na expressão as solenidades formais, assim consideradas em face do conceito de *solennitas* (de *solere*, usar, ser conforme o uso). Assim, Pontes de Miranda exemplifica como solenidade, dentre outras, a tradição nos contratos reais, e a existência do elemento "duas coisas" nos contratos de troca, sob pena de serem desfigurados para compra e venda (aqui o conceito um pouco que se confunde com o de *causa*, na concepção que lhe confere a doutrina italiana).

Ainda neste tópico, é importante lembrar que a exigência de determinada forma para a conclusão de um negócio jurídico pode

¹³ Com essa colocação parece concordar, embora sem maiores digressões, Marco Aurélio Bezerra de Mello, *Novo Código Civil anotado*, 2004, p. 15/16: "Quando a lei não exige forma, mas as partes dela se utilizam, diz-se que a forma serve apenas como meio de prova, como sucede com o contrato de locação, que é informal, mas normalmente é reduzido a escrito para uma maior segurança jurídica ao pacto."

¹⁴ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 1965, p. 134/135 - grifo no original.

¹⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 241.

¹⁶ NCC, art. 166: "É nulo o negócio jurídico quando: (...) V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;"

partir também de uma convenção anterior das próprias partes nele envolvidas. Nesse caso, parte da doutrina ressalva que o contrato não se converte, como tipo, em formal ou solene¹⁷. Seja como for, a inobservância da forma convencional igualmente importa, segundo o entendimento majoritário (animado também pela disposição do art. 109 do NCC¹⁸), na invalidade do contrato¹⁹.

Visto o conceito de contratos formais e de contratos solenes, cumpre declinar os efeitos que a doutrina confere a tal qualificação, efeitos esses que dizem respeito basicamente à preterição da forma prescrita em lei. A isso se dedicará o tópico seguinte.

III - EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS COMO FORMAIS E/OU SOLENES

A doutrina, de maneira geral, costuma ser taxativa em afirmar serem nulos os contratos que não respeitem a forma estabelecida em lei²⁰. E isso à vista do que dispõe o artigo 166, IV, do Novo Código Civil:

*"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
(...)
IV - não revestir a forma prescrita em lei;"*

Nada obstante, existem autores, como Darcy Bessone, que consideram que a preterição da forma é causa de inexistência do negócio jurídico, porque impede que o mesmo se aperfeiçoe; isso

¹⁷ Nesse sentido, v. Orlando Gomes, *Contratos*, 2000, p. 77: "Nada obsta que um contrato se torne formal pela vontade das partes. Evidentemente, não se converterá, como tipo, em contrato solene, mas se subordinará às regras que o regulam."; e Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51: "As partes podem, por sua vontade, determinar que um contrato seja formal. Não se converterá em contrato solene, mas a inobservância da forma invalidará o contrato, já que se leva em conta a autonomia da vontade dos contratantes." Em sentido contrário, Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 3, 2002, p. 36: "Os contratos não solenes podem ser promovidos a solenes, por vontade das partes, quando estipulem que eles não valerão sem o instrumento público."; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 2004, p. 62: "A forma pública pode ser convencional, quando os próprios interessados a elegem, e, neste caso, o contrato, que não seria em princípio, formal, passa a sê-lo".

¹⁸ NCC, art. 109: "No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato."

¹⁹ Assim entendem Orlando Gomes, *Contratos*, 2000, p. 77: "A inobservância da solenidade convencional determina, também, nesse caso, a invalidade do contrato."; Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51 (trecho transcrito na nota anterior); e Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 226 e ss.

²⁰ V. Marco Aurélio Bezerra de Mello, *Novo Código Civil anotado*, 2004, p. 16.

porque a forma se apresenta *"como uma condição para a formação do contrato, vale dizer, como um elemento constitutivo"*²¹.

Já Pontes de Miranda considera que a forma legalmente estabelecida pode ser, dependendo da situação, pressuposto de existência, validade ou eficácia do ato jurídico; para ele a *"forma pode ser elemento necessário ao suporte fático para que entre no mundo jurídico, ou para que o ato jurídico valha, ou para que o ato jurídico tenha certo efeito, ou certos efeitos"*²². Para melhor compreensão, o autor traz exemplos: a doação verbal de bem imóvel seria inexistente; a doação verbal de bem móvel, sem que lhe siga a tradição, seria nula; o contrato de compra e venda de imóvel por instrumento particular não tem o efeito de transferir a propriedade, mas pode encerrar eficácia obrigacional. Nada obstante, no tomo IV de seu **Tratado de Direito Privado**, contraditoriamente com o que se ensinou no tomo anterior, Ponte de Miranda afirma: *"superamos, de muitos séculos, a era da forma pressuposto de existência: tudo se passa no plano da validade"*²³.

Sílvio de Salvo Venosa também traz ponderações acerca dos efeitos da qualificação. Como se disse, o autor entende haver diferença entre contratos formais e solenes, sendo que somente quanto a estes últimos a forma seria exigida em caráter constitutivo. Afirma, ainda, completando seu raciocínio, que os contratos formais seriam aqueles que exigiriam forma escrita, enquanto os solenes demandariam escritura pública. Estabelecida a distinção, Venosa confere conseqüências jurídicas distintas aos conceitos:

*"No contrato solene a ausência de forma o torna nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene."*²⁴

Seja como for, a pena de nulidade por inobservância de forma

²¹ Darcy Bessone, **Do contrato - teoria geral**, 1997, p. 80.

²² Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, tomo III, 2001, p. 390 - grifo no original.

²³ Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, tomo IV, 2000, p. 225.

²⁴ Sílvio de Salvo Venosa, **Teoria geral dos contratos**, 1992, p. 51.

é tomada pela doutrina clássica em termos rigorosos. Ilustrativas do que se afirma são as passagens de Pontes de Miranda sobre o tema, que não admite qualquer ponderação acerca da exigência de forma legal ou do efeito de nulidade que se faz recair sobre a ausência de observância da mesma. Confira-se:

*"Para o intérprete da **lex lata**, o legislador, ao fazer a regra jurídica sobre forma especial, pesou as conveniências e os inconvenientes. Não há de o intérprete - inclusive o juiz - nem pode ele repesá-los."*²⁵

*"Pretendeu Hans Wüstendörfer (**Die deutsch Rechtsprechung am Wendepunkt**, *Archiv für die civilistische Praxis*, 110, 327 s.), depois de referir ao método de se procurar qual o fim da exigência de forma, para se saber qual o verdadeiro conteúdo da regra jurídica que adota, cogentemente, forma especial para determinada espécie de atos jurídicos (...), que se dispensa a sanção de nulidade quando o fim social do negócio jurídico se alcança de outra maneira. Ora, tal critério é absurdo: poria a perder a regra jurídica sobre forma especial."*²⁶

*"Ninguém pode opor ignorância a respeito de regras jurídicas sobre forma; nem ofende aos princípios de boa-fé e de ética, que regem o cumprimento do negócio jurídico, alegar-se nulidade por defeito de forma."*²⁷

Em tendência relativamente mais progressista, Arnaldo Wald entende que o *"contrato solene, quando realizado sem a forma estabelecida por lei, poderá valer com outra finalidade, mas não atenderá à sua função precípua"*²⁸. Ou seja, o autor admite que mesmo preterida a forma legalmente prevista, o pacto pode gerar efeitos que, não necessariamente se restringirão a perdas e danos. Exemplificando sua afirmação, Arnaldo Wald refere a hipótese de

²⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 225 - grifo no original.

²⁶ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 230/231.

²⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 231.

²⁸ Arnaldo Wald, *Direito das obrigações (teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais)*, 2001, p. 224.

venda de imóvel por instrumento particular, que não constituiria título hábil para a transferência da propriedade, mas que poderia ensejar ação judicial a fim de que se obtenha sentença passível de registro.

É, todavia, na doutrina estrangeira que se encontram maiores questionamentos acerca do rigor da pena de nulidade por defeito de forma. Pietro Perlingieri²⁹ critica, com propriedade, a adoção da pena de nulidade desvinculada de uma análise dos interesses violados, defendendo que as conseqüências devem ser graduadas em razão destes. Ou seja, é preciso examinar a função da norma que prescreve a forma, os interesses que esta pretende assegurar, para concluir se sua exigência se justifica em razão da proteção que busca conferir a uma ou a ambas as partes. Em síntese, afirma o autor:

*"Para interpretar o pacto sobre a forma ou a norma sobre a forma é necessário individuar a história e a função. A forma é inseparável do conteúdo e o próprio negócio não pode ser relegável ao plano da estrutura, da fattispecie e de seus requisitos mecanicamente descritos, mas deve ser considerado como ordenamento do caso concreto, um valor a ser integrado e a ser coadunado com o sistema do ordenamento, como uma parte do todo, em estrita indissolubilidade lógica e histórica."*³⁰

Esse, de fato, parece ser o melhor caminho a trilhar. A análise da exigência da forma e de sua preterição não deve encerrar um processo meramente mecânico, dissociado dos interesses e direitos em jogo, e incólume a qualquer espécie de ponderação. Antes, é preciso examinar a teleologia subjacente à exigência de forma especial, para depois examinar se sempre se justificará a sanção de nulidade como decorrência de sua inobservância pelas partes contratantes. Passemos, então, à análise dos fundamentos da exigência de forma especial.

²⁹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1999, itens 180 a 183, p. 289 a 298.

³⁰ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1999, itens 180 a 183, p. 297 - grifo no original.

IV - FUNDAMENTOS DA EXIGÊNCIA DE FORMA ESPECIAL

A exigência de forma especial para determinados negócios jurídicos é ainda herança da tradição romana. O formalismo romano era marcado de simbolismo, traduzido especialmente em palavras e gestos (só tardiamente aparecem os escritos), observando-se rigorosamente um rito. Como afirma Inocêncio Galvão Telles *"na concepção pagã esta observância concitava o favor da divindade, atraía as forças ocultas que davam aos efeitos jurídicos um vigor, uma obrigatoriedade maior"*³¹.

Mais do isso, as formas eram específicas ou típicas, correspondendo a cada espécie de ato jurídico uma forma determinada. Quatro eram as modalidades contratuais: *re, litteris, verbis*, e *consensu* - sendo a última a que mais tarde apareceu, limitada a quatro tipos de contrato, quais sejam: venda, locação, mandato e sociedade³². O formalismo era rígido, mesmo porque somente os contratos formalmente concluídos eram dotados de ação, sendo apenas excepcionalmente desprezado nas relações mercantis, que reclamavam maior flexibilização.

Na Idade Média, o formalismo começa a ser mitigado pela própria prática dos escribas, que a pedido dos interessados consignavam que todos os rituais haviam sido cumpridos, mesmo quando isso não correspondia à realidade, implicando na abolição indireta das formalidades. Ao lado disto, como informa Caio Mário da Silva Pereira, *"a imiscuição das práticas religiosas introduziu o costume de fazer o juramento acompanhar as convenções, como técnica de atribuir-lhes força. Abalou-se, portanto, o prestígio dos rituais do Direito Romano, desde que se acreditou no poder de uma declaração de vontade, enunciada sob a invocação da divindade"*³³. Os canonistas privilegiavam o valor da palavra, o consentimento, aos rituais romanos, sendo a quebra do compromisso contratual equiparada à mentira, tida por sua vez como pecado.

Essas correntes de pensamento influenciaram a adoção do *prin-*

³¹ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 1965, p. 119. Sobre a simbologia e rigorismo do direito romano também se pronuncia Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, v. III, 1999, p. 316/317.

³² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 7.

³³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 8 - grifo no original.

cípio consensualista, que predominou nos séculos XIX e XX, segundo o qual o "*contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que só a vontade é a entidade geradora*"³⁴. Apenas excepcionalmente se exigia a forma, ou a tradição, usualmente como decorrência de costume histórico³⁵.

Posteriormente, assistiu-se ao retorno progressivo de certas formalidades, animado especialmente pela necessidade de se imprimir maior segurança³⁶ a determinadas relações contratuais³⁷. O formalismo moderno, todavia, diverge do simbolismo romano, encerrando apenas a exigência de documento escrito, particular ou público. A idéia de segurança decorrente da forma parte de dois aspectos. O primeiro deles refere-se à facilitação da prova, que também restaria mais precisa quanto ao conteúdo da vontade declarada. O segundo, mais subjetivo, funda-se na idéia de que a exigência de forma especial passaria a demandar maior tempo para a elaboração do ajuste contratual, implicando, por isso, em uma maior reflexão das partes sobre o mesmo. Confirmam-se, sobre o tema, as lições de Inocêncio Galvão Telles e Pontes de Miranda, respectivamente:

*"A incorporação da declaração de vontade num documento tem grandes vantagens. Facilita a prova: a declaração ganha estabilidade, perdendo o carácter fugaz e passageiro das declarações verbais (**verba volant, scripta manent**), e ao mesmo tempo adquire precisão e clareza, e nitidamente se diferencia das simples negociações preliminares. Além disso, a necessidade de redigir o documento ou de ir ao notário, dá*

³⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 9.

³⁵ Em nosso ordenamento a liberdade de formas ainda é a regra, como se extrai do art. 107 do NCC: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

³⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 9: "Mais modernamente, contudo, sentiu o direito a imperiosa necessidade de ordenar certas regras de segurança, no propósito de garantir as partes contratantes, contra as facilidades que a aplicação demasiado ampla do princípio do consensualismo vinha difundindo. E engendrou então certas exigências materiais, que podem ser subordinadas ao tema do *formalismo*, as quais abalam a generalização exagerada do consensualismo".

³⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 52: "O formalismo renasce hoje em muitos negócios jurídicos para conceder maior segurança às partes".

*tempo para reflexão maior, obriga a ponderar mais os prós e os contras do acto que se pensa celebrar. A demora e o gasto de dinheiro são o preço que se paga por estas vantagens."*³⁸

*"A origem disso prende-se à história mesma da psique humana: o contato com o alter, a discussão, a reflexão (que é a discussão que se interiorizou) e a decisão. Naturalmente, concorre a forma especial para uma maior atenção, amadurecimento, esclarecimento e precisão do que se manifesta ou comunica. (...) Além desses préstimos da forma especial, tem ela o de servir à prova."*³⁹

Pois bem. Pode-se concluir que o fundamento da adoção de determinada forma especial residiria na necessidade de conferir mais segurança a determinados atos e contratos jurídicos que, por sua relevância, demandariam maior reflexão das partes para sua celebração e certeza mais precisa sobre o conteúdo declarado da vontade. Mas quais são os atos e negócios jurídicos que exigem forma especial? Como regra, todos os que envolvam imóveis com valor superior a trinta salários-mínimos (art. 108 do NCC), a doação (art. 541 do NCC) o mandato (arts. 653 a 655 do NCC), a constituição de renda (art. 808 do NCC), a fiança (art. 819 do NCC), os direitos reais de garantia (art. 1.424 do NCC), o casamento (art. 1.533 e ss. do NCC), o reconhecimento de filhos (art. 1.609 do NCC), o testamento (arts. 1.864, 1.868, e 1.878 do NCC), os títulos de crédito em geral.

Como se percebe, os atos, e alguns negócios jurídicos, acima listados, dizem respeito essencialmente a relações familiares, nas quais está também em jogo, inobstante a implicação patrimonial que possam encerrar, o desenvolvimento pessoal do indivíduo, e cuja relevância, dentro da perspectiva de tutela da pessoa humana, por certo justifica a adoção de regras de forma especial a serem necessariamente observadas. Já os demais negócios jurídicos referidos cuidam unicamente de relações patrimoniais e, quanto a estes, é que se coloca a questão do respeito à forma: deverá sempre se impor

³⁸ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 1965, p. 120 - grifo no original.

³⁹ Pontes de Miranda, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 224 - grifo no original.

rigor no respeito à sua exigência, sob pena de nulidade? Ou não seria tal exigência, de forma uma reminiscência histórica do regime anterior, de cunho essencialmente patrimonial? Pode tal exigência ser ponderada com os princípios contratuais modernos, como o princípio da boa-fé?

V - O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS CONTRATOS FORMAIS

A boa-fé objetiva, como se sabe, é princípio que deve pautar todas as relações contratuais, e encontra-se hoje positivado como cláusula geral no artigo 422 do Novo Código Civil:

"Art 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Nada obstante sua recente positivação, a boa-fé objetiva já era aplicada, por influência do direito germânico que o previa no artigo 242 do BGB⁴⁰, como princípio implícito ao sistema⁴¹, tendo recebido especial fôlego com a edição do Código de Defesa do Consumidor que a ela fez referência expressa em diversos dispositivos⁴².

⁴⁰ BGB, § 242: "O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego." (tradução livre)

⁴¹ Com efeito, Teresa Negreiros, **Fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, 2002, p. 252, ensina que o princípio da boa-fé objetiva tem status constitucional, derivando do princípio da dignidade da pessoa humana: "A fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na idéia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais. Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o **direito** à autonomia privada e o **dever** de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária** ao indivíduo **solitário**". (negrito no original).

⁴² CDC, art. 4º: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (Art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;"

CDC, art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;"

Mas o que significa boa-fé objetiva? Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que a boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, que encerra, como ensina Bruno Lewicki, um "*estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé*"⁴³. Essa vertente subjetiva, relacionada ao *animus* do agente, sempre esteve presente nas codificações, seja para definir a figura do "terceiro de boa-fé", seja para possibilitar a aquisição de propriedade por via da usucapião em prazo reduzido.

A concepção subjetiva da boa-fé estava intimamente ligada ao individualismo característico do Século XIX, que reconhecia a todas as pessoas uma igualdade absoluta e formal, e, por isso mesmo, uma ampla liberdade de contratar. Com a relativização do individualismo puro - e a conseqüente constatação de que os indivíduos que compareciam a determinada negociação não eram, por vezes, dotados das mesmas aptidões técnicas ou capacidade financeira -, desenvolvem-se princípios de interpretação contratual que objetivam resguardar, na medida do possível, a igualdade efetiva, e não mais apenas formal, entre as partes, e pautar a lealdade de sua conduta. É nesse contexto que se desenvolve a boa-fé objetiva que, longe de ser mera crença, encerra dever de conduta, estando ligada à relação contratual em todos os seus aspectos.

Com efeito, a doutrina tem observado uma tríplice função à boa-fé objetiva, que (i) encerraria uma guia para a interpretação dos contratos; (ii) restringiria o exercício abusivo de direitos contratuais e (iii) criaria deveres conexos ou acessórios à prestação principal, como os deveres de informação e lealdade⁴⁴.

Em sua primeira função, a boa-fé exsurge como critério hermenêutico, para determinar que a interpretação deverá privilegiar o real sentido da obrigação, sem, obviamente, prejudicar qualquer uma das partes⁴⁵. Ou seja, funciona como "*método*

⁴³ Bruno Lewicki, *Panorama da boa-fé objetiva*, in *Problemas de direito civil constitucional*, coord. Gustavo Tepedino, 2000, p. 55.

⁴⁴ V. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil", *Revista da EMERJ* nº 23, 2003, p. 144 e ss; e Judith Martins Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999. p. 427 e ss.

⁴⁵ Cabe aqui um comentário. Ao se afirmar que o contrato não deve prejudicar uma das partes, não se pretende impedir a aferição de lucro pela outra parte, e sim evitar a existência uma desproporção entre as prestações. Da mesma forma, não prejudicar uma das partes não significa garantir a ela todas as vantagens, pois nesse caso a extensão de vantagem não pactuada representará um prejuízo à outra parte, o que também atenta contra o princípio da boa-fé.

hermenêutico-integrativo, para interpretação da declaração de vontade, sempre com vistas a ajustar a relação jurídica à função econômico-social determinável no caso concreto" ⁴⁶. Proíbe-se, assim, como ensinam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *"a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra"*⁴⁷.

A segunda função reconhecida ao princípio da boa-fé encerra faceta restritiva, servindo de limite ao exercício da liberdade contratual. Nesse sentido, pune-se o exercício abusivo do direito, ao passo que se busca resguardar as legítimas expectativas geradas em cada uma das partes⁴⁸. Sobre o tema, escrevem Teresa Negreiros e Heloisa Carpena Vieira de Melo, respectivamente:

"Estes novos parâmetros, que no caso específico da boa-fé sinalizam para o dever de cooperação entre as partes vinculadas por uma relação obrigacional, para o dever, enfim, de consideração pelos interesses alheios à luz do escopo econômico-social da relação em questão, poderiam ser resumidos através do imperativo ético da solidariedade contratual."

"Analisando o fenômeno através de uma perspectiva positiva, o intervencionismo procura, na verdade, garantir o poder das partes regularem suas relações, preservando a principal função do contrato, qual seja, servir de instrumento de segurança das expectativas." ⁵⁰

⁴⁶ Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, "Teoria geral da boa-fé objetiva", *Revista do Advogado* nº 68, 2002, p. 101.

⁴⁷ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil", *Revista da EMERJ* nº 23, 2003, p. 144/145.

⁴⁸ Nesse sentido, v. Marcelo Menaged, "A aplicação da boa-fé objetiva nos contratos", *Revista da EMERJ* nº 22, 2003, p. 245: "Nesse sentido, se manifesta a boa-fé objetiva durante todo o curso do contrato, gerando deveres anteriores até mesmo ao seu início, tais como as expectativas que derivam naturalmente da possibilidade de sua realização, e se estende para após a conclusão, para fazer com que possa gerar tudo o que dele se pode esperar razoavelmente."

⁴⁹ Teresa Negreiros, *Fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 2002, p. 261.

⁵⁰ Heloisa Carpena Vieira de Melo, "A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual", in *Problemas de direito civil constitucional*, coord. Gustavo Tepedino, 2000, p. 313.

Examinando tal função do princípio da boa-fé objetiva, Eduardo de Oliveira Gouvêa⁵¹ identifica quatro modalidades principais que pode assumir o abuso de direito nas relações contratuais, quais sejam: (i) *venire contra factum proprium*, (ii) *supressio*, (iii) *surrectio*, e (iv) *tu quoque*.

Com a primeira modalidade, *venire contra factum proprium*, busca-se identificar e proteger a parte contra atuações incoerentes da parte contrária. Ou seja, não é lícito a uma das partes criar expectativas, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento, e praticar ato contrário ao previsto, em prejuízo da outra parte. Exige-se, assim, que as partes atuem com coerência, respeitando a palavra dada⁵².

Pela segunda modalidade, *supressio*, o direito não exercido durante um determinado lapso temporal não mais poderá sê-lo, por contrariar a boa-fé. A *supressio* encerra justamente o antônimo da *surrectio*, terceira modalidade, que consiste no nascimento de um direito contratual como consequência da prática continuada de certos atos. Por fim, segundo o *tu quoque*, quarta modalidade, aquele que descumpriu norma contratual ou legal, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira.

Por último, em sua terceira função, a boa-fé objetiva gera uma série de "deveres acessórios" à relação principal, que, nada obstante não estejam previstos no contrato, se fazem obrigatórios. Sobre tais deveres, assim se pronuncia Eduardo de Oliveira Gouvêa⁵³:

"São deveres que excedem o dever de prestação. Assim são os de esclarecimento, (informações sobre o uso do bem alie-

⁵¹ Eduardo de Oliveira Gouvêa, "Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações", *Revista Forense* nº 369, p. 85 e ss.

⁵² Régis Fichtner Pereira, *A responsabilidade civil pré-contratual*, 2001, p. 84: "Se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se da exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé."

⁵³ Na doutrina estrangeira, v. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, 1997, p. 605 e ss.

*nado, capacitações e limites), de proteção (evitar situação de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins plenos visados pela outra parte), dentre outros."*⁵⁴

A existência desses "deveres acessórios", como os deveres de informação e lealdade, liga-se, igualmente, à questão das expectativas, e visa a garantir que elas não sejam criadas quando não possam ser cumpridas⁵⁵.

Pois bem. Que efeito teria, então, a aplicação do princípio da boa-fé sobre as regras que impõem a observância de forma especial? Seria ele apto, observadas as circunstâncias fáticas do contrato, a afastar a pena de nulidade que incide sobre a preterição da forma legalmente prevista? Na doutrina, Pontes de Miranda é um dos únicos autores a cogitar da boa-fé quando trata das regras de forma, mas para afastar sua incidência com rigor:

*"As regras jurídicas sobre forma não podem ser ignoradas; quem as ignora, não se escusa pela ignorância, de modo que não se lhe há de admitir a boa-fé, nem o que invoca a nulidade do ato jurídico, em que figure, age contra a boa-fé nos negócios; nem há qualquer dever moral, menos ainda dever sem obrigação, em que se cumpra o ato jurídico com vício de forma."*⁵⁶

⁵⁴ Eduardo de Oliveira Gouvêa, "Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações", **Revista Forense** nº 369, p. 84.

⁵⁵ Interessante aplicação do princípio da boa-fé pelos tribunais superiores é noticiada por Edilson Pereira Nobre Júnior, "O princípio da boa-fé e o novo código civil", **Revista Forense** nº 367, p. 79: "Sem embargo da pequena experiência na aplicação do princípio, o STJ, nos autos do REsp nº 264.562/SE, fornece-nos um bom exemplo. Confirmando julgado do Tribunal de Justiça do Sergipe, entendeu que, havendo as partes firmado contrato de seguro-saúde, cujo formulário de adesão é encimado pela expressão 'Plano de Assistência Médico Hospitalar (Cobertura Total)', não poderia ser tolerada, em cláusula contratual redigida com caracteres de pouca visibilidade, a estipulação de exceções, pena de afronta à boa-fé que, atuando na exegese do negócio jurídico, não permite que as aludidas expressões sejam compreendidas fora do seu significado comum, o qual servira de base para a aceitação dos aderentes".

⁵⁶ Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, tomo III, 2001, p. 391.

A realidade, todavia, não sustenta um rigorismo exacerbado acerca das normas que estabelecem a exigência de forma especial. Em qualquer sociedade, dependendo do nível sócio cultural das partes envolvidas em determinado negócio, o desconhecimento da exigência de forma especial pode ser mais do que escusável. E não só isso, a adoção da pena de nulidade sem maiores ponderações pode acabar por consagrar o aproveitamento da hipossuficiência da parte contratual mais fraca e frustrar legítimas expectativas que tenham decorrido da celebração do negócio jurídico.

De fato, a mitigação das regras de forma em face do princípio da boa-fé já vem sendo promovida pelos tribunais⁵⁷. Confira-se:

"Não subsiste a constrição judicial imposta sobre imóvel que pertencia à executada, mas que foi vendido anteriormente à constituição do débito e propositura da execução, ainda que inexistente a formalidade do registro, se há comprovação da operação de compra e venda, através de contrato particular. Aquisição sucessiva de boa-fé." (TJRS, AC 70000796987, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 18.12.2001)

"Em razão da presumida boa-fé dos adquirentes, é admissível, quando preterida alguma formalidade no registro imobiliário, a adoção provisória da providência que se convencionou chamar de 'bloqueio administrativo', criação pretoriana tendente a amenizar os drásticos efeitos do cancelamento, inspirada no poder geral de cautela do juiz." (STJ, ROMS 15.315/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 29.03.2004)

"Há de se prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora sem o rigor formal exigido." (STJ, REsp 173.417/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 26.10.98)

"A realidade das relações de comércio dos tempos atuais repudia os formalismos injustificáveis, instalando-se na boa-fé a

⁵⁷ No mesmo sentido, TJRS, AC 597264860, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 16.05.2001; TJRS, AC 70002244879, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, j. 07.11.2001; STJ, REsp 230.257/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.03.2000.

'consagração do dever moral de não enganar a outrem'." (STJ, REsp 123.278, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 04.05.1998)

Com efeito, não parece condizente com a releitura constitucional do direito civil⁵⁸ a imposição da nulidade aos contratos que deixem de observar a forma prescrita em lei sem maiores ponderações sobre os interesses em jogo. Diante de interesses meramente patrimoniais, a regra do art. 166, IV do NCC deve ser ponderada com o princípio da boa-fé contratual à luz do caso concreto. Ou seja, dependendo do caso sob análise, poder-se-á identificar uma violação ao princípio da boa-fé por quebra das legítimas expectativas das partes contratantes (quando ambas desconheciam a existência de regra especial sobre forma), ou mesmo por abuso de direito na modalidade *tu quoque* (quando uma das partes conhece a regra de forma e conscientemente a viola com o objetivo de aproveitar-se da ignorância da parte alheia).

Note-se que não se pretende, aqui, defender que a classificação dos contratos em formais e/ou solenes seja inútil sob uma ótica civil-constitucional. A exigência de forma especial, como se viu, justifica-se em razão da finalidade de proteção de uma ou ambas as partes no negócio, particularmente quando os interesses envolvidos sejam não-patrimoniais⁵⁹. O que se defende, em conclusão, é que quando a forma especial seja exigida em face de interesses meramente patrimoniais, como os relativos a negociações imobiliárias, a sanção de nulidade por sua preterição deva ser ponderada, em face do caso concreto, com o princípio da boa-fé objetiva, para melhor salvaguarda dos interesses envolvidos. 📄

⁵⁸ Gustavo Tepedino, "Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil", in *Temas de Direito Civil*, 1999, p. 1/22.

⁵⁹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1999, itens 180 a 183, p. 293.