

Sobre o princípio da liberdade de forma*

Danilo Doneda

O estudo da forma do ato jurídico é basicamente o estudo do meio pelo qual ele se concretiza, tornando-se visível. Não há negócio jurídico sem forma; sem ela, a vontade não é mais que um fenômeno psíquico que não se traduz em ato e não apresenta efeitos jurídicos¹. A forma, portanto, é o meio utilizado pela vontade para que esta seja objetivamente considerada^{2 3}.

A liberdade da forma afirma a possibilidade da livre escolha do meio através do qual a declaração de vontade será exteriorizada. Também, conseqüentemente, ressalta a possibilidade das partes optarem pela observância de um determinado requisito formal para

* Publicado originalmente em: *Diálogos sobre o direito civil*. Cármen Lúcia Silveira Ramos et ali (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002

1 a partir de BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.

2 "(...) la 'forma' designa il mezzo con cui la volontà si estrinseca". GIORGIANNI, Michelle. verb. "Forma degli atti (dir. priv.)", in: *Enciclopedia del Diritto*, v. XVII. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 988-1007.

3 A freqüente distinção entre contratos não-formais e formais, sendo estes últimos os que requerem uma formalidade qualquer para fins constitutivos ou probatórios, não implica que os contratos não-formais sejam destituídos de forma, o que seria impossível de se conceber a partir da noção de forma como meio pelo qual a vontade transita. O fato de um contrato ser "não-formal" diz respeito apenas à ausência da forma obrigatória. Ricardo Lorenzetti identifica a partir desta contradição a raiz de uma rejeição intuitiva ao contrato que não apresenta suporte material: "O contrato é um instrumento normativo. Ninguém jamais viu um contrato, afirma Von Thur e Atiyah ao perguntarem: sobre o que trata o direito dos contratos, se não há um contrato que esteja circulando pelas ruas como os automóveis? É ingênuo este 'endeusamento' dos contratos, que se origina em sua confusão com o instrumento escrito". LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998, pp. 534-535.

a validade de um negócio jurídico.

É comum a dedução de que, a partir desta liberdade de escolha da forma, chega-se ao princípio da liberdade de forma⁴. Ao se identificar no ordenamento jurídico a existência deste princípio, é freqüente também reconhecer nele o eco de outro princípio, o da autonomia privada⁵. Isto se observa ao estabelecer o primado da vontade sobre um requisito que possa condicionar sua validade, que é o da forma prescrita em lei. O princípio contratual do consensualismo, que reconhece o nascimento da vontade contratual no momento do consenso entre as vontades das partes, também demonstra com ele identificação. Porém, o impulso maior para que o princípio da liberdade da forma tenha adquirido feições próprias pode ser identificado na intensificação do uso das declarações negociais, que foram assimiladas pelo ordenamento com um sistema mais ágil para o reconhecimento da validade da declaração negocial, abrindo mão de requisitos de forma.

O desenvolvimento da liberdade da forma, resumidamente, evidencia-se em determinadas fases do desenvolvimento do direito privado, sendo freqüente a interpretação de sua maior relevância em um determinado ordenamento como um sinal de seu maior grau de evolução⁶. Ao identificarmos a relevância da liberdade de forma no direito contemporâneo é necessário ir além desta associação do formalismo com o primitivismo de um ordenamento⁷ e verificar que, em diversas ocasiões, a forma prescrita em lei revela a preponderância de determinados valores no ordenamento para cuja proteção é necessária a prescrição de forma. Atualmente, a sociedade da informação⁸ proporciona uma multiplicidade de meios para a comunicação e a conseqüente manifestação da vontade. Estes meios, fomentados em uma atmosfera de desapego ao formalismo, criam a possibilidade da manifestação da vontade ser expressa através de novas formas, criadas pela

4 para a questão da existência ou não de um princípio de liberdade de forma, referimo-nos às obras de PERLINGIERI, Pietro. *Forma dei negizi e formalismo degli interpreti*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1987, e, do mesmo autor, "Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia", in: *La forma degli atti in diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*. Napoli: ESI, 1988. IRTI, Natalino. *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 1985. DE CUPIS, Adriano. "Sul contestado principio di libertà delle forme", in: *Rivista di Diritto Civile*, 1986, parte II, pp. 202-207.

5 cf. PROSPERI, Osvaldo. "Forme complementari e atto recettizio", in: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1976, p. 199.

6 ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.6.

7 De acordo com PERLINGIERI, Pietro. *Forma dei negizi e formalismo degli interpreti*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1987, p. 59. "Non si tratta tanto di superare la 'mentalità formalistica' del legislatore e dei giuristi, quanto piuttosto occorre del formalismo rinvenire la ragioni giustificatrici con mentalità diversa senza atavici aporismi"

8 sobre o tema: TAKAHASHI, Tadao (org.). *Sociedade da informação no Brasil : livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

mesmo fenômeno tecnológico que a condiciona. A leitura da liberdade de forma não pode, hoje, prescindir desta análise, que se baseia na constatação de que em diversa hipóteses a autonomia de vontade possa ser preservada e a negociação não seja obstada pela oposição de requisitos formais que aumentem a segurança jurídica, quando necessária para a realização dos valores tutelados no negócio em relevo.

1 - É comum reconhecermos em diversos sistemas jurídicos antigos a utilização de mecanismos que condicionam a validade da declaração negocial ao meio utilizado para exteriorizá-la, estabelecendo assim um requisito formal para que produza efeitos jurídicos⁹. O uso de palavras e símbolos concretos; a presença de testemunhas; a celebração do ato em lugar determinado, e vários outros fatores eram comumente imprescindíveis à obtenção da vinculação jurídica das partes. Tais requisitos eram devidos às necessidades de clareza e notoriedade dos atos da vida jurídica, no direito romano, em especial no seu período clássico, essencialmente quiritário, que privilegiava a forma em si mesma em detrimento de outros fatores; ou mesmo ao simbolismo ritual típico do direito germânico, que era expresso em palavras solenes ou gestos imprescindíveis como o aperto de mãos.

Este apego ao formalismo pode denotar uma dificuldade da mentalidade primitiva em reconhecer a força obrigacional da vontade. Esta tese coaduna-se com a constatação de que a vontade, individualmente considerada, somente assume seus contornos atuais a partir do momento no qual a doutrina cristã reconhece o livre arbítrio como inerente à condição humana e, conseqüentemente, outorga à vontade a tarefa de exteriorizá-lo. É possível mesmo, de acordo com San Tiago Dantas, uma leitura da evolução de um sistema jurídico à luz dos institutos que venceram o formalismo estabelecido, abandonando as formas obrigatórias e dando maior eficácia à declaração de vontade, qualquer que fosse o modo por que ela se expressasse¹⁰.

Alguns juristas, por outro lado, não atribuíam esta conotação primitivista à forma rígida dos atos jurídicos. Ihering, por exemplo, atribuíam ao rigor formal o louvável mérito de proteger os interesses individuais contra a arbitrariedade do soberano¹¹, em uma situação na qual a legalidade que se interpõe diante da ação do déspota age por meio dos efeitos *erga omnes* das normas instituidoras de requisitos formais.

9 ROPPO, Enzo. cit., p. 6.

10 SAN TIAGO DANTAS. *Programa de direito civil. Teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 119.

11 SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 432.

O direito romano pré-clássico era rigidamente formal. Apenas algumas modalidades de negócios jurídicos poderiam ser praticados, todas estas fulcrados na obediência de regras específicas quanto à forma e de maneira alguma eram permitidas alterações que não seguissem os princípios estabelecidos. O chamado espiritualismo, o reconhecimento do poder vinculante por si só e do consenso, não encontravam guarida nesta época.

No período clássico, através da ação dos pretores peregrinos e da absorção de novas possibilidades negociais trazidas pelo *ius gentium*, o direito romano foi paulatinamente se desgarrando da rigidez formal¹² e permitindo novas leituras sobre a forma. Os atos rituais, que tinham função constitutiva, evoluíram para um outro formalismo, baseado em formas escritas e com cunho tendencialmente probatório até que no período pós-clássico ganhassem força as figuras dos contratos *solo consensu* e da *conventio*¹³.

Este é o marco inicial do processo que pode ser denominado de espiritualização da forma¹⁴. Posteriormente, durante a Idade Média, as cidades onde as necessidades do comércio impuseram a utilização de práticas contratuais, caracterizadas pela agilidade e pela rejeição de elementos que o tornassem mais caro ou moroso, fizeram surgir o que se chamou de contrato romano-italiano, depois recepcionado na Europa. Na Espanha, o Ordenamento de Alcalá (1340) estabeleceu que “será válida a obrigação ou contrato que forem celebrados de qualquer maneira pela qual alguém quis se obrigar perante outro ou fazer contrato com este”¹⁵. Verificou-se um movimento que tendia fortemente à uniformização da utilização da forma livre, pela qual “de qualquer forma que um homem desejar se obrigar, ele será obrigado”¹⁶.

Mesmo regiões que não participavam diretamente do intenso comércio marítimo da época - como o norte da França - e que ofereceram resistência à adoção das novas práticas

12 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. v. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.152.

13 "Slowly, but most distinctly, the mental engagement isolates itself amid the technicalities, and gradually becomes the sole ingredient on which the interest of the juriconsult is concentrated. Such a mental engagement, signified through external acts, the Romans called a Pact or Convention; and when the Convention has once been conceived as the nucleus of a Contract, it soon becomes the tendency of advancing jurisprudence to break away the external shell of form and ceremony. Forms are thenceforward only retained so far as they are guarantees of authenticity, and securities for caution and deliberatio". MAINE, Henry. *Ancient Law*, disponível em: <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/maine/anclaw.htm> (acessado em 26.03.2002)

14 MOZOS, Jose Luis. *El negocio jurídico*. Madrid: Montecorvo, 1987, p. 397.

15 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. v. I. Madrid: Civitas, 1996, p. 251.

16 *ibidem*, p. 291.

negociais, foram vencidos pela ação da outra grande força responsável pela queda da forma rígida: o direito canônico que, ao reconhecer a individualidade e o valor da palavra, enfatiza o valor da liberdade de forma. Um adágio, popular na época, pode ser evocado como retrato desta fase de transição: “os bois se prendem pelos chifres e os homens pela palavra; mais vale uma simples promessa ou consentimento que as estipulações do direito romano”¹⁷.

No século XVIII, correntes de pensamento de matiz racionalistas, que marcaram profundamente o direito que então surgia, acolheram a idéia da liberdade de forma como consequência necessária do alto valor que atribuíam à expressão racional da vontade¹⁸. O processo de espiritualização da forma é cumprido e é possível apoiar-se nas palavras de Los Mozos, ao retirar todo vínculo entre a forma e o conteúdo do negócio jurídico: “a vontade é o pensamento quando ele se traduz em movimento, quer dizer, a força psíquica quando se transforma em força física; em suma, o espírito que se encarna. Sob este aspecto aclara-se o significado da palavra: forma quer dizer a parte externa de um ente, como o recipiente ou molde dentro do qual está contida a essência; esta essência é a vontade”¹⁹.

3 - A noção de forma pode ter um significado mais amplo, dizendo respeito ao veículo pelo qual a declaração de vontade exterioriza-se, tornando-se objetivamente reconhecível; em outro sentido, mais específico, identifica-se com o próprio instrumento, que expressa a declaração de vontade²⁰. Quando se trata da forma como requisito do negócio jurídico, aponta-se para este último significado. E vem a ser neste sentido que Caio

17 *"on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain"*. MOZOS, Jose Luis, *idem*, p. 403.

18 *"Ma solo nel secolo XVIII, quando le scuole si sono aperte completamente alle sugestioni profonde della nuova filosofia razionalistica, il principio del nudo consenso trova piena e consapevole affermazione, ed è accolto dalla scienza del diritto come direttiva etica, prima ancora di essere enunciato come canone tecnico-giuridico per la formazione e l'interpretazione del rapporto contrattuale"* ORMANNI, Angelo. verb. "Forma del negozio giuridico", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. VII, Torino: Ed. Torinese, 1968, p. 561.

19 LOS MOZOS, Jose Luiz. *cit.*, p. 381.

20 Natalino Irti enuncia tais significados: “ (...) non sono concepibili contratti privi del requisito della forma. L'obiezione è empirica e materialistica. Essa gioca con due accezioni diverse dalla parola 'forma': una volta, forma come requisito prescritto dalla legge (art.1325); un'altra volta, forma come esternazione indispensabile per raggiungere un qualunque accordo. Dire 'accordo' è dire consonanza di decisioni esterne, di messaggi scambiati tra le parti; ma questa fisicità dell'esprimersi nulla ha che vedere con la forma in senso giuridico. Altro è la *necessità logica dell'esternare* – necessità, implicita in qualunque tipo di accordo (come potremmo raggiungere un accordo se non mediante segni espressivi delle nostre decisioni?) -; altro, la *necessità giuridica della forma*, che emerge soltanto nei contratti a struttura forte”. IRTI, Natalino. *Idola libertati. Tre esercizi sul formalismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 84.

Mário a define como “meio técnico, que o direito institui, para a declaração da vontade”.²¹ É também notado neste sentido quando ocasionalmente se fala em negócio sem forma, o que torna a terminologia incongruente com o conceito em sentido amplo. Considerando, sem dúvidas, que todo negócio há de possuir uma forma, um meio de exteriorização, caso contrário ficaria relegado ao seu agente²².

O primeiro sentido, portanto, aponta para o problema da exteriorização da declaração de vontade, da sua recognoscibilidade. Esta é a posição de Emilio Betti, ao afirmar que o ato só pode ser identificável por outros através de forma que exhibe. Por isso a vontade por si só não tem conseqüências jurídicas²³. Pietro Perlingieri considera que “A forma do ato jurídico indica o vínculo, seja declaração ou comportamento concludente, mediante o qual o conjunto de interesses das partes resulta objetivamente reconhecível”²⁴. Também neste sentido Luis Diez-Picazo define forma como “o veículo ou o meio de expressão do qual as partes se utilizam para emitir suas declarações de vontade e para fazê-las chegar ao seu destinatário”²⁵. Com intenção idêntica, Antonio Junqueira de Azevedo identifica ainda a forma como “meio através do qual o agente expressa sua vontade”²⁶. A opção pelo sentido mais amplo de forma, que a identifica como um meio para a expressão de uma vontade e não como um requisito deste meio, parece a mais acertada inclusive para tornar possível e coerente o a discussão sobre o conceito.

A forma, sempre presente no negócio jurídico, pode assumir diversas roupagens, tantas quanto são as maneiras pelas quais a vontade possa ser expressa. A opção por uma ou outra destas maneiras pode, porém, condicionar os efeitos do negócio, seja no plano da validade como no da eficácia., pois esta opção revela uma preocupação maior com que se concretize uma das funções que as formalidades podem desempenhar.

Diez-Picazo elenca as funções principais que podem ser desempenhadas pela

21 CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. v. I, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 376. Ressalve-se que Caio Mário reconhece igualmente o outro sentido dado à forma pelo direito brasileiro, ligada ao próprio meio de exteriorização da vontade.

22 "(...) *Al riguardo, potrebbe in primo luogo, osservarsi che ogni atto giuridicamente rilevante deve avere un aspetto sensibile, che lo identifica nella realtà e lo dispone alla diagnosi giuridica, cosicché il problema della formasi risolverebbe per intero in quello della esistenza dell'atto, involgendo in tal modo nozioni e problemi che attengono al concetto stesso di atto e di negozio giuridico*".
GIORGIANNI, Michele, cit., p. 991.

23 BETTI, Emilio. cit., p. 243.

24 PERLINGIERI, Pietro. FAVALE, Rocco. *Manuale de diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 378.

25 DIEZ-PICAZO, Luis. cit., p. 248.

26 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 124.

observância de uma determinada forma, podendo ser identificadas, conjugadas ou em separado, nas diversas ocasiões em que o legislador ou a própria vontade negocial as prevêem.

Estas funções são basicamente quatro: a função *Constitutiva*, pela qual atribui-se efeito ao negócio pela observância da forma a ele prescrita (*forma dat esse rei*). Como neste caso a forma é elemento essencial, que impossibilita o negócio jurídico de ser convalidado posteriormente, identificamos a forma também denominada *ad solemnitatem*. Outra função é a *Integrativa*, onde a forma prescrita em lei é um requisito ao lado de outros requisitos, o na realidade é uma variação da função anterior. A função da *Publicidade*, atribuída pela observância de um determinado requisito formal, garante a eficácia do negócio jurídico perante terceiros, que não podem alegar ignorância sobre sua realização pela presunção de publicidade decorrente. Por último, temos que a função *Probatória*, característica da formalidade *ad probationem*, irá influir no valor probatório do negócio realizado mediante uma determinada forma, seja pela menção aos meios formais admitidos (aspecto positivo da função), seja pela exclusão dos meios formais que não serão admitidos como prova (seu aspecto negativo).

Mesmo a partir da identificação das funções acima, a doutrina se inclina a considerar com especial cuidado a dicotomia entre as funções constitutiva e probatória da forma, nas figuras da forma *ad solemnitatem* e *ad probationem*, observando em separado os negócios para cuja realização a lei prescreve determinada formalidade como substância dele próprio, sem a qual não pode produzir efeitos, daqueles para os quais uma formalidade é necessária para a prova somente.

Para Clóvis Beviláqua, porém, não cabe a distinção entre forma *ad solemnitatem* e *ad probationem*, visto que o resultado final da inobservância tanto de uma modalidade quanto de outra será idêntico: a não produção de efeitos jurídicos.²⁷ No mesmo sentido opina San Tiago Dantas.²⁸

Um elemento residual das antigas formas de formalismo contratual é a divisão entre negócios formais e solenes. Não há mais, hoje, razão para distinguí-los. Todo contrato possui uma forma, e o contrato formal seria aquele no qual algum requisito é imposto para a exteriorização da vontade. A forma diz-se solene por um resquício das antigas formas

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 242.

²⁸ SAN TIAGO DANTAS. cit., p. 220-221.

rituais, onde gestos e simbolismos específicos gozavam de um valor intrínseco cuja importância em grande parte perdeu-se no tempo.

4 - Uma determinada conduta é reconhecida pelo ordenamento jurídico como uma declaração de vontade a partir do momento em que ela projeta a comunicação de uma intenção do agente. Na perspectiva da liberdade de forma, temos que esta conduta há de ser clara e inequívoca, sem que seja exigida a literalidade da declaração exteriorizar-se de um modo específico.

A forma, em si, não se confunde com a manifestação de vontade, sendo o escopo da declaração um conteúdo e o da forma, um meio. Para Emílio Betti, a forma é “o mínimo indispensável de qualquer negócio jurídico. Na realidade, a forma não é mais que a possibilidade objectiva de reconhecer a conduta dentro do ambiente social em que se produziu, na medida em que revela – mesmo sem que o seu autor tenha disso consciência – ter-se tomado determinada posição em relação aos interesses em jogo”²⁹.

Uma determinada forma pode ser requerida por lei. Neste caso, o conteúdo da declaração obediente ao formalismo deve representar a exteriorização directa da vontade da (s) parte(s). É necessário que, neste caso, a declaração compreenda todos os pontos essenciais do negócio do qual se trata, o seu chamado conteúdo mínimo³⁰ da declaração; a forma solene deve ser verificada no contrato que compreende o conteúdo mínimo do negócio e outras disposições acessórias podem ser redigidas em outra forma.

No caso da manifestação de vontade tácita, quando a declaração de vontade se deduz de fatos e atos que a revelam, é importante notar que o que a torna relevante para a realidade jurídica é a sua possibilidade de comunicar seu conteúdo, independente do grau de literalidade que demonstre. É novamente valiosíssima a lembrança de Betti, que afirma que: “tanto a declaração como o simples comportamento, são a objectivação ou a exteriorização directa do conteúdo preceptivo do negócio. Na declaração, o regulamento de interesses tido em vista pela parte, encontra expressão directa com o emprego daquelas palavras, ou sinais gráficos, que, no costume social, são considerados mais idôneos para representá-lo; ao passo que com o comportamento o conteúdo do negócio é directamente realizado no mundo dos factos e, portanto, não só é expresso sensorialmente, como até modelado e posto em

²⁹ BETTI, Emílio. *cit.*, p. 246.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. FAVALE, Rocco. *cit.*, p. 381.

acção na realidade”³¹.

Ainda é feita pela doutrina a distinção entre a declaração de vontade ativa, que se verifica através de um agir do declarante que, ao modificar o mundo exterior, interfere na realidade jurídica; e a declaração omissiva, pela qual não há um agir positivo do declarante. Este não agir, porém, ocorre em uma situação qualificada pelo direito que empresta à sua omissão o poder de modificar uma determinada situação jurídica, como são exemplos a aceitação da herança ou o voto em assembleia por ficar onde está.

Há também o problema do silêncio como manifestação de vontade. Merece menção a tendência da doutrina mais recente em qualificar tal situação como uma hipótese de declaração presumida de vontade, e não como uma subespécie da declaração tácita, e muito menos da expressa. A justificar, revela-se que a declaração presumida somente pode se originar de um ato negativo, uma declaração omissiva que é o silêncio, enquanto que a declaração tácita depende de uma declaração ativa.

5 – A liberdade de forma também compreende a possibilidade das partes em um contrato elegerem um determinado requisito formal como sendo imprescindível para a validade do negócio, mesmo sem a lei assim o exigir. Isto pode ocorrer, por exemplo, quando as partes desejam fruir de algumas das garantias que o formalismo oferece, como a maior garantia da seriedade do negócio; a separação cristalina da fase de tratativas da fase vinculante; uma eficaz marcação do tempo de formação do contrato; uma maior clareza dos seus termos; e mesmo a maior facilidade de conservação da prova³².

Na prática isto ocorrerá na maioria das vezes quando o documento é redigido com cláusula de não valer sem forma pública, a chamada forma voluntária; ou então uma sua variante, quando um contrato preliminar prevê que o contrato definitivo deve revestir a forma pública.

Nosso direito afirma que a forma pública, quando convencionada como imprescindível, torna-se da substância do ato³³, o que leva a crer que o legislador optou por equiparar o formalismo voluntário à forma *ad substantiam*. Não obstante esta linha interpretativa levar à conclusão que o negócio desvestido da forma pública convencionada

31 BETTI, Emilio. cit., p. 141.

32 BETTI, Emilio. cit., t. II, p. 145.

33 no Código Civil Brasileiro em vigor, artigo 133; no novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02), artigo 109.

possa ser nulo, há que se considerar que este raciocínio não coaduna com a extensão do princípio da autonomia da vontade em determinadas situações, como por exemplo, quando há a confissão ou mesmo a execução voluntária, em formas outras que a forma pública defendida. Deparamo-nos com a questão da admissibilidade do uso do pacto privado como causa de nulidade do negócio jurídico o que, se por um lado parece incompatível com o atual sistema de nulidades de nosso ordenamento, por outro, no caso de não emprestar esta força ao pacto privado, faz com que o instituto da forma voluntária certamente reste um tanto esvaziado, pois será forçoso admitir que é válida apenas a convenção de forma *ad probationem*, e seria irrelevante a convenção formal *ad substantiam*, pela impossibilidade da autonomia privada interferir no regime das nulidades. A Corte de cassação italiana recentemente decidiu, que a forma *ad substantiam* não poderia ser convencionalizada pelas partes, reconhecendo a “incompetência dos entes privados a tratarem de questões de validade do ato”³⁴. Esta leitura efetivamente retira boa parte da importância que a forma voluntária poderia assumir, pois lhes é retirada a oportunidade de erguer ao seu mais alto grau de eficácia um requisito que pode lhes fornecer pressupostos de segurança e certeza dificilmente atingidos por outros meios, pela aplicação de uma teoria das nulidades que é menos comprometida com a escala de valores protegidos pelo ordenamento jurídico do que com uma pretensa precisão lógica que, em casos como este, se demonstra menos uma solução que um óbice à correta valoração dos elementos em jogo. Há casos em que a certeza e a segurança podem ser fatores de elevada importância na formação da vontade contratual, de forma que a própria aplicação do princípio da conservação pode ser bastante duvidosa.

Algumas outras questões também emergem, como saber se esta forma elegida abrangerá também os pactos modificativos ou extintivos do negócio; ou mesmo se o negócio que determina a forma deve revestir-se de formalismo. A forma convencional, como medida excepcional, há de ser tratada restritamente; porém, deve-se observar que ocorre a vinculação dos elementos essenciais dos negócio jurídico à forma escolhida, e mesmo de elementos acessórios, caso reste explícito.

6 – San Tiago Dantas lançava a seus alunos o questionamento sobre se haveria ainda

³⁴ segundo FAVALE, Rocco. “La Corte di Cassazione erige il mausoleo delle forme volontarie”, in: *Rassegna di diritto civile*, 4/97, p. 910.

uma razão para a sobrevivência da forma: “o formalismo que ainda perdura no direito atual é um resíduo histórico que a evolução do direito extinguirá, ou, pelo contrário, devemos entender que há razão para estas solenidades e que elas devem ser consideradas no nosso direito de hoje?”³⁵.

Como outros juristas, San Tiago associava a maior presença da liberdade de forma em um ordenamento com seu grau de evolução. Uma resposta preliminar à questão lançada por San Tiago é positiva quanto à existência de uma razão para o formalismo, mesmo hoje. A questão é examinar a fundamentação deste formalismo, que certamente não é similar a do direito romano.

A substituição da rigidez formal do direito romano pré-clássico pelo consensualismo em diversos graus, obedeceu às necessidades de agilização do comércio e da nova posição de destaque que a autonomia privada recebia do ordenamento jurídico. É necessário lembrar, porém, que as formalidades então existentes tanto eram rígidas como muitas vezes demandavam tempo e tinham um custo considerável..

A popularização da escrita e leitura e, posteriormente, a profusão de meios de comunicação, conseqüências do capitalismo globalizado, fizeram com que os meios de transmissão de vontade fossem multiplicados, auxiliando assim a expansão do contrato para além de suas habituais barreiras territoriais. O fenômeno da contratação em massa, outra conseqüência, alargou quantitativamente o espectro das relações contratuais. Mais contratos, realizados sob todos os meios de transmissão de vontade possíveis e disponíveis, suscitaram em um primeiro momento a liberalização de forma, única solução possível para a nova realidade negocial, ao menos sob um certo ângulo.

Por outro lado, dos novos meios de transmissão de vontade disponibilizados pela tecnologia da informação, alguns, como o documento eletrônico, têm se mostrado aptos a desempenhar a função que a forma escrita e mesmo a forma pública desempenham hoje em dia, sendo tecnicamente possível que eles tenham sua autoria, integridade e autenticidade comprovadas por meios técnicos que hoje já estão disponíveis às grandes corporações e órgãos governamentais, e que nos próximos anos passarão a estar disponíveis para o cidadão³⁶.

35 SAN TIAGO DANTAS. cit., p. 119.

36 Sobre o assunto: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. http://members.xoom.com/_XMCM/marcacini/ (acessado em 20/04/2001)

A utilização de novas tecnologias, como a mencionada, cuja força probante é reconhecida em diversos países e cuja admissão pelo ordenamento brasileiro parece ser questão de tempo³⁷, dá mostras do surgimento de novas formas de transmissão da vontade que não são intrinsecamente lentas nem caras e nem burocratizadas, isto é, que podem ser utilizadas no comércio jurídico sem que isso implique em uma dificuldade que embarace a formação do contrato. Tal constatação é pertinente pois se contrapõe ao argumento de que um maior formalismo implicaria inexoravelmente a uma menor agilidade na contratação, e possibilita que o formalismo desempenhe o papel de aumentar a segurança para as próprias partes que muitas vezes somente desempenha em negócios onde os interesses em jogo são consideráveis a ponto de admitir uma menor praticidade. Esta segurança pode passar a ser disponível em situações onde os interesses são de menor valor ou mesmo as partes sejam mais vulneráveis, aumentando a própria transparência do negócio.

A moderna utilização da forma para finalidades outras que as das suas origens se encontra induzida em microsistemas jurídicos de feições modernas, como algumas normas de proteção ao consumidor. Vide, como exemplo, na disposição da lei italiana a respeito da forma e interpretação, que "No caso dos contratos nos quais todas as cláusulas ou algumas sejam propostas ao consumidor por escrito, tais cláusulas devem ser redigidas em um modo claro e compreensível"³⁸, bem como a de nosso Código de Defesa do Consumidor, que afirma ser um dos direitos básicos do consumidor "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"³⁹. É clara nestes dispositivos a intenção do legislador de valorizar a comunicação entre as partes e, portanto, a transparência do contrato. Sua forma pode ser um elemento consideravelmente importante para tal intento, pela utilização de meios de transmissão da vontade que assegurariam a comunicação de elementos essenciais do contrato.

A observação feita por diversos autores de que o formalismo não se encontraria,

37 vide, ente outros, o Projeto de Lei 1589/99, da Câmara, sobre "o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital", elaborado a partir de iniciativa da Comissão de informática da OAB-SP. O projeto é uma das mais interessantes propostas no sentido de harmonizar o documento eletrônico com o atual sistema probatório e, conseqüentemente, cancelar a introdução do meio informatizado entre os meios de transmissão de vontade qualificados no ordenamento pátrio. O projeto está disponível em: http://members.xoom.com/_XMCM/marcacini/textos/ (acessado em 20/04/2001)

38 Código Civil Italiano, art. 1469quater.

39 Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, Art. 6º, III.

como tornou-se comum inferir, em desuso face à vigorosa presença da liberdade de forma em diversos ordenamentos, é freqüente a ponto de suscitar uma reflexão sobre seu próprio alcance.

Josserand, em 1939, já observava o que denominou de um “certo renascimento” do formalismo negocial, notadamente em hipóteses onde a publicidade do ato era relevante, quais sejam a venda imobiliária, o bem de família, o casamento e outros casos; questionando que talvez o formalismo não estivesse de fato em declínio naquele momento, como era comum especular.⁴⁰ Os irmãos Mazeaud, na obra que hoje conta com a co-autoria de Chabas, identificam o “curioso” renascimento da forma, porém mais acentuadamente em razão dos aspectos subjetivos de segurança que a formalidade implica.⁴¹

Verdade é que, ao considerarmos a função da forma no direito contemporâneo, devemos partir dos predicados do negócio rigidamente formal já conhecidos do próprio jurista que estabeleceu o desapego a tal rigidez como princípio, e a razão deste negócio coexistir. Emílio Betti enumera as vantagens clássicas que o negócio formal apresenta sobre os demais como sendo a de garantir a seriedade do negócio (que é o ponto apontado pelos irmãos Mazeaud e Chabas); de definir com clareza e precisão os termos do negócio; de marcar o tempo da sua formação; e facilitar a conservação de todos estes elementos para fins probatórios.

Este assim considerado renascimento da forma é diretamente ligado a noção, geralmente implícita porém expressa em alguns autores, de que a forma e o formalismo são inteiramente desvinculados. Pietro Perlingieri assim considera que “há o formalismo quando assume-se a forma como fim em si mesma, cujos efeitos elevam-se ao ponto de fazer prescindir da consideração dos fundamentos jurídicos que a justificam. Se a forma, porém, deflui da garantia de interesses ou de valores privilegiados no ordenamento constitucional, a sua utilização e o respeito a ela devido não são formalismo. Uma interpretação não literal,

40 JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil français*. Paris: Sirey, 1939, p. 88,

41 " *On assiste à une curieuse renaissance du formalisme dans le droit moderne. Des lois récentes exigent, de plus en plus souvent, comme condition de validité d'un acte juridique, au moins un écrit osus seing privé. Par exemple, pour les conventions collectives de travail. D'autre part, quand elles ne vont pas jusque-là, elles renforcent les règles du droit commun sur la preuve, supprimant les exceptions admises à la nécessité d'un écrit, précisant même parfois la forme et les énonciations de l'écrit. On comprend cette exigence; la nécessité dans laquelle les intéressés se trouvent de rédiger un écrit, les oblige à réfléchir: autre chose est de promettre oralement, autre chose de fixer sa volonté par écrit.*"
MAZEAUD, Henri, León e Jean. CHABAS, François. *Leçons de droit civil. t. 1*, Paris: Montchrestien, 1999, p. 396.

porém substancial, faz com que tal forma seja aplicada a todo momento que seja suscitada uma análoga motivação de garantia e tutela”.⁴²

Para Pietro Perlingieri e Rocco Favale, a previsão da formalidade não é dada somente pela norma, mas advinda diretamente da natureza da disciplina do negócio concreto no qual o intérprete deve, de um lado, individuar os interesses que justificam a previsão da forma e, de outro, verificar seu mérito à luz dos valores que caracterizam o ordenamento.⁴³ Para isto é necessária a verificação do *ratio* da norma sobre a forma, que pode estar ligada a diferentes perfis de capacidade, legitimação e qualificação do sujeito, da função do negócio e do seu objeto. Esta perspectiva funcional da forma baseia-se, portanto, na atividade do intérprete de buscar o porquê da sua prescrição, utilizando para isto a perspectiva axiológica constitucional que baseia a norma que sobre ela incide.

O formalismo atual tem como motivação não mais a literalidade dos atos e a simples segurança jurídica que orientavam o formalismo primitivo, mas sim valores cuja proteção pode ser atingida através da interposição do requisito formal para negócios que o demandem. Assim, o princípio da transparência do contrato pode ser um óbice à uma demasiado ampla aplicação da liberdade de forma, ao se verificar que determinados contratos podem se socorrer do requisito formal para garantir que a transparência e o dever de informação resultem respeitados.

42 PERLINGIERI, Pietro. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*. pp. 59-60.

43 PERLINGIERI, Pietro. FAVALE, Rocco. *Manuale de diritto civile*. p. 379.