

Invalidade, inexistência e ineficácia

Carlos Ferreira de Almeida

Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

SUMÁRIO

1. Âmbito do estudo
2. Ineficácia e invalidade
3. Inexistência
4. Caracterização do "contrato nulo"
5. Ineficácia em sentido restrito
6. Referentes da invalidade, da inexistência e da ineficácia *stricto sensu*

1. Âmbito do estudo

A ineficácia, a invalidade e a inexistência são questões da teoria do direito e, portanto, comuns a todos os ramos de direito. Neste estudo, o *corpus* é mais limitado, porque tem por referência primordial contratos regidos pelo direito privado, o que implica, por força da técnica do Código Civil, que, nalguns pontos, o *corpus* se alargue aos negócios jurídicos¹. Quando seja possível e seguro, ousarei a generalização para qualquer ato jurídico.

Ficam assim, em regra, fora desta análise referências específicas a regras de direito público, designadamente as que são aplicáveis aos tratados internacionais², às leis³, aos regulamentos e aos atos administrativos⁴, aos contratos públicos⁵, aos registos públicos⁶, às nulidades em processo penal⁷ e em processo civil⁸.

1 Na verdade, uma leitura atenta e descomprometida da parte geral do Código Civil conduz à descoberta frequente (para não dizer normal) do contrato escondido por detrás do negócio jurídico e da declaração negocial: cfr. FERREIRA DE ALMEIDA (2013a), pp. 16 ss, 40 s.

2 A invalidade, a cessação da vigência e a suspensão dos tratados são reguladas pelos artigos 42.º a 72.º da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em vigor desde 1980 (em Portugal desde 2003); a ineficácia inicial dos tratados verifica-se no período compreendido entre a adoção do texto (artigo 9.º) e a sua entrada em vigor (artigo 24.º), designadamente por ratificações ou adesões insuficientes; as reservas (artigos 19.º a 23.º) determinam ineficácia parcial. Ver, por todos, DÖRR & SCHMALENBACH (2012).

3 As leis, além de inexistentes (cfr. nota 38 *in fine*), podem sofrer de invalidade por inconstitucionalidade – nulidade, para GOMES CANOTILHO (2003), pp. 947 ss, p. 956; anulabilidade *ex tunc*, para MEDEIROS (1999), pp. 538 ss, 551 ss, 651 ss – ou de ineficácia, designadamente por falta de publicação (GOMES CANOTILHO, 2003), p. 842) ou se a lei for temporária ou se ficar suspensa por efeito de tratado internacional que trate da mesma matéria: BRITO (1999), pp. 438 ss, citando GALVÃO TELES, M. (1967), pp. 98 ss.

4 Quanto à invalidade, Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro), artigos 143.º e 144.º, 161.º a 164.º O mesmo Código regula alguns aspetos da ineficácia dos regulamentos (artigos 145.º e 146.º sobre caducidade e revogação) e da ineficácia dos atos administrativos (cfr. artigos 165.º e seguintes sobre revogação; artigo 149.º sobre condição e termo; artigo 157.º sobre eficácia diferida ou condicionada; artigos 139.º e 158.º, n.º 2, sobre a publicação e sua falta; artigo 160.º sobre oponibilidade a partir da notificação).

5 A invalidade e a (in)eficácia dos contratos públicos são reguladas pelo respetivo Código nos artigos 283.º a 285.º e 287.º; ver PACHECO DE AMORIM (2008), pp. 627 ss.

6 Sobre a inexistência, a nulidade e o cancelamento dos registos públicos, ver Código do Registo Civil, artigos 85.º a 91.º; Código do Registo Predial, artigos 14.º a 17.º, 56.º a 59.º, 101.º, n.º 1, alínea f). O Código da Propriedade Industrial regula a nulidade e a anulabilidade das patentes, modelos de utilidade e registos (artigos 33.º a 36.º e *passim*), a sua caducidade (artigos 37.º e *passim*), a renúncia (artigo 38.º), o esgotamento (artigos 103.º, 146.º, 166.º, 205.º, 259.º) e a inoponibilidade de direitos (artigos 104.º, 147.º, 167.º). Quanto à invalidade do registo (privado) de valores mobiliários escriturais, cfr. FERREIRA DE ALMEIDA (2005a), pp. 940 ss.

7 O respetivo Código inclui um regime geral de nulidades (artigos 118.º a 122.º) e comina com nulidade vários atos; a nulidade por ilicitude da obtenção da prova – COSTA ANDRADE (1991) – assume dignidade constitucional (artigo 32.º, n.º 8).

8 A nulidade dos atos processuais e os vícios da sentença, incluindo a nulidade, são regulados pelos artigos 186.º a 202.º e 613.º a 615.º do respetivo Código; cfr. LEBRE DE FREITAS (2008), pp. 342 ss, e LEBRE DE

Espero, porém, que a visão civilista possa dar algum contributo para o estudo destes regimes. Para as invalidades, o direito civil pode ser supletivo ou, pelo menos, inspirador – por coincidência, semelhança, especialidade ou até por contraste – das instituições de direito público. Em relação à inexistência e à ineficácia, desprovidas de regime civil comum, os fragmentos recolhidos no Código Civil e noutras fontes dispersas de direito privado podem também aproveitar ao direito público.

Este estudo não tem preocupações pragmáticas diretas. Mas na ciência jurídica, como em qualquer ciência, conceitos claros e coerentes não devem ser desprezados só porque se não vislumbra uma imediata aplicação prática. Além da relevância taxinómica por si só, resta sempre a possibilidade de algum chamamento inesperado.

O tema deste artigo surge em todos os manuais de teoria geral do direito civil. Mas, sob uma aparente convergência, não são afinal poucas as questões controvertidas ou incompletamente exploradas. Dar-me-ei por satisfeito se resolver algumas e se suscitar novas dúvidas.

2. Ineficácia e invalidade⁹

1. *Ineficácia*. Um ato é ineficaz sempre que não produza todos ou parte dos efeitos que a categoria a que pertence está, em abstrato, apta para produzir¹⁰.

Sendo performativo, como é o negócio jurídico¹¹, a sua essência – efeitos conformes ao significado – é afetada se tal conformidade não se verificar. A desconformidade resulta de algum elemento perturbador, intrínseco ou extrínseco, impeditivo da aplicação das regras constitutivas da eficácia. A ineficácia jurídica é o equivalente do insucesso (*infelicity*, *unhappiness*) na filosofia analítica¹².

Ineficácia não equivale necessariamente à falta total de efeitos. No seu sentido mais amplo, a ineficácia de um ato jurídico verifica-se sempre que os efeitos

FREITAS (2001), pp. 663 ss. Sobre a nulidade por ilicitude da prova, ver ALEXANDRE (1998) e SALAZAR CASANOVA (2004).

9 Sobre a evolução dos conceitos, MENEZES CORDEIRO (2008), pp. 233 ss, aprox. = MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 779 ss.

10 Outras formulações com pontos coincidentes ou próximos: se faltarem as consequências que normalmente deveria produzir ou que eram razoavelmente esperadas, correspondentes ao tipo normal do negócio jurídico – DIEZ-PICAZO (2007), pp. 555, 571; se o contrato não produzir os efeitos que estava tendencialmente destinado a produzir – LASARTE (2006), p. 166; se não tiver os efeitos jurídicos pretendidos – WOLF & NEUNER (2012), pp. 666.

11 Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA (2013a), pp. 30 ss.

12 Cfr. AUSTIN (1962), pp. 14 e *passim*; SEARLE (1969), p. 54.

próprios do ato não se verifiquem¹³ no todo ou em parte, que não se verifiquem logo ou que já não se verifiquem. A ineficácia é compatível com a produção de outros efeitos derivados do próprio ato ou até com efeitos derivados da ineficácia do ato.

Por exemplo, um contrato de compra e venda anulado por erro é ineficaz na medida em que não gera as obrigações de entregar e de pagar que são típicas daquele contrato. Mas pode ter como efeito a restituição do que tiver sido prestado e a responsabilidade civil pré-contratual da contraparte do errante. Um ato com condição suspensiva não engendra, ou não engendra logo, os efeitos que pode afinal gerar, mas cria imediatamente expectativas tuteladas.

Na perspectiva que aqui se assume, a ineficácia *lato sensu* desdobra-se em três grandes categorias: invalidade, inexistência e ineficácia *stricto sensu*.

II. *Invalidade*. Passado o limiar da existência (ver *infra* n.º 3), o ato que, em abstrato, tenha aptidão para produzir efeitos jurídicos é tendencialmente inválido se violar valores consagrados numa norma legal imperativa. Mas a ilicitude não é critério único de invalidade, porque, por exemplo, são inválidos atos sem a forma bastante e os requisitos de forma são alheios a critérios de licitude. A cominação da invalidade não tem de ser expressa na lei, podendo resultar da sua interpretação com todos os elementos relevantes, incluindo a inserção no sistema jurídico¹⁴.

A invalidade nem sempre tem a natureza de sanção¹⁵ para um comportamento. Tal sucede, sim, se o comportamento for ilícito (ilegalidade material, violação da ordem pública, simulação), mas não se verifica quando a invalidade seja originada pela proteção em função da capacidade jurídica (menor, interdito, pessoa jurídica) ou da plena liberdade de decisão (incapacidade acidental, erro/obstáculo). Nalgumas destas situações, a invalidade afeta também quem tenha agido em plena conformidade com o direito.

A invalidade é uma das fontes da ineficácia, por ser fator impeditivo da conformidade dos efeitos do ato com o seu significado. Invalidade significa não valer, não ter força jurídica, por desconformidade com um valor jurídico¹⁶.

A invalidade é em princípio originária¹⁷ ou genética, no sentido de que se avalia com referência ao tempo da formação do ato, sem prejuízo da sua (nor-

13 GALGANO (2007), p. 351, escreve que o contrato inválido é também ineficaz, porque improdutivo do efeito próprio do contrato.

14 Assim também Díez-Picazo (2007), pp. 559 s, sustentando que a invalidade pode ser reclamada pelos princípios gerais de direito.

15 Como defende Díez-Picazo (2007), *loc. cit.*

16 Note-se a comum raiz etimológica de valer e de valor.

17 OLIVEIRA ASCENSÃO (2003), p. 374.

mal) detecção posterior. A lei aplicável à invalidade é aquela que vigorar ao tempo da prática do ato, mas, se esta lei não for transitória, uma lei posterior que agilize a validade (por exemplo, em relação a requisitos formais, à incapacidade ou à ilicitude), deve aplicar-se para convalidação de atos anteriores, em benefício do princípio do *favor negotii* e da presunção da evolução positiva das políticas legislativas.

Se a invalidade se reportar à ordem pública, aos bons costumes ou a outros conceitos indeterminados mutáveis com o decurso do tempo, a evolução de que resulte a validade deve, por razões semelhantes, prevalecer sobre a invalidade apreciada com os critérios vigentes ao tempo da formação do ato.

Outras desconformidades ou anomalias, suscetíveis de avaliação reportada ao tempo presente, como a impossibilidade superveniente, a alteração das circunstâncias e o incumprimento, não se reportam à validade, mas à relação entre o efeito jurídico e a sua execução prática.

III. *Nulidade e anulabilidade*. A invalidade desdobra-se em duas modalidades: a nulidade e a anulabilidade¹⁸.

O ato nulo¹⁹ não pode valer; o ato anulável é um ato em princípio válido que pode não valer. A nulidade de um ato declara-se, reconhece-se; o ato anulável pode ser anulado ou não, conforme seja ou não exercido o direito potestativo de anulação. O ato anulável é um ato originariamente válido com a validade resolúvel²⁰, embora se possa também dizer que é um ato inválido com a invalidade suspensa²¹. Em qualquer caso, a invalidade, como outras ineficácias, não exclui que do ato decorram efeitos parciais ou diferentes dos que lhes seriam próprios.

Os regimes gerais da nulidade e da anulabilidade diferem quanto aos pressupostos da sua invocabilidade, verificação e pronúncia (artigos 286.º e 287.º²²), mas convergem nas consequências da declaração de nulidade e da anulação

18 No direito francês, usa-se a contraposição equivalente entre nulidade absoluta e nulidade relativa – por todos, FLOUR, AUBERT & SAVALUX (2000), pp. 230 ss – que também era a preferida na vigência do Código de Seabra; cfr. ANDRADE (1964), pp. 415 ss; GALVÃO TELLES, I. (1962), pp. 329 s, embora este já adotasse a nomenclatura atual. Para o direito português atual, uma parte da doutrina – cfr. CARVALHO FERNANDES (2010), pp. 495 ss – distingue entre invalidade absoluta e relativa, correspondentes à nulidade e à anulabilidade, respetivamente.

19 Do latim *nullus*, que significava *nada, ninguém*.

20 No Projeto de Quadro Comum de Referência – *Principles. Definitions and Model Rules of European Contract Law. Draft Common Frame of Reference* (2009), pp. 546, 569 – define-se como nulo (*void*) o ato que automaticamente não tem efeito desde o início e como anulação (*avoidance*) o processo que determina a ineficácia retroativa de um ato que era válido desde o início (ver também a definição de *voidable*).

21 Para DIAS MARQUES (1992), pp. 97 s, a anulabilidade fica a meio caminho entre a invalidade e a validade. O ato anulável pode ser encarado tanto do ponto de vista da validade (precária e resolúvel) como da invalidade (eventual e suspensa).

22 Os preceitos legais a seguir citados sem outra indicação pertencem ao Código Civil vigente.

(artigos 289.º a 293.º). Tanto o ato nulo como o ato anulado podem ser validados por redução e conversão (artigos 292.º e 293.º), mas o ato anulável é, além disso, suscetível de validação por confirmação pelo titular do direito de anulação (artigo 288.º).

Como a legitimidade e o tempo para a declaração de nulidade são mais flexíveis do que a legitimidade e o tempo para a anulação, é frequente dizer-se que o critério da política legislativa para cominar nulidade ou anulabilidade deriva da maior ou menor gravidade do vício ou da violação do interesse público ou geral e de interesse privado ou particular. Mas, se assim for, não é fácil compreender que o vício de forma produza nulidade, mesmo que não afete terceiros, enquanto os atos viciados por dolo ou coação moral são apenas anuláveis. Como o critério legal dos interesses públicos e privados nem sempre se confirma, parece melhor renunciar à sua utilização.

Por isso, e porque não se vislumbra um outro critério material de distinção que se baseie numa destrição clara segundo a natureza ou a categoria dos vícios geradores de invalidade, apenas se pode concluir modestamente que, na alternativa entre as duas espécies de invalidade, a nulidade é o regime regra²³ (cfr. artigo 294.º), aplicando-se a anulabilidade ao conjunto de casos que a lei comina com tal consequência²⁴.

Além do regime comum das invalidades, há regimes especiais de invalidades (cfr. artigo 285.º, 1.ª parte), constantes do Código Civil e de outras leis, que se têm qualificado como atípicas, mistas ou híbridas.

Verdadeiramente atípica é a nulidade dos contratos de jogo e de aposta, que admite uma categoria de contratos nulos, mas lícitos, que são fonte de obrigações naturais (artigo 1245.º).

As restantes invalidades atípicas consistem quase todas em nulidades com regras especiais para a legitimidade ou o tempo da ação de declaração de nulidade, próximas do regime da anulabilidade (por isso, se dizem mistas). Assim, quanto à legitimidade: só o promitente-comprador tem legitimidade para arguir a nulidade por vício de forma ou por omissão da referência à licença de construção ou de utilização em relação ao contrato-promessa a que se refere o artigo 410.º, n.º 3; a nulidade da cessão de créditos litigiosos só pode ser arguida pelo cessionário (artigo 580.º, n.º 2); a nulidade do contrato de edição por vício de forma só pode ser invocada pelo autor (Código do Direito de Autor, artigo 87.º, n.º 2). Quanto à oportunidade: a nulidade do contrato de sociedade comercial só pode ser arguida no prazo de três anos após o registo, com um limitado conjunto de fundamentos (Código das Sociedades Comerciais, artigos 42.º e 44.º).

23 GALVÃO TELLES, I. (1962), p. 366 s.

24 GALGANO (2007), p. 275.

As anulabilidades atípicas são mais circunscritas, mas podem exemplificar-se com o artigo 1640.º, que estende a legitimidade para a requerer a anulação do casamento a um círculo de pessoas que excede o previsto no artigo 287.º, n.º 1. O artigo 13.º, n.º 5, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, sobre crédito ao consumo, restringe ao consumidor a invocação da invalidade do contrato por um conjunto de fundamentos, formais e outros, sem distinguir entre nulidade e anulabilidade.

3. Inexistência

I. *Situações de inexistência*²⁵. A ideia de inexistência do contrato surgiu no âmbito do casamento logo após o Código Civil de Napoleão (embora com precedente nos canonistas) como fundamento para ultrapassar a rigidez da regra *pas de nullité sans texte* e, deste modo, recusar qualquer eficácia a situações não previstas na lei como inválidas, designadamente a falta de consentimento dos nubentes, o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a ausência de oficial do estado civil.

No atual direito civil francês dos contratos, a inexistência está em declínio na doutrina por se julgar inútil, complicada ou inexata, mas continua a ser usada por alguma jurisprudência e vem sendo reconhecida em direito administrativo e processual²⁶. No direito espanhol, as opiniões são maioritariamente adversas, por inutilidade da ideia perante a de nulidade²⁷. Nos direitos português²⁸ (e italiano²⁹) a categoria é controversa mas aceite pela opinião dominante e profusamente usada pela jurisprudência.

Tendo com referência o direito português vigente, parece-me que o ato jurídico, o negócio jurídico e o contrato são inexistentes num conjunto não homogêneo de situações, que se podem reconduzir às seguintes³⁰:

1.ª Se o facto referido não ocorreu. É a chamada inexistência material, de que são exemplos uma declaração que não foi emitida, uma assembleia geral que não se realizou ou uma deliberação que não foi tomada³¹.

25 O que se segue atualiza o que escrevi em FERREIRA DE ALMEIDA (1992), pp. 426 ss.

26 ADIDA-CANAC (2004), com referências bibliográficas e jurisprudenciais e sustentando o A. a autonomia e o interesse prático da noção.

27 DIEZ-PICAZO (2007), p. 562; BELTRÁN DE HEREDIA (2009), p. 27.

28 Cfr. CARVALHO FERNANDES (2010), pp. 487 ss, com indicação das opiniões a favor e contra. No anteprojeto do Código Civil, ALARCÃO (1959), pp. 200 s, entendeu não tomar partido sobre a *vexata quaestio* da inexistência.

29 Cfr. FILANTI (1983); GALGANO, // *contrato*, cit., pp. 287 ss.

30 PAIS DE VASCONCELOS (2008), pp. 737 s, distingue três modos de inexistência: ôntica, qualificativa e por imposição legal.

31 CASSIANO SANTOS & DUARTE FONSECA (2012), pp. 49 ss.

2.^a Se o facto não for uma ação. Assim, na coação física e na falta de consciência da emissão de sinais (artigo 246.º).

3.^a Se a ação, sendo exterior ao direito ou ao âmbito negocial, não tiver a natureza de ato ou de negócio jurídico. Assim, nas chamadas declarações não sérias (artigo 245.º)³², na falta de consciência da natureza negocial da declaração³³ (artigo 246.º) e nos donativos conformes aos usos sociais (artigo 940.º, n.º 2, 2.^a parte), pelos quais o direito se desinteressa, deixando o campo aberto para a aplicação de regras sociais exteriores ao direito³⁴.

4.^a Se o ato for ininteligível ou contraditório, com deficiência significativa irreduzível e insolúvel, insuscetível de recuperação por interpretação, com todas as suas dimensões, de tal modo que não se possa apurar um significado em função do qual se estabeleçam os efeitos.

5.^a Se o negócio unilateral ou o contrato sofrerem de insuficiência estrutural extrema ou de contradição sistemática, sem salvação possível por via interpretativa ou integrativa.

Para (pretensos) contratos, são exemplos de insuficiência sintagmática ou de exterioridade paradigmática³⁵, além do dissenso, que é o caso mais relevante e mais referido, a emissão de uma só declaração contratual, a imputação a uma entidade não personalizável, o anonimato de um dos declarantes³⁶, a omissão insuprível do objeto (salvo em contratos familiares) ou de uma circunstância essencial, a indicação de uma função (eficiente) sem valor jurídico (amar, persuadir). Contradição sistemática verifica-se quando haja incompatibilidade inultrapassável entre elementos, como, por exemplo, a coincidência de partes ou o casamento de pessoa física com uma pessoa jurídica ou com um animal. Em todas estas hipóteses, poderá haver um ato jurídico ou até dois, mas não há contrato, o “contrato” é inexistente.

Nas situações 2.^a a 5.^a, a inexistência deriva de o facto não reunir os requisitos mínimos para preencher, respetivamente, os conceitos de ato, de ato jurídico, de declaração jurídica, de negócio jurídico³⁷ ou de contrato, sem que,

32 Isto é, aquelas que se projetam apenas no imaginário artístico, pedagógico, lúdico ou metafórico, alheio ao universo sociojurídico.

33 No sentido de que são inexistentes as cláusulas contratuais gerais excluídas dos contratos singulares, PAIS DE VASCONCELOS (2008), pp. 657 s. Parece-me melhor incluir esta situação no âmbito da ineficácia *stricto sensu* (das cláusulas gerais).

34 Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA (2013b), pp. 16 ss.

35 Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA (2016), pp. 17 s.

36 O acórdão do STJ de 09.03.2004 (relator Silva Salazar) julgou inexistente um contrato de arrendamento por não haver arrendatário, visto que a pessoa indicada como tal não atribuiu poderes de representação a quem interveio no contrato como seu pretenso representante. A qualificação da situação como de inexistência é discutível, porque a lei a considera como de ineficácia (artigo 268.º, n.º 1).

37 ANDRADE (1964), p. 415, refere-se à inexistência do negócio jurídico por não se verificarem, ao menos, os elementos do conceito.

para tal concluir, seja necessário preceito legal que expressamente proceda a tal qualificação. Não se trata pois de uma valoração como aquela que está subjacente ao juízo de invalidade, mas de pura verificação de não pertença a uma classe de factos ou de atos.

Mas há também hipóteses em que a inexistência está consagrada em disposição de lei. Assim sucede no contrato de casamento que é inexistente nas situações previstas no artigo 1628.^{o 38} Os casos da alínea c) – falta de declaração de um ou ambos os nubentes – e porventura da alínea d) – participação de procurador sem poderes – são congruentes com os critérios essenciais antes enunciados, em particular, a insuficiência estrutural extrema na formação do contrato. Já os fundamentos das alíneas a) e b) – incompetência funcional da pessoa perante quem o ato é celebrado e omissão de homologação de casamento urgente – só se compreendem por resquício histórico (francês) da inexistência por ausência de oficial do estado civil. Nas alíneas c) e d), falta o mínimo para que haja acordo, ainda que viciado; nas outras duas alíneas, pressupõe-se a existência de acordo entre os nubentes, embora sem a intervenção de oficial público nos termos da lei. Trata-se portanto de insuficiência de forma, que o sistema jurídico comina geralmente com nulidade³⁹. Nestes casos, como noutros, a qualificação legal de inexistência não passa de ficção para justificar a ineficácia radical.

A inexistência do casamento por ser contraído por duas pessoas do mesmo sexo foi entretanto eliminada, o que demonstra a relatividade dos valores subjacentes aos fundamentos de ineficácia, mesmo quanto à mais extrema das suas modalidades, que é a inexistência.

II. O artigo 1630.^o estabelece o *regime da inexistência* do casamento, dispondo que (n.^o 1) este não produz qualquer efeito jurídico (e nem sequer é havido como putativo) e que (n.^o 2) a inexistência pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo, independentemente de declaração judicial⁴⁰. Este regime tem sido generalizado para outros atos inexistentes, embora por vezes

38 Outros preceitos legais que se referem a inexistência: artigo 354.^o, alínea c) (confissão de facto notoriamente inexistente); artigo 2037.^o, n.^o 1 (devolução da sucessão ao indigno havida como inexistente); Código do Registo Civil, artigos 85.^o e 86.^o, Código do Registo Predial, artigos 14.^o e 15.^o (inexistência dos registos civil e predial); artigo 2.^o do Decreto-Lei n.^o 40/77, de 29 de janeiro (inexistência dos afastamentos de trabalhadores ocorridos entre 25 de abril de 1974 e 25 de abril de 1976, desde que não tenham sido observadas as disposições à data do afastamento sobre a resolução do contrato de trabalho ou tenham ocorrido por motivos políticos ou ideológicos); Constituição, artigos 137.^o, 140.^o, n.^o 2 (inexistência de atos normativos por falta de promulgação ou de referenda).

39 Note-se porém que para o casamento civil a lei não prevê a nulidade, reduzindo as invalidades à inexistência e à anulabilidade.

40 Cfr. com a mesma redação (salvo naturalmente a referência a casamento putativo) o artigo 15.^o do Código do Registo Predial.

se usem expressões mais fortes: que o ato inexistente é nada, que está fora do direito, não se podendo sequer equacionar a produção de efeitos⁴¹; “o facto nunca teve vida, não nasceu sequer – nunca existiu”⁴².

Ora não é bem assim. Tal como o ato nulo, o ato inexistente não produz os efeitos correspondentes ao significado que alguém lhe pretenda atribuir, mas pode produzir efeitos derivados da sua própria inexistência, designadamente a obrigação de restituir o que tiver sido prestado e responsabilidade civil imputável a quem culposamente causar aparência de um ato jurídico (cfr. artigos 245.º, n.º 2, e 246.º, 2.ª parte). Além disso, a invocação por qualquer pessoa e a desnecessidade de declaração judicial devem ser manejadas com cautela, porque, na prática, a inexistência há de ser conhecida oficiosamente⁴³ ou invocada por quem tenha interesse (Código de Processo Civil, artigo 30.º), recaindo sobre o interessado o ónus da prova da inexistência.

III. *Inexistência e nulidade*. Perguntar-se-á então se vale a pena diferenciar inexistência de nulidade, se, como entendem os seus detratores, a distinção não será supérflua⁴⁴, por a inexistência não ter autonomia de regime face à nulidade⁴⁵.

Em minha opinião, a diferença é de manter por razões conceptuais e de regime.

A invalidade afeta atos que se verificaram e que não sofrem de insuficiência ou de ininteligibilidade irreduzíveis. O chamado negócio jurídico inválido é um ato perceptível, porque corresponde, no mínimo, a um modelo estrutural de negócio jurídico e não encerra contradições inultrapassáveis.

A inexistência, material ou jurídica, constitui o grau máximo da ineficácia, é um “vício superior e mais grave do que a nulidade”⁴⁶, uma “supernulidade”⁴⁷, proveniente de omissão do facto referido ou da sua inadmissível qualificação como ato ou como negócio jurídico.

São pois justificadas as soluções no sentido de: 1.º) os factos inexistentes não serem suscetíveis de sanção por conversão ou redução; 2.º) não lhes ser aplicável o regime da inoponibilidade a terceiros prevista no artigo 291.º; e 3.º) o

41 OLIVEIRA ASCENSÃO (2003), p. 373.

42 Acórdão do STJ de 12.12.1995 (relator Lopes Pinto), num caso em que se discutia a inexistência de uma assembleia geral.

43 No sumário do acórdão do STJ de 12.12.1995, já citado, pode ler-se: “O conhecimento [da inexistência] pode impor-se no decorrer de uma argumentação e nessa altura há que a declarar.”

44 HÖRSTER (1992), p. 518.

45 MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 927 ss.

46 Sumário do acórdão do STJ de 12.12.1995, já citado.

47 ADIDA-CANAC (2004), n.º 10.

pretensão adquirente não beneficiar do estatuto de possuidor, em qualquer das suas modalidades (artigos 1259.º e seguintes) designadamente para o efeito de usucapião⁴⁸.

Não deve porém ocultar-se que a distinção entre inexistência e invalidade é complexa e subtil. Tanto a invalidade como a inexistência geram ineficácia. A inexistência também é invalidade e, de certo modo, a nulidade também é inexistência, porque o chamado negócio nulo não é, em rigor, negócio jurídico.

4. Caracterização do “contrato nulo”

I. *Em geral.* Um (dito) contrato que não valha como tal, se não é válido enquanto contrato, não pode ser qualificado como contrato. As expressões “negócio jurídico nulo” e “contrato nulo” (ainda que convenientes por simplificação e universalmente usadas) envolvem uma contradição⁴⁹ semântica, mas não há na linguagem jurídica expressão que evite essa contradição.

O contrato, como todos os atos performativos, caracteriza-se pela conformidade dos efeitos com o seu significado. Por isso⁵⁰, se, por inadequação dos sinais emitidos (insuficiência de forma) ou antijuridicidade do comportamento (vício na formação, ilicitude do conteúdo), não se produzirem os efeitos próprios de um contrato ou de um tipo contratual, pode haver um ato socialmente relevante e até juridicamente atendível, mas não há contrato. Se forem outros os efeitos, será outra a natureza do ato.

O chamado contrato nulo é um ato, semelhante a contrato, que é nulo por não observar os requisitos de validade do contrato. Contrato nulo é uma fórmula aberta⁵¹ e multiforme, cujos efeitos jurídicos são variáveis como variável é o fundamento da eficácia que, apesar de tudo, produz, porque não se pode ignorar a sua existência e a correspondente alteração fáctica.

Os negócios jurídicos anuláveis não têm neste aspeto um tratamento jurídico independente. Se forem convalidados (pelo decurso do tempo, por confirmação, por redução ou conversão), tudo se passa como se fossem válidos; se forem anulados, tudo se passa como se fossem nulos (cfr. artigos 289.º e seguintes).

48 Cfr., com algumas variações, MOTA PINTO (2005), p. 619; CARVALHO FERNANDES (2010), p. 490; PAIS DE VASCONCELOS (2008), p. 739.

49 ATIYAH (1997), p. 46. A opinião de que os negócios jurídicos nulos não são negócios jurídicos é compartilhada por autores clássicos como ZITELMANN (1879), pp. 86 s., e MOREIRA (1907), pp. 510 s. A opinião contrária raramente resulta da discussão direta do problema, resulta antes da contraposição entre inexistência e nulidade, pressupondo nesta um mínimo de reconhecimento legal.

50 Mas também se outro for o fundamento da eficácia negocial: vontade, confiança, responsabilidade.

51 FILANTI (1983), pp. 83 ss.

Os efeitos dos contratos nulos ou anulados não correspondem ao significado do ato, que teriam se fossem válidos. A consequência primária e fundamental da invalidade é negativa, ainda que não explícita na lei portuguesa: o ato fica sem efeito (*quod nullum est nullum producit effectum*), isto é, com rigor, não produz, nem no futuro nem no passado, os efeitos que produziria se fosse válido.

Mas a declaração ou o reconhecimento da invalidade desencadeiam também consequências positivas, que são as necessárias para corrigir atos sequentes ou até para os manter na medida exigida para compensar expectativas.

O principal conjunto de atos de correção consiste em reconstituir, tanto quanto possível, a situação anterior ao ato, através da restituição do que foi entregue⁵² ou do valor correspondente (artigo 289.º, n.º 1).

Mas nem sempre a invalidade provoca, ou provoca apenas, consequências negativas e de reconstituição. Nalgumas situações, as consequências são atenuadas ou mesmo semelhantes às que o contrato teria se fosse válido. Por exemplo, a posse titulada produz os mesmos efeitos independentemente de o ato que a gerou ser válido ou inválido [artigos 1259.º, 1294.º e 1298.º, alínea a)]. É essa porventura a razão pela qual continua a haver quem sustente, ou subentenda, que o contrato inválido é ainda contrato.

A atenuação dos efeitos restitutivos da invalidade verifica-se, em relação a todos os negócios, por aplicação do regime jurídico da posse (artigo 289.º, n.º 3) e, em relação aos negócios gratuitos, por limitação da restituição à medida do enriquecimento (artigo 289.º, n.º 2). A atenuação é ainda mais forte quando se verifique a exceção que, dentro de certos limites, protege terceiros de boa fé da ineficácia dos negócios inválidos (Código Civil, artigo 291.º⁵³; Código dos Valores Mobiliários, artigo 58.º). Este regime não atinge porém nunca o ponto de conferir, entre as partes, efeitos equivalentes aos que teria o negócio jurídico válido homólogo.

II. Para ser completo o teste da asserção de que os contratos inválidos não são contratos deve ainda passar pelo crivo dos regimes de *alguns tipos contratuais* duradouros (de sociedade comercial, de trabalho e de seguro), que, sob este aspeto, parecem mais problemáticos⁵⁴.

52 A frase “o que tiver sido prestado” deve ser interpretada de modo a abranger qualquer atribuição, mesmo que não corresponda a uma prestação – cfr. MÚRIAS (2008), pp. 797 ss –, o que sucede, designadamente, com as entregas iniciais em contratos reais quanto à constituição.

53 Ver, por último, SOTTOMAYOR (2010).

54 Seguindo a orientação, que venho adotando, de construir a teoria geral dos contratos também com base no regime dos tipos contratuais.

Em relação ao *contrato de sociedade comercial*, o regime especial das invalidades incide sobre vários pontos, que, para proteção da subsistência da pessoa jurídica, do património autónomo ou de terceiros, 1.º) restringem os fundamentos da nulidade (Código das Sociedades Comerciais, artigo 42.º), 2.º) atenuam os efeitos da invalidade, substituindo a mera restituição pela liquidação patrimonial (artigo 52.º, n.º 1) e pela exoneração (artigo 45.º), e 3.º) permitem a sanção de nulidades (artigos 42.º, n.º 2, e 43.º, n.º 3).

O aspeto mais controverso é o enquadramento jurídico da situação prevista no artigo 36.º, n.º 2, do mesmo Código⁵⁵. Para o que agora importa as teses mais significativas são três: 1.ª nulidade do contrato de sociedade comercial por falta de forma⁵⁶ com aplicação do regime da sociedade civil⁵⁷; 2.ª sociedade civil por conversão *ope legis*⁵⁸; 3.ª contrato associativo *sui generis* válido⁵⁹.

De nenhuma daquelas especialidades de regime – restrição dos fundamentos, atenuação dos efeitos, sanção de invalidades – e de nenhuma destas construções resulta que o ato em causa, quando seja inválido, conduza, com o registo, à constituição de uma sociedade comercial, como é próprio do contrato de sociedade comercial. Não fica pois em crise o princípio de que o (chamado) contrato de sociedade comercial inválido não produz os efeitos típicos deste contrato, pelo que não se pode, em rigor, qualificar como contrato de sociedade comercial, embora desencadeie alguns (limitados) efeitos secundários semelhantes ao que este produz.

“O *contrato de trabalho* declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado” (Código do Trabalho, artigo 122.º, n.º 1). Para esta regra⁶⁰, à primeira vista anómala, porque a invalidade não perturba os efeitos nucleares do contrato – o trabalho e o salário – têm-se procurado diferentes enquadramentos, como sejam a ficção de validade e a recondução a uma relação contratual de facto.

Mas a regra não é assim tão estranha. Não havendo modo de devolver o trabalho já feito, a lei consagra um meio expedito de concretização da regra de restituição por equivalente (artigo 289.º, n.º 1, *in fine*), presumindo-se, *juris et de jure*, que o salário pago, que, segundo o regime geral, haveria de ser restituído,

55 “Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração do contrato de sociedade, os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis.”

56 PITA (2004), conclusão na p. 313.

57 COUTINHO DE ABREU (2011), pp. 119 s.

58 PINTO FURTADO (2004), p. 211; acórdão do STJ de 08.11.2005 (relator Azevedo Ramos).

59 CASTELO (2011), pp. 78, 92.

60 Que se deve entender como aplicável também a casos de inexistência e de ineficácia: MENEZES LEITÃO (2014), p. 252.

corresponde ao valor da prestação de trabalho⁶¹. Quanto ao restante, verificam-se, sem alteração, os efeitos comuns da invalidade: cessam as obrigações de prestação de trabalho e da sua retribuição, assim como todos os outros direitos e deveres recíprocos próprios das relações contratuais de trabalho.

Este regime legal não convalida sequer o contrato durante o tempo da sua execução⁶². O chamado contrato de trabalho nulo ou anulado não é (*não foi*) afinal um contrato de trabalho.

Quanto ao *contrato de seguro*. O contrato, no qual alguém participe como segurador sem estar autorizado a exercer a atividade seguradora em Portugal no âmbito do respetivo ramo, é nulo, mas, se a contraparte ignorar esta situação⁶³, a pessoa que se apresenta como segurador autorizado não se exime do cumprimento das obrigações que para ele decorreriam do contrato ou da lei, caso o negócio fosse válido⁶⁴.

A doutrina portuguesa maioritária pronuncia-se no sentido de a participação de um segurador autorizado ser elemento necessário para a tipificação do contrato de seguro⁶⁵. O contrato de seguro é um contrato próprio em função da estrita conexão de uma estrutura empresarial especializada e sujeita a supervisão pública com a aptidão para proceder ao cálculo atuarial e para assegurar a capacidade financeira que esta categoria de negócios exige. Daí a nulidade do contrato em que não se verifique a participação de uma empresa com estas características.

Mas há quem entenda, pelo contrário, que a empresa não é elemento necessário para qualificar um contrato como de seguro, pelo que um contrato não deixa de ser de seguro se o segurador não for uma empresa seguradora⁶⁶.

61 Próximo, MONTEIRO FERNANDES (2014), p. 314, observando que o mecanismo civil também conduziria à neutralização dos efeitos da nulidade no período da execução do trabalho. ROMANO MARTINEZ (2015), p. 420, qualifica a situação como “ficção de validade” e considera, sem mais, que não se aplica o regime do Código Civil.

62 RAMALHO (2014), p. 188.

63 Para que haja boa fé do tomador, a hipótese mais provável é que a outra parte esteja autorizada a celebrar contratos de seguro noutro Estado ou em ramo diferente daquele em que o contrato se insere.

64 Lei do Contrato de Seguro, artigo 16.º, cujo teor é o seguinte:

“1 – O segurador deve estar legalmente autorizado a exercer a atividade seguradora em Portugal, no âmbito do ramo em que atua, nos termos do regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora. 2 – Sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, a violação do disposto no número anterior gera nulidade do contrato, mas não exime aquele que aceitou cobrir o risco de outrem do cumprimento das obrigações que para ele decorreriam do contrato ou da lei caso o negócio fosse válido, salvo havendo má fé da contraparte.”

65 Ver, entre outros, ENGRÁCIA ANTUNES (2009a), pp. 683 s; PAIS DE VASCONCELOS (2009), p. 159 (como índice do tipo); PINTO DUARTE (2000), p. 68, nota 183 (referindo-se a uma opinião comum e citando bibliografia). Em obras estrangeiras, CHULIÁ (2007), pp. 1087, 1093; DE LORENZI (2008), pp. 39, 42, 44, 65 ss; HOFMAN (1991), pp. 31 ss.

66 LIMA REGO (2010), pp. 303 ss.

O universo dos contratos de seguro seria mais amplo do que o dos contratos de seguro admissíveis na nossa ordem jurídica⁶⁷. Em consequência, os contratos de seguro celebrados por entidades não autorizadas, embora sejam nulos, são contratos de seguro⁶⁸.

Vejam, antes de mais, o que resulta do citado artigo 16.º, combinado com as regras gerais sobre nulidade. Esta é de conhecimento oficioso pelo tribunal e pode ser invocada a todo o tempo pelo tomador e por qualquer outro interessado, salvo pela pessoa que surge como segurador⁶⁹.

Se, ao tempo da invocação, não se tiver verificado sinistro, cessam total e retroativamente todos os efeitos do contrato, com devolução do prémio e desresponsabilização da contraparte por sinistro futuro.

Se, ao tempo da invocação eficaz de nulidade, se tiver verificado um sinistro, o tomador do seguro de boa fé (isto é, que ignorava a falta de autorização para a contraparte celebrar contratos de seguro ou contratos de seguro no âmbito daquele ramo) tem direito a receber da contraparte prestação igual à que resultaria de um contrato de seguro válido⁷⁰.

Sendo o “contrato” nulo por incapacidade de gozo⁷¹ de quem se apresenta como segurador, como se justificam estes efeitos? Em minha opinião, a justificação não reside em que seja ainda um contrato de seguro.

Note-se, em primeiro lugar, que o destino normal deste contrato nulo é cessar sem produzir nenhum dos efeitos característicos de um contrato de seguro. Só gera um dos efeitos semelhantes a um contrato de seguro válido (a obrigação do pretenso segurador) se se verificarem três requisitos cumulativos: que

67 LIMA REGO (2010), p. 39.

68 LIMA REGO (2010), p. 40; P. ROMANO MARTINEZ, anotação em *Lei do contrato de seguro anotada* (2008), p. 78.

69 Não se trata pois de uma invalidade mista – como diz MENEZES CORDEIRO (2013), p. 472 – no sentido de que só pode ser invocada por uma das partes. Como o exercício autorizado da atividade seguradora é de ordem pública – EDUARDA RIBEIRO, em *Lei do contrato de seguro anotada* (2008), p. 74 – não se deve excluir o conhecimento oficioso e devem incluir-se no âmbito dos interessados o Ministério Público, a Autoridade de Supervisão dos Seguros e qualquer segurador autorizado para o mesmo ramo.

70 É duvidoso se, neste caso, o pretenso segurador tem ou não direito a reter os prémios pagos ou a receber o pagamento dos prémios vencidos e não pagos. Sendo a lei omissa, inclino-me para a solução negativa, aplicando-se os efeitos normais da nulidade, só excecionados nos restritos termos fixados pela lei. O artigo 16.º, n.º 2, funcionará assim como uma sanção civil, qualificação usada por EDUARDA RIBEIRO, *Lei do contrato de seguro anotada* (2008), p. 77.

71 Contra, MENEZES CORDEIRO (2013), pp. 472 s, com o argumento de que as incapacidades protegem os próprios, não terceiros. Mas tal só é exato para as incapacidades de exercício. Há incapacidades de gozo – entendidas como fatores excludentes do âmbito das situações jurídicas de que uma pessoa, física ou jurídica, pode ser titular, ativo ou passivo – que são estabelecidas por lei no interesse de terceiros ou também no interesse de terceiros; exemplos: incapacidade para testar, para casar e para celebrar convenção antenupcial, nos termos do artigo 1720.º, n.º 1, alínea a) (tendo em conta interesses de potenciais herdeiros), incapacidade de associações e de sociedades (tendo em conta interesses dos associados, dos sócios e dos credores).

a invalidade não tenha sido invocada, que a parte em posição correspondente ao tomador do seguro esteja de boa fé e que se tenha verificado um sinistro. De outro modo, a incapacidade de gozo tem consequências iguais à de um comum “contrato nulo”. Se se entender que é um contrato de seguro, será um estranho contrato de seguro, cuja qualificação como tal depende da concretização do risco, próximo pois de um contrato de jogo ou de um contrato de risco atípico e proibido. Por isso, o n.º (V) do preâmbulo da lei a que pertence o citado artigo 16.º se refere a “pretensos contratos de seguro”⁷².

A ideia de distinguir os planos de qualificação e da admissibilidade do contrato de seguro não é metodologicamente correta, porque, fora do direito comparado, da história e da filosofia do direito, as qualificações fazem-se com base no regime vigente numa determinada ordem jurídica. O exemplo do “seguro de caso único”⁷³ é neutro, porque, se o contrato for celebrado por empresa seguradora autorizada, o contrato é válido seja como contrato de seguro seja como contrato de aposta⁷⁴.

A mais ardorosa defensora da qualificação como contrato de seguro do contrato nulo por falta de autorização para o exercício da atividade respetiva vem aliás a matizar (ou a contrariar?) a sua posição, admitindo afinal que o ato se possa qualificar como contrato misto com elementos do contrato de seguro⁷⁵.

Parece-me que a nulidade do “contrato de seguro” descaracteriza o tipo contratual e até a qualificação como contrato. Os limitados efeitos que o ato produz justificam-se pela assimilação ao abuso de direito em que incorreria o pretendo segurador que viesse a invocar a nulidade do contrato. Um tal comportamento seria *venire contra factum proprium*, contrário aos ditames da boa fé. Daí que não possa exercer o que seria o direito de, em abstrato, invocar a sua própria incapacidade de gozo. Daí também a exigência da boa fé (subjética) do tomador do seguro, porquanto, em geral, a má fé de quem confia neutraliza o instituto do abuso de direito.

A circunstância de o regime constar da lei não impede esta justificação e esta qualificação. O artigo 334.º Código Civil é uma cláusula geral proibitiva do abuso de direito, por excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e/ou pelo fim social ou económico do direito. Mas não tem, não

72 Alguns destes argumentos coincidem com os que são aduzidos por ENGRÁCIA ANTUNES (2009b), pp. 273 ss.

73 LIMA REGO (2010), p. 304.

74 Para GALVÃO TELLES, I. (1950), pp. 80 s, o seguro isolado seria aposta. A qualificação como aposta (válida, porque admitida pela Lei do Contrato de Seguro, que não o proíbe) não fica descaracterizada se o contrato for real quanto à formação, pela entrega de um prémio inicial e único; cfr. FERREIRA DE ALMEIDA (2013b), pp. 237 e 270.

75 LIMA REGO (2010), pp. 307 s.

pretende ter, exclusividade normativa reguladora da proibição do excesso no exercício do direito.

A diferença entre o abuso de direito fundado nesta cláusula geral e o abuso de direito fundado numa lei específica consiste em que, nesta segunda hipótese, o comportamento abusivo está descrito na própria lei. Por isso, não há necessidade de recorrer a parâmetros extrajurídicos. Os requisitos e efeitos são os que constarem da lei, sem que outros, positivos ou negativos, sejam relevantes.

No caso, por força da lei, a confiança justificada basta-se com a ignorância da incapacidade de gozo de quem se apresenta como segurador e o investimento de confiança basta-se com a expectativa de que o risco está coberto pelo contrato⁷⁶. O efeito é a obrigação de efetuar a prestação que caberia ao segurador autorizado em caso de sinistro, que equivale exatamente ao efeito fixado pelo citado artigo 334.º: não poder exercer o direito (melhor, a exceção) de invocar o que seria o efeito da nulidade quanto à obrigação de quem agiu abusivamente.

III. Confirma-se pois que a expressão “*contratos nulos*” (ou anulados) é um modo simplificado de referir atos jurídicos que, tendo alguma semelhança estrutural com contratos, *não valem como contratos* e, por isso, não produzem efeitos iguais a contratos ou aos tipos contratuais a que se assemelham. Os efeitos que produzem são efêmeros e têm um fundamento jurídico diferente dos contratos válidos homólogos.

Os efeitos comuns da nulidade – a cessação e a restituição – são inversos dos efeitos próprios dos contratos. Nos tipos contratuais analisados, esses efeitos ou são equivalentes da restituição (no contrato de trabalho) ou derivam de requalificação ou de conversão (no contrato de sociedade comercial nulo por razão formal) ou justificam-se pela correção do abuso de direito (no contrato de seguro nulo por falta de autorização para o exercício da atividade seguradora).

Os contratos inválidos nunca têm os efeitos próprios dos contratos em geral ou do tipo contratual correspondente. Não são portanto contratos ou não são contratos do tipo que teria o contrato válido correspondente.

Mas não são atos inexistentes, porque, para serem nulos ou anulados, é necessário que tenham ocorrido e que sejam atos jurídicos com conteúdo compreensível e isentos de insuficiência estrutural ou de contradição sistemática extremas.

76 Situação de confiança justificada, investimento de confiança e boa fé de quem confiou são os requisitos que pacificamente a doutrina e a jurisprudência exigem para aplicar o instituto do abuso de direito por violação da boa fé; por todos, MENEZES CORDEIRO (2005), pp. 409 ss.

5. Ineficácia em sentido restrito

I. *Conceito e categorias.* Em sentido amplo – não produção de efeitos – a ineficácia inclui a invalidade (ato nulo ou anulado), a inexistência e a ineficácia em sentido estrito.

A dicotomia invalidade/ineficácia *stricto sensu* é aceite de modo quase unânime pela doutrina portuguesa⁷⁷. Em textos legais, a alternativa é expressa, por exemplo, nos artigos 19.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 65.º, n.º 2, e 1717.º do Código Civil. Outros preceitos legais são sugestivos da referência à ineficácia em sentido restrito (por exemplo, ineficácia da declaração negocial, artigo 224.º, n.º 3, e 226.º, n.º 2, ineficácia da proposta, artigo 231.º, n.º 2, ineficácia da convenção antenupcial por caducidade, artigo 1705.º, 1).

O critério distintivo subjacente consiste em que, na invalidade, a ineficácia deriva do desvalor jurídico (ou vício) reportado a um elemento ou requisito intrínseco à estrutura ou à formação do ato, enquanto a ineficácia em sentido estrito resulta de um facto extrínseco ao ato e, por isso, não valorativo deste⁷⁸.

A ineficácia em sentido estrito verifica-se se um ato existente e válido não produzir imediatamente (ineficácia originária) ou deixar de produzir (ineficácia subsequente) a totalidade ou parte dos seus efeitos⁷⁹.

A ineficácia *stricto sensu* não é uma sanção nem um efeito sancionatório; é apenas a consequência de conformidade com a autonomia privada ou de desconformidade não valorativa com certas regras legais.

Não há regras gerais que se apliquem à mera ineficácia⁸⁰, porque as situações de ineficácia *stricto sensu* são diversas e heterogêneas, como demonstram as classificações e os exemplos que se seguem.

A mera ineficácia é autónoma, quando decorre da autonomia privada. É heterónoma, quando a eficácia de ato válido depende (ou a ineficácia resulta) apenas da lei ou de ato jurídico previsto na lei.

77 A exceção é ALARCÃO (1983), pp. 609 ss, para quem a invalidade só é útil como expediente expositivo e sistemático, mas não se impõe enquanto categoria dogmática e científica fundada num critério distintivo da ineficácia estrita (pp. 624 ss). Para DIEZ-PICAZO (2007), pp. 563 s, a distinção entre invalidade e ineficácia não parece útil. O A. do presente artigo espera que o que se segue demonstre que a distinção é útil e baseada em critérios rigorosos.

78 Era este o critério de BETTI (1950), pp. 456 s, e continua a ser o critério dominante na doutrina portuguesa; ver, entre outros, GALVÃO TELLES, I. (1962), pp. 378 s; MOTA PINTO (2005), p. 615; CARVALHO FERNANDES (2010), p. 542.

79 Esta oposição corresponde aproximadamente à distinção alemã entre ineficácia suspensa (*schwebende Unwirksamkeit*) e eficácia suspensa (*schwebende Wirksamkeit*); cfr. WOLF & NEUNER (2012), pp. 666 ss.

80 No anteprojeto do Código Civil, decidiu-se não regular, em geral, a simples ineficácia ou ineficácia *stricto sensu*, remetendo-se a sua regulação parcelar para cada uma das várias formas que pode revestir: ALARCÃO (1959), p. 202.

II. A *ineficácia é autónoma* (ou endógena) quando tem como fonte uma cláusula negocial que se revela no conteúdo do próprio ato⁸¹.

A ineficácia autónoma pode aplicar-se *ipso facto* ou depender da prática de um ato de uma ou de ambas as partes ou de terceiro.

A ineficácia autónoma aplicável *ipso facto* pode ser originária ou subsequente. É originária, se deriva de termo inicial, de condição ou de outra circunstância de eventualidade com efeito suspensivo. É subsequente, se deriva de condição resolutiva, de termo final ou de outra cláusula que determine a caducidade total ou parcial dos efeitos do ato.

A ineficácia autónoma pode também ser potestativa, quando se funda no contrato mas depende de um ato ulterior livre (por exemplo, resolução ou denúncia do contrato nos termos de cláusula contratual). Estes atos determinam sempre ineficácia subsequente.

A ineficácia autónoma é tendencialmente absoluta, no sentido de que afeta quaisquer pessoas – em primeiro lugar as partes, mas também os seus sucessores e terceiros.

III. A *ineficácia é heterónoma* (ou exógena), se tiver como fonte a lei. É geralmente subsequente e pode funcionar *ipso iure* (por exemplo, moratória legal) ou ser potestativa (por exemplo, resolução por incumprimento; revogação pelo doador do contrato de doação, nos termos dos artigos 970.º a 979.º; revogação unilateral da declaração contratual do consumidor no âmbito do direito de arrendamento⁸²).

A ineficácia heterónoma pode ser absoluta, reportar-se apenas aos efeitos entre as partes ou restringir os efeitos em relação a terceiros.

A ineficácia é absoluta, designadamente, em situações de falta de homologação ou autorização, de caducidade *ex lege*⁸³, como sanção por violação de um dever legal⁸⁴ e por falta dos requisitos para inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares⁸⁵.

81 Não há contradição entre o carácter extrínseco do facto determinante da eficácia *stricto sensu* e a existência de uma categoria de mera ineficácia autónoma. O facto gerador da ineficácia estrita é sempre extrínseco em relação ao ato, mas aquele facto pode estar previsto no próprio ato, que funciona então como fonte autónoma de ineficácia. É o que sucede na condição e no termo que, sendo cláusulas válidas, determinam a ineficácia do ato se se verificarem os factos extrínsecos previstos nessas cláusulas. A aparente dificuldade ou incongruência resultam de tanto a condição como o termo terem o duplo sentido de cláusulas e de factos previstos nessas cláusulas.

82 Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA (2005b), p. 113, mas a natureza do ato do consumidor é controversa.

83 Exemplo: caducidade da proposta nos casos do artigos 228.º, n.º 1, alíneas c) e b), e 231.º, 2.

84 Por exemplo, inibição dos direitos de voto e a dividendos por violação do dever de lançamento de uma oferta pública de aquisição (Código dos Valores Mobiliários, artigo 192.º).

85 Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, artigos 5.º, 6.º e 8.º

A ineficácia tem apenas efeitos entre as partes nas situações de exercício abusivo de um direito (artigo 334.º).

A ineficácia limitada a terceiros diz-se inoponibilidade, quando é originária, em consequência, por exemplo, da omissão de registo declarativo⁸⁶ ou de notificação da cessão de crédito, do contrato ou do penhor (artigos 583.º, n.º 1, 424.º, n.º 2, e 681.º) e da prática de atos de disposição pelo insolvente (Código da Insolvência, artigo 81.º, n.º 6) ou pelo titular de bens arrestados (artigo 622.º, n.º 1); diz-se impugnabilidade⁸⁷, quando é superveniente (impugnação pauliana, artigos 610.º e seguintes; redução de liberalidades, artigos 2169.º e seguintes).

6. Referentes da invalidade, da inexistência e da ineficácia *stricto sensu*

A invalidade, porque assente em juízos de valor, não se refere a quaisquer factos, mas apenas a atos jurídicos – negócios jurídicos (contratos e negócios jurídicos unilaterais, como a procuração e o testamento) e a outros atos jurídicos unilaterais declarativos. No direito público, a invalidade reporta-se também sempre a atos jurídicos: a lei, o ato e o regulamento administrativo, a sentença e outros atos processuais do tribunal ou das partes, a obtenção de prova, os registos públicos.

Alguns atos jurídicos (contratos escritos, sentença, registos) criam (ou constam de) um documento. A invalidade pode resultar de ilicitude no seu modo de formação ou de contrariedade do seu conteúdo com o sistema jurídico. Mas a invalidade reporta-se sempre ao ato, que, sendo nulo ou anulado, não produz os seus efeitos típicos. Para o desvalor do texto e do eventual documento os efeitos negativos são reflexos.

E em relação a direitos e outras situações jurídicas, será correto falar em invalidade?

A dúvida pode suscitar-se em especial para os direitos da propriedade industrial, inquirindo designadamente se é correta a expressão “invalidade da marca”. A resposta é, a meu ver, negativa. Os artigos 33.º, n.º 1, e 34.º, n.º 1, do respetivo Código ditam os fundamentos de nulidade e de anulabilidade total ou parcial “[d]as patentes, [d]os modelos de utilidade e [d]os registos”; os arti-

86 Segundo a opinião comum; ver, porém, FERREIRA DE ALMEIDA (2014), pp. 106 s.

87 No sentido próprio e restrito que lhe atribuí uma parte da doutrina: OLIVEIRA ASCENSÃO (2003), pp. 403 s; CARVALHO FERNANDES (2010), pp. 544 s, ambos citando obras portuguesas anteriores. Mas impugnar e impugnação são palavras que a lei também usa em sentido muito amplo para referir a contestação da existência, da validade ou da eficácia de um ato (artigos 642.º, n.º 2, 698.º, n.º 2, 765.º, n.º 2, 993.º, n.º 2, 1433.º, n.º 1, 1859.º ss) ou de uma relação jurídica (impugnação da paternidade, artigos 1838.º ss) ou a veracidade de um documento (artigos 368.º, 374.º, n.º 2).

gos 35.º e 36.º regulam os processos e os efeitos da declaração de nulidade e da anulação. Ora, apesar da aparente alternativa legal, a invalidade refere-se sempre a registos, sejam eles de marca, de logótipo, de desenho ou modelo (cfr. artigos 208.º e 209.º) ou de patente, que tem a natureza (de registo) de uma concessão administrativa⁸⁸ atribuída a uma invenção (cfr. artigo 51.º). A referência da invalidade a atos jurídicos não é portanto perturbada neste campo, por ser esta a natureza tanto dos registos como da concessão administrativa.

Em geral, pode dizer-se que a invalidade nunca se reporta diretamente a direitos ou a outras situações jurídicas, mas ao ato de que pretensamente emergem (ver, como exemplo, o artigo 1416.º, que estabelece os fundamentos da “nulidade do título constitutivo da propriedade horizontal” e a “legitimidade para arguir a nulidade do título”). Em rigor, a invalidade tem portanto sempre um ato jurídico como referente.

Bem mais amplos são os referentes possíveis da inexistência. Desde logo, porque a inexistência se pode relacionar com quaisquer factos, sejam ou não atos jurídicos. É assim quanto à ocorrência da condição casual ou de outro evento relevante (por exemplo, o sinistro, no contrato de seguro), quanto à receção efetiva de uma declaração e, em geral, quanto a qualquer facto, ou conhecimento do facto, que seja objeto de prova. Trata-se então sempre de saber se o facto – incluindo um facto natural e um facto humano, seja ou não uma ação – se verificou ou não, isto é, se existiu ou não.

Em relação a atos jurídicos ou pretensamente jurídicos, a inexistência nem sempre se afere pela simples verificação histórica de que não ocorreram. Envolve uma qualificação para apurar, como se viu (n.º 3-I), se o facto que ocorreu reúne os requisitos mínimos para preencher os conceitos de ato, de ato jurídico, de declaração jurídica, de negócio jurídico ou de contrato ou se preenche uma específica previsão legal para ser apodado de inexistente.

A inexistência surge também em relação a pessoas, coisas e documentos, com relevância para a imputação de atos em que se invoca pessoa inexistente, a impossibilidade do objeto e da prestação (artigos 280.º, n.º 1, e 790.º) a (in)idoneidade de coisa futura como objeto negocial e a falsidade de documento (artigos 372.º, 375.º, n.º 2, 376.º, n.º 1).

Finalmente, a inexistência poderia reportar-se a direitos e a outras situações jurídicas, dizendo-se, por exemplo, que um dado direito ou dever de uma concreta pessoa não existem. Mas uma tal inexistência significa afinal um juízo de não relevância jurídica, sem autonomia científica, didática ou prática, porque se dissolve no âmbito da aplicação do direito, em geral, e da decisão de controvérsias jurídicas, em especial.

88 OLIVEIRA ASCENSÃO (1988), pp. 243 ss, 327 ss.

A ineficácia *stricto sensu* tem sido construída e exemplificada com referência a atos jurídicos. Mas, por definição, a ineficácia consiste em excluir ou suspender efeitos cujo conteúdo se preenche com situações jurídicas. Por outro lado, a ineficácia destas pode resultar da aplicação de institutos autónomos em relação aos atos que as criam, como são o abuso e a colisão de direitos (artigos 334.º e 335.º), que comprimem o seu exercício (isto é, a eficácia) em dadas circunstâncias ou na sua plenitude, sem todavia extinguirem o direito ou outra situação jurídica ativa.

Embora se possam também referir a documentos, designadamente a documentos caducados (que, na linguagem comum, impropriamente se dizem “fora do prazo de validade”), os referentes próprios da ineficácia em sentido restrito são portanto os atos jurídicos e as situações jurídicas.

A determinação dos referentes possíveis da invalidade, da inexistência e da ineficácia é relevante para o rigor terminológico (e o direito é feito quase só de palavras). Mas, por isso mesmo, é também importante para delimitar a previsão ou a estatuição de algumas normas, esclarecendo os respetivos regimes jurídicos.

Bibliografia

- ADIDA-CANAC, H. (2004), “Actualité de l’inexistence des actes juridiques”, http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/actes_juridiques_6399.htm.
- ALARCÃO, RUI DE (1959), “Invalidade dos negócios jurídicos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 89, pp. 199 ss.
- , (1983), “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, III, *Juridica*, Coimbra, pp. 609 ss.
- ALEXANDRE, ISABEL (1998), *Provas ilícitas em processo civil*, Coimbra.
- ANDRADE, MANUEL DE (1964), *Teoria geral da relação jurídica*, II, *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Coimbra, II.
- ATIYAH, P. S. (1997), *An Introduction to the Law of Contract*, 5.ª ed., Oxford.
- AUSTIN, J. L. (1962), *How to do Things with Words*, Oxford.
- BELTRÁN DE HEREDIA, C. L. (2009), *La nulidad de los contratos*, Valencia.
- BETTI, E. (1950), *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, reimp. Napoli, 1994.
- BRITO, M. HELENA (1999), *A representação nos contratos internacionais*, Coimbra.
- CARVALHO FERNANDES, L. (2010), *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.ª ed., Lisboa.
- CASSIANO SANTOS & DUARTE FONSECA (2012), “Inexistência e nulidade de deliberações”, *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 7, pp. 49 ss.

- CASTELO, HIGINA (2011), “O acordo a que se reporta o artigo 36.º, 2, do Código das Sociedades Comerciais – natureza e validade”, *Estudos em homenagem a CFA*, Coimbra, IV, pp. 51 ss.
- CHULIÁ, F. V. (2007), *Introducción al Derecho Mercantil*, 20.ª ed., Valencia.
- COSTA ANDRADE, M. (1991), *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra, reimp. 2006.
- COUTINHO DE ABREU, J. M. (2011), *Curso de direito comercial*, II. *Das Sociedades*, 4.ª ed., Coimbra.
- DE LORENZI, V. (2008), *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova.
- DIAS MARQUES, J. (1992), *Noções Elementares de Direito Civil*, 7.ª ed., Lisboa
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, 6.ª ed., Cizur Menor.
- DÖRR & SCHMALENBACH (2012), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, Heidelberg.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2009a), *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra.
- , (2009b), “‘Contrato de seguro e terceiros’. Arguição de provas públicas de doutoramento de Margarida Lima Rego”, *Themis*, n.º 17, pp. 267 ss.
- FERREIRA DE ALMEIDA, C. (1992), *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Coimbra.
- , (2005a), “Registo de valores mobiliários”, *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, vol. I, pp. 873 ss.
- , (2005b), *Direito do Consumo*, Coimbra.
- , (2013a), *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 5.ª ed., Coimbra.
- , (2013b), *Contratos III. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*, 2.ª ed., Coimbra.
- , (2014), *Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Coimbra.
- , (2016), *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*, 4.ª ed., Coimbra.
- FILANTI, G. (1983), *Inesistenza e nullità*, Napoli.
- FLOUR, AUBERT & SAVAUX (2000), *Les obligations*, 1. *L’acte juridique*, 9.ª ed., Paris.
- GALGANO, F. (2007), *Il contratto*, Padova.
- GALVÃO TELLES, M. (1967), *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa (condições, termos e limites)*, Lisboa.
- GALVÃO TELLES, I. (1950), “Aspectos comuns aos vários contratos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, separata.
- , (1962), *Manual dos contratos em geral*, 2.ª ed., Lisboa.
- GOMES CANOTILHO, J. J. (2003), *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra.
- HOFMAN, E. (1991), *Privatversicherungsrecht*, 3.ª ed., München.

- HÖRSTER, H. E. (1992), *A parte geral do Código Civil português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra.
- LASARTE, C. (2006), *Contratos*, 9.^a ed., Madrid, Barcelona.
- LEBRE DE FREITAS, J. (2008), *Código de Processo Civil anotado*, vol. 1.^o, 2.^a ed., Coimbra.
- , (2001), *Código de Processo Civil anotado*, vol. 2.^o, Coimbra.
- Lei do contrato de seguro anotada* (2008), org. ROMANO MARTINEZ e o., Coimbra.
- LIMA REGO, M. (2010), *Contrato de seguro e terceiros*, Coimbra.
- MEDEIROS, RUI (1999), *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2005), *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo I, 3.^a ed., Coimbra.
- , (2008), “Da ineficácia civil. Reflexões críticas”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, I, pp. 233 ss.
- , (2013), *Direito dos Seguros*, Coimbra.
- , (2014), *Tratado de Direito Civil*, II, *Parte Geral. Negócio jurídico*, 4.^a ed., Coimbra.
- MENEZES LEITÃO, L. (2014), *Direito do Trabalho*, 4.^a ed., Coimbra.
- MONTEIRO FERNANDES, A. (2014), *Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Coimbra.
- MOREIRA, GUILHERME (1907), *Instituições de Direito Civil Português*, I, Coimbra.
- MOTA PINTO, C. (2005), *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, Coimbra.
- MÚRIAS, PEDRO (2008), “Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento”, *O Direito*, IV, pp. 797 ss.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J. (1988), *Direito Industrial*, Lisboa.
- , (2003), *Direito civil. Teoria Geral*, II, *Acções e Factos Jurídicos*, 2.^a ed., Coimbra.
- PACHECO DE AMORIM, J. (2008), “A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, org. Pedro Gonçalves, Coimbra, I, pp. 627 ss.
- PAIS DE VASCONCELOS, P. (2008), *Teoria geral do direito civil*, 5.^a ed., Coimbra.
- , (2009), *Contratos atípicos*, 2.^a ed., Coimbra.
- PINTO DUARTE, R. (2000), *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra.
- PINTO FURTADO, J. (2004), *Curso de Direito das Sociedades*, 5.^a ed., Coimbra.
- PITA, MANUEL A. (2004), *O regime da sociedade irregular e a integridade do capital social*, Coimbra.
- Principles. Definitions and Model Rules of European Contract Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, Full Edition (org. Von Bar & Clive), Munich, vol. 1
- RAMALHO, M. ROSÁRIO (2014), *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações laborais individuais*, 4.^a ed., Coimbra.

ROMANO MARTINEZ, P. (2015), *Direito do Trabalho*, 7.^a ed., Coimbra.

SALAZAR CASANOVA, J. F. (2004), “Provas ilícitas em processo civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares”, *Direito e Justiça*, I, pp. 93 ss.

SEARLE, J. R. (1969), *Speech Acts*, Cambridge.

SOTTOMAYOR, M. CLARA (2010), *Invalidade e registo: a protecção do terceiro adquirente de boa fé*, Coimbra.

WOLF & NEUNER (2012), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10.^a ed., München.

ZITELMANN, E. (1879), *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig.