

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Escola de Direito do Centro Regional do Porto

DA NULIDADE DO CONTRATO DE MÚTUO POR FALTA DE FORMA

Dissertação de Mestrado, na área
de Direito Privado, elaborada por
Miguel Eduardo Macedo de
Almeida Loureiro, sob a orientação
da Professora Doutora Maria Clara
Sottomayor

Maio 2012

AGRADECIMENTOS

- Ao meu pai, o maior exemplo da minha vida, e o melhor amigo que um filho pode pedir;
- À minha mãe, pela sua presença, por todo o carinho com que todos os dias me trata, e pela compreensão que nunca faltou;
- À minha irmã, de quem nunca me quero separar por não conhecer pessoa igual;
- A todos os meus amigos, e, em especial, ao Luís Filipe Tavares e ao Abílio Rodrigues;
- Ao Ricardo Gaspar Dias, por toda a paciência e preocupação demonstradas na elaboração da dissertação;
- Ao Tiago Ramalho, pelo papel preponderante que teve na dissertação;

Por fim,

- À Professora Doutora Clara Sottomayor, pela muita paciência e pela orientação e conselhos nunca regateados.

LISTA DE ABREVIATURAS:

AAFDUL	Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Art.	Artigo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil
CCTF	Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal
CDADC	Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos
CEF	Centro de Estudos Fiscais
Cfr.	Conferir
Cit.	Citado
Ob. cit.	Obra Citada
Págs.	Páginas
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
Segs.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

1. Propomos, pela presente dissertação, expor alguns dos efeitos e consequências jurídicas da nulidade do contrato de mútuo, mais particularmente quando o vício de que enferma é a falta de requisitos formais¹. Teceremos, destarte, algumas considerações sobre regime das invalidades estatuído no direito civil português, chamando-se para isso à colação, paralelamente, o instituto do enriquecimento sem causa e a sua correlação com os efeitos da nulidade², assim como a figura abuso de direito e o regime da boa fé.

2. Questionar-se-á a relevância jurídica de tal temática. Efetivamente, numa abordagem inicial, dir-se-ia que, padecendo o contrato de alguma invalidade, a restituição das prestações ao abrigo do regime previsto no artigo 289º seria a única consequência jurídica lógica – e assim entende o Assento 4/95³, de 17 de Maio de 1995, em cujo sumário se pode ler que «quando o tribunal conhecer officiosamente da nulidade de negócio jurídico invocado no pressuposto da sua validade, e se na acção tiverem sido fixados os necessários factos materiais, deve a parte ser condenada na restituição do recebido, com fundamento no n.º 1 do artigo 289º do Código Civil».

3. Não obstante estes esforços, em ordem a clarificar o modo de restituição da quantia mutuada, operando-se a mesma segundo o regime das invalidades (como a doutrina maioritária sufraga⁴), a jurisprudência e doutrina nacionais parecem negligenciar algumas outras questões merecedoras de tutela jurídica. Não se pode negar que o mutuante ficou “desapossado” da quantia mutuada por um período mais ou menos prolongado, o que se refletirá, conseqüentemente, numa perda maior ou menor de *retribuição* pela indisponibilidade dessa quantia, o que pode exigir um tratamento particular a dar ao caso concreto. O *tempo* decorrido entre a celebração do contrato e a invocação da sua nulidade pode assumir proporções insuportáveis (*rectius*, juridicamente desequilibradas) na esfera jurídica de uma das partes.

¹ Atente-se à circunscrição do tema aos casos em que é obrigatória a celebração do contrato por escritura pública ou por documento particular autenticado, ou seja, a partir dos €25,000.

² A descrever a matéria das invalidades como uma «verdadeira floresta virgem da ciência do direito» está Rui de Alarcão (SCONAMIGLIO, cit. *apud* RUI DE ALARCÃO, “*Invalidez dos negócios jurídicos, Anteprojecto para o novo Código Civil*”, *BMJ* n.º 89, 1959, págs. 199 e segs.)

³ Disponível em www.dgsi.pt

⁴ Como é o caso de Antunes Varela, (João de Matos ANTUNES VARELA, in *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 10ª Edição, 2000, pág. 480 e segs.), ou Rui de Alarcão (RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983, pág. 178 e segs.)

4. É indubitável que a boa fé do mutuário deve ser ponderada para a determinação do regime a aplicar; contudo, não pode deixar de afetar a nossa sensibilidade enquanto juristas as consequências que se repercutirão na esfera jurídica do mutuante – o facto é que este ficou indisponibilizado de uma quantia mais ou menos avultada, durante mais ou menos tempo, sendo que a contraparte gozou (corrigindo, *pôde* gozar) desse mesmo capital, não sendo estranho que com isso tenha incrementado exponencialmente o seu património sem qualquer tipo de custos.

5. A nossa jurisprudência tem-se socorrido do abuso de direito para combater algumas das consequências jurídicas associadas à declaração de nulidade. A notável evolução doutrinal e jurisprudencial do instituto permite, atualmente, dirimir os litígios com uma outra riqueza do ponto de vista da fundamentação. Mas, como se verá, o subjetivismo assume-se como uma característica genética e omnipresente, aumentando, por inerência, a incerteza das decisões. É precisamente com o intuito de aligeirar o trabalho do aplicador do Direito que se sugerirá uma outra opção, a qual, segundo cremos, se afigura potencialmente mais estável do que aquela baseada no abuso de direito.

DO REGIME JURÍDICO DO MÚTUO

6. Define o 1142º do CC que o «mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade». Com o Código Civil de 1966, o mútuo autonomizou-se do contrato de empréstimo, que se desdobrava, por conseguinte, em *mútuo*, se se tratasse de coisas que deviam ser restituídas por outras do mesmo género, qualidade e quantidade, e de teor gratuito; e em *usura*, se se estipulasse alguma retribuição⁵. A sua construção jurídica e a sua natureza intrínseca levam alguma doutrina a qualificá-lo, normalmente, como um contrato real⁶. Por último, a

⁵ Fernando Andrade PIRES DE LIMA e João de Matos ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado”, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 4ª edição, 1997, pág. 761

⁶ Não iremos referir, por exiguidade de espaço, a questão da admissibilidade do mútuo consensual. Os autores que afirmam o carácter real *quoad constitutionem* do mútuo partem da letra da lei, nomeadamente onde se estabelece que o mútuo é “o contrato pelo qual uma das partes empresta”. Para maiores desenvolvimentos e remissões, *vide* Luís Manuel Teles de MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 7ª edição, 2010, pag. 388 e segs.

consequência mais relevante da celebração do mútuo é a transferência da propriedade para o mutuário, de acordo com o artigo 1144º do CC⁷.

7. A presunção de onerosidade do mútuo representa, claramente, um corte com o consagrado no Código de 1867, sendo compreensível a mudança de paradigma: não é exagerado presumir (e isto como princípio geral) que o mutuante pretenda obter alguma espécie de compensação pela indisponibilidade do capital. Em contrapartida, aligeira-se a solução adotada, na medida em que o artigo 1145º do CC não encerra nenhuma particularidade no que concerne à ilisão dessa mesma presunção⁸. Os *juros*, por sua vez, são vistos como a retribuição do mútuo (cfr. artigo 1145º, n.º 2 do CC), não integrando a obrigação de restituição prevista no artigo 1142º do CC⁹.

8. A estatuição do artigo 1143º do CC, que impõe a celebração por escritura pública ou por documento particular autenticado dos mútuos de valor superior a 25 000€, é elucidativo das preocupações que impregnaram o legislador, procurando-se, por esta via, reduzir potenciais situações de opacidade nestes negócios. A violação da formalidade *ad substantiam* implica uma invalidade insanável, pelo disposto no artigo 220º do CC¹⁰. Como se verá *infra*, o expediente jurídico que comumente se utiliza na jurisprudência procura minimizar estes efeitos, através bloqueamento dos seus efeitos legais¹¹.

⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, ob. cit., Vol. II, pág. 766, fundamentam a transferência da propriedade na «impossibilidade prática de concretizar, no património do mutuário, designadamente tratando-se de dinheiro, aquilo que representa a coisa entregue e o que deve ser restituído».

⁸ Assim dispõe PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, ob. cit., Vol. II, pág. 768, «a presunção de onerosidade tem lugar em caso de dúvida sobre a intenção dos contraentes. Para que se afastem as dúvidas não é necessário - a lei não o exige - uma declaração expressa da vontade; pode tratar-se de uma declaração tácita, ou resultar o pacto de gratuidade das circunstâncias do contrato ou até da qualidade das pessoas dos contraentes».

⁹ No mesmo sentido, veja-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, ob. cit., Vol. II, pág. 768, «e aquilo que os juros retribuem é, de facto, o mútuo, ou seja, a cedência do dinheiro ou outra coisa fungível posta à disposição do mutuário».

¹⁰ O artigo 220º abrange os casos em que o legislador optou pela exigência de uma determinada forma legal como elemento do negócio: «a declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei».

¹¹ Vide §22 e segs.

ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA, EM CONCRETO, O ACÓRDÃO STJ 27/05/2010:

9. A concretização da dissertação teórica numa hipótese prática tem a vantagem, em termos gerais, de balizar um objetivo, o que abstratamente impede de nos desviarmos do trilho proposto. Daí que, intermitentemente, se intersectará e comparará as presentes ilações com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/05/2010 (relator Custódio Montes), por nós escolhido.

10. Os tribunais portugueses, mesmo durante a vigência do Código Civil de 1867¹², viram-se frequentemente confrontados com a problemática da nulidade do contrato de mútuo. Atualmente, constata-se que o conteúdo das decisões é mais ou menos uniforme no que concerne à inaplicabilidade do enriquecimento sem causa concomitantemente com a ação de nulidade¹³, sendo, por vezes, um pouco mais heterogéneas as soluções referentes à restituição dos juros remuneratórios¹⁴.

11. De entre todos os parâmetros que presidiram à eleição daquele Acórdão como tema de fundo da nossa dissertação, destacar-se-á, em primeiro lugar, a atualidade do mesmo, uma vez que a solução ali vertida prima por refletir a posição jurisprudencial mais recente dos tribunais superiores. Pesou, ademais, a *justeza* da decisão, assim como a clareza de abordagem dos temas.

12. No cerne da contenda do referido Acórdão¹⁵ está um mútuo oneroso, celebrado a 13/04/1997, no valor de 10.000.000\$00 (portanto, 49.879,78 €). As pretensões da

¹² Em ordem a identificar as principais questões que se colocavam durante o período de vigência do Código de 1897, veja-se Diogo José Paredes de LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 180 a 190. Com efeito, altercava-se, resumidamente, «se aquilo que foi entregue a título de mútuo podia ser objecto de um pedido de restituição, no caso de o mútuo não ter revestido a forma legal. E qual o fundamento dessa pretensão»

¹³ Assim, desde o Acórdão STJ 27/05/2010, veja-se outros que se pronunciam no mesmo sentido, como é o caso do Acórdão STJ 29-01-1998 (relator Sousa Inês), o Acórdão STJ 02-03-1999, (relator Pinto Monteiro), ou, mais recentemente, o Acórdão do TRC de 17-01-2006 (relator Ferreira Barros)

¹⁴ Veja-se, exemplificativamente, o Acórdão do TRC, de 15-11-2005 (relator Coelho Matos), ou Acórdão do TRL de 12 de Fevereiro de 2009 (relator Manuela Gomes).

¹⁵ Leia-se o sumário: «1. Embora em casos excepcionais, é de admitir a relevância da invocação do abuso de direito em negócios formais. / 2. Celebrado contrato de empréstimo sem observância de forma legal, e tendo o devedor pago, durante oito anos, os juros convencionados, revela abuso de direito, por parte deste, pedir a sua devolução em consequência da nulidade do contrato. / 3. A partir do momento em que o devedor deixa de pagar juros, tal comportamento deixa de gerar confiança no credor de que aquele continue a pagar juros, não relevando, a partir de então, o abuso de direito, sendo apenas devidos juros de

Autora (mutuante) passam pela devolução da quantia mutuada (os 49.879,78 €), acrescida de 1.330,133 €, correspondente a juros remuneratórios e calculados à percentagem de 8%, assim como os juros de mora, a calcular à taxa de 4%, desde o momento da citação. O Réu (mutuário) contesta invocando a nulidade do contrato, por falta de forma e, conseqüentemente, a compensação da quantia de 33.170,20 € que já havia sido paga a título de juros, nos termos do artigo 847º do CC. Na réplica a Autora (mutuante) rebateu as pretensões do mutuário, invocando ainda o abuso de direito, por este ter criado a expectativa do cumprimento do contrato até final.

13. Os ilustres Juízes Conselheiros assentam a eclética decisão na distinção de duas realidades: por um lado, rejeita-se a invocação da compensação (847º do CC) das quantias já desembolsadas a título de juros (33.170,20 €), alegando que uma decisão contrária seria manifestamente abusiva, nos termos do artigo 334º do CC; e, por outro lado, consideram inexigível o montante de 1.330, 13 €, entendendo-se que «o comportamento do R. [aquando do incumprimento] deixou de gerar na A. aquela confiança que antes lhe gerara com o pagamento das prestações», confiança essa essencial para a constituição de uma situação de *venire contra factum proprium*, relembrando, outrossim, a doutrina que defende a inaplicabilidade do instituto do enriquecimento sem causa às causas da invalidade.

DA TEORIA DAS INVALIDADES:

14. É pacífica, na doutrina portuguesa, a integração das figuras da nulidade e da anulabilidade no instituto mais amplo das invalidades¹⁶. Bem se compreende esta sistematização, atendendo ao tratamento próximo concedido pelo Código Civil a estas duas figuras¹⁷. Efetivamente, o n.º 1 do artigo 289º trata conjuntamente os efeitos da

mora desde a citação da acção em que o credor peça a devolução do dinheiro decorrente da nulidade por falta de forma. / 4. Sendo o contrato de empréstimo um contrato real quod constitutionem que se consuma com a entrega do dinheiro, este é logo usado pelo devedor que o não mantém para dele tirar rendimento, não podendo aqui ser contabilizada a sua disponibilidade, como acontece com a utilização do arrendado por o respectivo contrato ter sido declarado nulo por falta de forma e o arrendatário o continue a utilizar sem título»

¹⁶ Já não é tão consensual, contudo, a qualificação da problemática em si mesmo considerada. Por exemplo, autores como Castro Mendes e Carvalho Fernandes inserem tais questões no "quadro dos valores negativos"

¹⁷ A inexistência jurídica, por sua vez, ainda hoje representa um claro motivo de dissensão entre a doutrina. Sobre este assunto, Carvalho Fernandes, para além de referir a questão prévia da admissibilidade da *existência* de tal figura, dispõe que «após o novo Código Civil, um sector importante da doutrina admite a autonomia da inexistência jurídica; (...). Nem sempre, no reconhecimento da

declaração de nulidade e da anulação, estatuidando que «tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo¹⁸, e devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente». A doutrina portuguesa procura destringir as figuras realçando os seus efeitos próprios: se, por um lado, «o negócio *nulo* não produz, desde o início (*ab initio*), por força da falta ou vício de um elemento interno ou formativo, os efeitos a que tendia»¹⁹, «o negócio *anulável*, não obstante a falta ou vício de um elemento interno ou formativo, produz os seus efeitos e é tratado como válido, enquanto não for julgada procedente uma acção de anulação (...)»^{20 21}.

15. A conceção tradicional da insusceptibilidade de produção de efeitos nos contratos fulminados pela nulidade tem vindo a ser gradualmente contestada por vários pensadores, tanto a nível nacional, como a nível europeu. Os autores²² que põem em crise este efeito jurídico valorizam a realidade fáctica existente: na verdade, «o negócio inválido existe e cria a aparência de uma normalidade jurídica que, na verdade, não se verifica»²³. De facto, a configuração da nulidade conforme está esboçada no Código

autonomia da inexistência jurídica, a doutrina converge quanto ao seu sentido em relação à invalidade. Assim, há quem a coloque como um *tertium genus* ao lado da nulidade e da anulabilidade (Paulo Cunha, Castro Mendes, Mota Pinto) e quem a destaque da invalidade, como entendemos ser a posição adequada (Rui de Alarcão e Oliveira Ascensão)», in Luís A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, Universidade Católica Editora, Lisboa, 5ª edição, 2010, pág. 455.

¹⁸ João de CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1995, págs. 440 e 441, atendendo ao *modus operandi* da nulidade escreve que «a declaração de nulidade tem efeito retroactivo só em sentido extremamente impróprio». Na continuação dessa teoria, dispõe que «a declaração de nulidade nada acrescenta materialmente a esse estado de coisas, nada muda. Não tem qualquer efeito jurídico (retroactivo ou não), mas só possivelmente efeitos práticos ou psicológicos. / A disposição do art. 289.º, neste ponto, só quer dizer que os actos praticados à sombra dum negócio nulo, nulos são também, e designadamente que a pessoa que recebeu algo por negócio nulo, o deve restituir»

¹⁹ Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 3ª Edição, 2005, pág. 619

²⁰ MOTA PINTO, *Teoria...*, ob. cit., *passim*

²¹ No mesmo sentido, veja-se nomeadamente Castro Mendes (CASTRO MENDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., pág. 435)

²² Veja-se, a título exemplificativo, Hörster (Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 589) e Menezes Cordeiro, (João Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Vol. I, Almedina, Coimbra, 3ª Edição, 2005, pág. 873)

²³ EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral...*, ob. cit., pág. 589. De acordo com as ilações do autor, o negócio nulo é suscetível de produzir alguns efeitos jurídicos laterais, devendo-se a mesma não vontade das partes, mas à imposição da lei: «(...) as consequências da invalidade são, no caso da nulidade, a não produção dos efeitos jurídicos volitivos ou pretendidos desde o início, podendo verificar-se, porém, efeitos laterais de natureza negocial por força da lei, (...)», EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral...*, ob. cit., *ibis ibidem*. Esta posição é, como se verá, diferente da preconizada por Menezes Cordeiro, *vide* nota 23.

Civil²⁴ pode ser, em alguns casos, uma pura ficção, sem qualquer ponto de contacto com a realidade, pelo que nada impede, por exemplo, que as partes contornem a invalidade que debilita o contrato e cumpram as suas prestações. Menezes Cordeiro, a este propósito, destaca pertinentemente que «(...) devemos estar prevenidos para o facto de eles dependerem [os efeitos], primacialmente, da vontade das partes. (...) Mas ela [a vontade das partes] condiciona, também, os próprios deveres de restituição, resultantes, no essencial, da conformação do contrato vinculado»²⁵.

16. O Acórdão STJ 27/05/2010 espelha as dificuldades práticas e jurídicas que normalmente enformam os litígios onde se discute a nulidade dos contratos. Efetivamente, naquele, e não obstante o incumprimento do formalidade que se impunha verificar, o contrato (mútuo oneroso) produziu os seus efeitos práticos (por vontade das partes) durante um período de tempo relativamente alargado, ou, pelo menos, *suficientemente* alargado para criar expectativas juridicamente atendíveis. O ilustre tribunal, perante a súbita inadimplência e invocação, por parte do devedor (mutuário), da nulidade para não só se eximir ao pagamento dos juros à taxa acordada, mas também para fundamentar a compensação, nos termos do artigo 847º do CC, dos juros remuneratórios já desembolsados, proferiu uma decisão, dir-se-ia, salomónica. A nulidade acabaria por ser declarada. Contudo, seria declarada, como se verá, *cum grano salis*. Se é indubitável que o contrato carecia do requisito formal imperativamente imposto, inquestionável é, outrossim, que uma das partes sairia incompreensivelmente prejudicada. Consequentemente, se se inferiu que seria manifestamente abusivo (nos termos do artigo 334º do CC) a restituição (ao mutuário) dos juros remuneratórios já desembolsados (os 33.170,20 €), o mesmo não se pôde dizer dos juros que se venceram mas que não foram pagos (portanto, os 1.330, 13 €)²⁶.

17. O que se procura evidenciar com a exposição dos factos deste caso concreto é que pode haver, pontualmente, algumas situações em que os efeitos tradicionais da declaração de nulidade podem resultar em soluções insatisfatórias. Mas somos obrigados a reconhecer que o recurso ao «efeito retroactivo» e a conseqüente restituição «de tudo o que tiver sido prestado», é, na esmagadora maioria dos casos, um expediente

²⁴ Vide §14

²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. I, ob. cit., pág. 873.

²⁶ Uma vez que, relembre-se, «o comportamento do R. deixou de gerar na A. aquela confiança que antes lhe gerara com o pagamento das prestações»

suficientemente eficaz. Mas não se pode deixar de sufragar os desígnios de alguns autores que relevam o teor "dirigido" do regime da nulidade e da anulabilidade - a estrutura de tais institutos parece ter sido erigida com base num contrato, a compra e venda²⁷. A restituição das prestações numa venda nula será, à partida, linear. Não se pode, contudo, ignorar que cada contrato tem estruturas ou finalidades próprias²⁸, o que pode originar algumas incompatibilidades e deixar alguns espaços a descoberto. O contrato de mútuo não será exceção.

18. Associada à declaração de nulidade está o «efeito retroativo» e a restituição de «tudo o que tiver sido prestado». Estas consequências estão previstas no artigo 289º, número 1, e surgem como paliativos encarregados de corrigir os contratos viciados²⁹. A singeleza da construção da retroatividade e os correspondentes efeitos como o estandarte da coerência do sistema jurídico³⁰ - e, ademais, revela-se a consequência lógica de uma realidade jurídica que, *lato sensu*, nunca existiu. Sabe-se qual é a *ratio* que preside ao mecanismo da retroatividade - se o contrato é inválido, deve-se colocar as partes na posição que estariam antes da sua celebração³¹, isto é, repor as partes no *status quo ante*.

19. Sucede que, com a reposição do *status quo ante*, vem acoplado o carácter automático da restituição das prestações ao abrigo da declaração de nulidade, a qual, segundo cremos, é a consequência que mais dificuldades suscita aquando da conciliação dos interesses das partes no tipo de ações em apreço. É a consciência dessa

²⁷ A doutrina portuguesa é unânime nesta ilação, como se constata com Júlio Gomes (JÚLIO Manuel Vieira GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Universidade Católica Portuguesa, Coimbra, 1998, pág. 640): «Temos vindo a aludir, a título de exemplo, a contratos de compra e venda; não se tratou de uma opção inocente pois que o regime prescrito na nossa lei, para os efeitos da declaração da nulidade e da anulação, parece ter tomado como paradigma este tipo contratual», ou mesmo com Clara Sottomayor, (Maria CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo - A Protecção do 3º Adquirente de Boa Fé*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 286 e 287): «O Código Civil de 1966 adoptou a terminologia do BGB, distinguindo entre nulidade e anulabilidade e definindo conjuntamente, no art. 289.º, os efeitos destas figuras, como retroactivos, parecendo pensar, exclusivamente, nos contratos de compra e venda»

²⁸ Importa, nesta sede, antecipar a noção de causa da obrigação. Parafrazeando Antunes Varela, a causa da obrigação é «o fim típico do negócio em que se integra», pelo que «quando esse fim falha por qualquer razão, as obrigações resultantes do negócio ficam sem causa», ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, ob. cit., pág. 484

²⁹ O adensar do caso concreto pode contudo evidenciar a urgência de uma efetiva «teoria geral das restituições» (CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez...*, ob. cit., pág. 295)

³⁰ Assim, CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez...*, ob. cit., pág. 284

³¹ Se bem que se acompanha JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 572, quando pertinentemente afirma que «o primeiro paradoxo, para alguns autores, surge já aqui: por um lado, importa ignorar o negócio porque inválido, mas, por outro lado, só a sua interpretação é que nos pode esclarecer quanto à prestação a restituir».

insensibilidade, indissociável daquela decorrência, que leva os juristas a procurar novas construções e novos expedientes que permitam evitar os efeitos indesejados do regime da nulidade. Analisaremos, a seu tempo³², alguns dos meios que têm sido desenvolvidos, jurisprudencial e doutrinariamente. Mas, neste momento, manter-nos-emos nas ideias e estrutura do presente capítulo, em ordem a apontar, por fim, à temática que reputamos ser-lhe referente de uma forma mais direta.

20. Impunha-se, destarte, a mudança de paradigma relativamente à faceta da “automaticidade” da retroatividade. Atenta a estas questões, a doutrina desenvolveu, exemplificativamente, a denominada “jurisprudência de interesses”³³ (e, posteriormente, “jurisprudência de valores”³⁴), a qual contribuiu para a compreensão da nulidade (e retroatividade) como um valor, ou, paralelamente, passou a visualizar a retroatividade como um processo de liquidação. A retroatividade e seus propósitos deverão ser encarados, na esteira de alguns autores portugueses, como encerrando «um valor que contém uma ideia de reintegração patrimonial ou de reposição das partes na situação patrimonial em que estariam se o contrato não tivesse sido executado e cuja realização tem em conta a realidade material e económica verificada no período intermédio entre a conclusão do contrato e a data da sentença de anulação ou declaração de nulidade»³⁵.

21. Atendendo ao raciocínio que norteia o presente capítulo, julgamos que a intersecção desta exposição com o caso *sub iudice* passa por averiguar se a restituição

³² Vide §22e segs.

³³ Clara Sottomayor, na esteira de Jambu-Merlin, e tendo em linha de conta as várias exceções presentes no Código Civil, resume esta corrente jurisprudencial da seguinte forma: «as limitações à retroactividade explicam-se por força de elementos subjectivos, ligados à noção de boa fé ou má fé, e de elementos objectivos, como o respeito pela estabilidade das situações jurídicas e das atribuições patrimoniais, pois o apagamento dos efeitos jurídicos produzidos pode provocar, para as partes ou para terceiros, modificações imprevisíveis, sendo lícito ao julgador restringir ou estender, conforme o fim prosseguido, o campo da retroactividade. / A jurisprudência de interesses iniciou um processo de rompimento com os sistemas rígidos da jurisprudência de conceitos, e questionou a justeza dos seus resultados, provenientes de uma dedução lógico-formal», CLARA SOTTOMA YOR, *Invalidade...*, ob. cit., pág. 289

³⁴ CLARA SOTTOMA YOR, *Invalidade...*, ob. cit., *ibis* ibidem, define esta doutrina da seguinte forma: «Esta visa analisar os problemas jurídicos a partir de situações de conflito e reconhece que os conceitos jurídicos se formam com base em valores, resolvendo-se um determinado conflito de interesses, através da ponderação de valores encontrados na ordem jurídica, valores estes que são, primordialmente, o catálogo de valores plasmados na Constituição (ético-personalismo), os quais se aprofundaram na consciência jurídica geral, por força da experiência da Segunda Guerra Mundial. Em vez de uma lógica formal, colocam-se, agora, no centro do tratamento das questões jurídicas, valores e ordens de sentido, sucedendo a um sistema axiomático rígido um “sistema aberto”, susceptível de exame crítico, de transformação e de complementação»

³⁵ Maria CLARA SOTTOMA YOR, “A Obrigação de Restituir o Preço e o Princípio do Nominalismo das Obrigações Pecuniárias, a Propósito do Acórdão do STJ de 11 de Março de 1999”, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 575

da obrigação principal (os 49.879,78 €) deverá sair incólume, sem oscilações do ponto de vista patrimonial ou se, *a contrario*, terá que ser alvo de correções, de forma a se encontrar a tão almejada solução equitativa. Antecipando, contudo, o desenlace quanto a este vértice, crê-se que a obrigação principal deve ser cabalmente restituída, sem quaisquer interferências – entendimento, veja-se, também sufragado pelos colendos Juízes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça. No caso de nulidade do contrato, seja pelo estatuído no artigo 289º, nº 1 do CC³⁶, seja mesmo pelo princípio nominalista, presente no artigo 550º do CC, cremos, sob pena de superficialismo científico, que não se deve atualizar a dívida principal. Mas – realce-se – afirmamos isto por desconhecer o estado subjetivo do mutuário, uma vez que seria excessivo sujeitá-lo à atualização dos valores quando nada concorre, exemplificativamente, para a conclusão de uma eventual má fé por parte deste. E nem se falará no caso do mutuante – se seria *excessivo* onerar (injustificadamente) o mutuário, o argumento *a fortiori* torna *inqualificável* a situação que se constituiria se o mutuante fosse desapossado da restituição da obrigação principal. A ponderação da boa fé dos contraentes enforma o regime das restituições (1269º e seguintes do CC, aplicável *ex vi* 289º, nº 3 do CC), pelo que a inexistência de dolo por parte do mutuário não pode ser sem mais ignorada. *In concreto*, no que às menos-valias concerne, não se pode exigir a responsabilização do mutuário (nem sequer *de iure condendo*) numa solução alheia ao seu estado subjetivo³⁷. Não caberá na economia da presente dissertação tecer considerações sobre as matérias que aqui confluam³⁸.

DO ABUSO DE DIREITO E DA TEORIA DA CONFIANÇA:

22. O abuso de direito tem servido, com alguma regularidade, como fundamentação de decisões *contra legem*, mas mais moderadas do que aquelas que se alcançaria com a simples aplicação das disposições legais atinentes à nulidade. Dada a pertinência de figuras como o *venire contra factum proprium* e as inalegabilidades formais no panorama jurisprudencial português, quando o que está em causa é um contrato nulo por

³⁶ Principalmente na parte do «devendo ser restituído tudo quanto tiver sido prestado», e na consideração de que a *ratio* da nulidade é repór as partes no *status quo ante*

³⁷ Para uma abordagem adequada desta hipótese, era necessário dissecar outras temáticas, sendo o principal, sem dúvida, o alcance do princípio nominalista, estatuído no artigo 550º do CC. Por exiguidade de espaço, não iremos tomar uma posição concreta quanto a este assunto.

³⁸ Quanto à pertinência da boa fé para a atualização das quantias mutuadas, veja-se CLARA SOTTOMA YOR, *A Obrigação...*, ob. cit., pág. 585 e segs.

falta de forma – e o Acórdão sob análise não é exceção –, importa mencionar algumas características dos seus regimes jurídicos.

23. Remoto vai o tempo em que o instituto do abuso de direito era encarado com desconfiança. Pertencendo a sua autoria ao jurista belga LAURENT³⁹, a criação da figura teve como objetivo de agregar os casos em que o tribunal, não obstante reconhecer o direito do réu, condena o mesmo por irregularidades no exercício do mesmo^{40 41}. Curiosamente, o conceito foi inicialmente criado em França, no século XIX, ou seja, num ordenamento jurídico que não continha qualquer manifestação direta do instituto⁴².

24. Os pandectistas alemães do século XIX não procuraram desenvolver uma ideia de abuso de direito semelhante à francesa. Outrossim, almejou-se afinar o fenómeno, inicialmente, através do recurso às figuras da *exceptio doli* e da *chicana*⁴³. Curiosamente, a dificuldade do tratamento científico do tema levou ao agrupamento, sob o estandarte do mesmo instituto, de casos típicos unanimemente considerados abusivos⁴⁴.

³⁹ Assim, António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983, pág. 672

⁴⁰ Bem assim, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 671

⁴¹ Os antecedentes históricos do abuso de direito não são claros, instalando-se a discordância entre a doutrina. A título exemplificativo, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 676 e 677, rejeita a tese que vê na proibição dos atos *ad aemulationem*, na *exceptio doli* ou na regulação das relações de vizinhança como seus ascendentes doutrinários; por sua vez, Coutinho de Abreu tem uma leitura diferente (Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 15 e segs.); e ainda Baptista Machado (João BAPTISTA MACHADO, “*Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*”, in “*Obras Dispersas*”, Vol. I, pág. 384) afirma que «as origens históricas do princípio remontam a tempos recuados, podendo dizer-se que o mesmo obteve uma certa expressão do Direito Romano através da figura da *exceptio doli generalis (dolus praesens)*»

⁴² Assim entende a doutrina, como se pode ver, entre todos, Menezes Cordeiro: «o Código NAPOLEÃO não referia a emulação, os actos abusivos ou qualquer outra manifestação directa do instituto em análise. Não valem como tal nem a presença de certos limites legais ao exercício de direitos, nem a cláusula geral de responsabilidade civil, presente no artigo 1382.º do referido Código», in MENEZES CORDEIRO *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Vol. V, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 250 e 251

⁴³ A conceção desta figura no artigo § 226 do BGB é a seguinte: «o exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem». Ora, assim configurada, a figura da *chicana* fica bastante debilitada: a locução «só possa ter» trunca o alcance do seu braço, uma vez que não é inconcebível (de todo) que um comportamento possa ter mais do que um escopo. No mesmo sentido, vide MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 690

⁴⁴ Como escreve MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 694, «Não ocorreu a um aprofundar da doutrina, em termos centrais, isto é, processados a partir e em torno do próprio conceito de abuso. Assistiu-se, antes, a uma sedimentação jurisprudencial e, até, doutrinária, de situações tipicamente abusivas»

25. Não é objetivo da presente tese proceder a um tratamento dogmático e extensivo de todas as facetas do abuso de direito, uma vez que estamos vinculados a um determinado tema⁴⁵. O *venire contra factum proprium* e as inalegabilidades formais, estes sim, serão alvo de um estudo mais detido. Analisaremos, inicialmente, aquela primeira figura, para, de seguida, se sedimentarem as bases da abordagem do tema das inalegabilidades formais, cujas especificidades carecem de uma análise em sede própria.

26. A conduta contraditória (isto é, *venire contra factum proprium*, *vir contra o facto próprio*, o que significa, em termos latos, contradizer o seu próprio comportamento) desde sempre foi encarada com reservas por parte dos juristas, não obstante as reconhecidas dificuldades e fragilidades, do ponto de vista jurídico-científico, das teorias que invocam a sua rejeição. Prova irrefutável disso mesmo é que até nos ordenamentos jurídicos onde vigorava o princípio do livre exercício dos direitos (*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*) já se bloqueavam alguns comportamentos⁴⁶. Apesar destas pontuais referências históricas, não se pode propriamente dizer que houvesse uma regra geral que propugnasse, de forma clara, uma proibição de *venire*.

27. A estruturação do *venire contra factum proprium* permite albergar um conjunto de hipóteses geneticamente diversas. Efetivamente, em foco estão duas condutas, espaçadas no tempo e lícitas⁴⁷ em si quando individualmente consideradas, mas que se encontram numa posição antagónica quando analisadas conjuntamente – a “ilicitude” da segunda conduta advém precisamente desta relação de oposição. Desta forma, o juízo de *venire* apenas pode ser formulado numa fase posterior, «no termo e como resultado de uma comparação de condutas que se sucederam mas que não são harmónicas entre si». Por fim, deve-se prescindir da culpa como móbil deste instituto⁴⁸.

⁴⁵ Sendo este, em termos latos, o bloqueamento dos efeitos jurídicos da nulidade

⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 276, aponta as situações em que seria negado ao *pater familias* a faculdade de iniciar um processo de estado alegando que não tinha emancipado validamente a filha perante testemunhas, após a sua morte.

⁴⁷ Carneiro da Frada precisa a licitude do ato de uma forma que merece aplauso: «de facto, *per se* tomada, a conduta ulterior do sujeito apresenta-se necessariamente como lícita e conforme com a ordem jurídica. Caso contrário, ela apenas traduziria uma situação vulgar de falta de direito ou de desrespeito de uma vinculação que comprimiria a esfera de liberdade do sujeito», Manuel António de Castro Portugal CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 410

⁴⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., *passim*, rematando ainda da seguinte forma «ora, não vislumbramos nenhum obstáculo decisivo a que a tutela da confiança não possa conduzir a uma *responsabilidade objectiva, independente de culpa e de qualquer juízo de desconformidade da conduta com a ordem pública*», *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 422. No mesmo sentido escreve Baptista

28. Não obstante ser de reter esta definição linear do *venire*, uma vez que, em bom rigor, representa uma dissecação dos seus elementos verdadeiramente próprios, é imperativo adensar alguns pontos – porque, uma noção assim tão abstrata, sem quaisquer outras precisões, dotaria a figura de uma extensão e inflexibilidade tais que conduziria à inadmissibilidade jurídica de todas as condutas contraditórias. Por aqui começa a primeira e mais importante correção a fazer: inexistente «uma proibição genérica de contradição»⁴⁹, apenas se rejeitando o comportamento contraditório em *ultima ratio*⁵⁰; e, «como princípio, a ordem jurídica apenas reclama dos sujeitos que respeitem os próprios compromissos e não lesem os bens dos demais. Observados estes limites, há liberdade de comportamento»⁵¹.

29. A especificidade das inalegabilidades formais⁵² relativamente à figura do *venire* é que, aqui, o que está em causa é o prevalecimento de uma nulidade, oriunda da falta de forma do contrato. De resto, os casos-arquétipo são semelhantes aos do *venire* – «o agente convence a contraparte a concluir um negócio nulo por falta de forma, prevalece-se dele e, depois, vem alegar a nulidade»⁵³.

30. Segundo cremos, neste momento já se começa a perceber o porquê de o tribunal se ter valido da doutrina do *venire* na decisão do Acórdão STJ 27/05/2010. De facto, quando abstratamente considerada, da simples invocação da nulidade não se pode

Machado, uma vez que «não se exige, obviamente, que o responsável pela confiança tenha agido com culpa ao adoptar a conduta que criou a confiança. Tanto mais que esta conduta nada terá de ilícito. Ilícita ou ilegítima apenas seria, mais tarde, a tentativa de escapar à vinculação (ou autovinculação) ligada àquela primeira conduta (...)», BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 415

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 750. Completa a ideia o autor em *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 290, da seguinte forma: «mantém-se, básica, a regra oposta de que falta, nas ordens jurídicas, um princípio firme de não contradição, enquanto que, em certos casos, afloram outros vectores que não o da confiança. A existência de princípios contraditórios – neste caso: proibição de *venire contra factum proprium* e permissão de contraditoriedade – não deve confundir: é conquista da Ciência do Direito moderna a possibilidade de oposições deste tipo, sem ruptura com o sistema e sem quebra de validade para nenhum dos princípios em presença. Fica em aberto a oportunidade da sua aplicação, em cada caso concreto»

⁵⁰ Bem assim, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 750

⁵¹ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 421. O autor acrescenta ainda, num raciocínio que será *infra* desenvolvido, que «(...) não existe nenhum dever de corresponder à confiança alheia com alcance geral», *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 428

⁵² Para um epítome das várias posições doutrinárias, vide Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *Superação Judicial das Invalidades Formais nos Negócios Jurídico-Privados*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 313 a 338, ou, para demonstrar o alinhamento doutrinário e jurisprudencial mais recente, vide CLARA SOTTOMA YOR, *Invalidade...*, ob. cit., págs. 776 e seguintes.

⁵³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 299

formular qualquer juízo de “ilicitude”. Muito pelo contrário: é, inclusivamente, um direito que assiste às partes. Mas a conjuntura em que a mesma se insere não pode ser ignorada, não sendo estranho que, pontualmente, quando visualizada no seu conjunto, a invocação da nulidade possa produzir danos injustificados na esfera jurídica dos contraentes.

31. Resumidos os contornos gerais destas duas figuras, torna-se claro que a volatilidade é uma característica comum, ou não fossem institutos praticamente sucedâneos um do outro. A averiguação do comportamento contraditório e da invocação de nulidade inadmissíveis fica dependente de um conjunto de fatores demasiado imprevisíveis, entre os quais se destaca a intrínseca carga subjetiva. Precisar e fundamentar jurídico-cientificamente as figuras (a qual passa por uma restrição dos respetivos campos de aplicação) é algo que obrigatoriamente se impõe, dado o caráter *excepcional* dos institutos. Expõe-se, de seguida, as mais salientes doutrinas.

32. Começando pelo *venire contra factum proprium*, é comumente aceite pela doutrina e jurisprudência que este é uma aplicação do princípio da boa fé. Cremos que tal juízo está correto; correto, mas demasiado impreciso e poroso, padecendo de incompletude. Com efeito, o princípio da boa fé é transversal a todo o direito civil, sendo que a mera recondução do *venire* ao mesmo, sem quaisquer outras concretizações, peca pela insuficiência⁵⁴. O que está em causa, outrossim, é a crença legitimamente depositada na contraparte de que não irá atuar contrariamente às suas expectativas. Tutela-se, em suma, a *confiança*.

33. A substituição do conceito “boa fé” pelo conceito “confiança” não é, como parafraseia Menezes Cordeiro, «trocar uma fórmula vazia por outra similar»⁵⁵. Com efeito, a confiança constitui um parâmetro mais exato, tutelando juridicamente (e, conseqüentemente, proibindo comportamentos contraditórios) apenas os comportamentos suscetíveis de gerar a confiança das pessoas: configura-se, portanto, como um limiar e um limite jurídicos para as condutas admissíveis. Mas reitere-se, mais uma vez, o princípio que nunca se deve perder de vista: a admissibilidade jurídica do comportamento contraditório é, esta sim, a regra geral, dependendo das particularidades

⁵⁴ Bem assim, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 753

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 290

do caso concreto a constatação da conduta ilegítima. Por fim, alicerçam-se os seguidores desta doutrina, maioritariamente, no já enunciado artigo 334º do Código Civil.

34. Na busca da concretização e averiguação da confiança, alguns autores socorrem-se de quadros de proposições⁵⁶, que facilitam a tarefa dos juristas e clarificam as situações abusivas, sendo o ponto sensível de todo o *venire* a deteção da situação de confiança⁵⁷. Para isso, é imprescindível a adesão do confiante ao facto gerador da confiança (emergindo, assim, a faceta *subjetiva* do *venire*), assentando o planeamento da sua vida em torno dessa mesma crença.

35. No que aos factos do Acórdão STJ 27/05/2010 concerne, é razoável afirmar que o mutuante teve motivos para *confiar* que contra ele não seria invocada a nulidade, dado o conjunto de comportamentos do mutuário, o qual, durante um largo período de tempo, cumpriu com as suas “obrigações”. O critério da confiança tem que presidir sempre, portanto, todos os juízos em torno das condutas inadmissíveis.

36. A peculiaridade⁵⁸ das inalegabilidades formais, conforme já se referiu, passa pelo bloqueamento⁵⁹ da invocação de uma nulidade, oriunda do desacatamento das exigências de forma. Isto, *per se*, levanta problemas singulares. A primeira – e indubitavelmente mais sonante – particularidade é mesmo a de que as normas que estatuem a forma são «normas plenas»⁶⁰, ou, no mínimo e na hipótese de não se subscrever tal leitura, ter-se-á que admitir que «as normas relativas à forma não têm fins claros»⁶¹. Mas outras condicionantes concorrem para toda a conjuntura: não se pode ignorar, desta feita, os deveres de informação e indagação que impendem sobre os

⁵⁶ Para se conhecer o conjunto de pressupostos de Menezes Cordeiro, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 292 e 293. Já Baptista Machado propõe outro conjunto de proposições, como se verá *infra*, no parágrafo 53

⁵⁷ Também assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 293

⁵⁸ A complexidade da problemática reflete-se cristalinamente nas posições de alguns autores. Veja-se Menezes Cordeiro: se num primeiro momento se pronuncia pela inadmissibilidade de tal figura (*in Boa Fé...*, ob. cit., pág. 795), posteriormente veio a moderar tal posição, como se pode ver no artigo “*Contrato-Promessa – Artigo 410.º n.º 3, do Código Civil – Abuso de Direito – Inalegabilidade Formal, Acórdão Do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1998*”, *ROA*, Ano 58, Julho 1998, pág. 941, culminando esta temperamento na admissibilidade cabal da figura, em “*Tratado...*”, pág. 311

⁵⁹ Se bem que esta não tem que ser obrigatoriamente a única solução ao problema, como se verá *infra*. Não se rejeita a hipótese de, nomeadamente, se ministrar uma indemnização por via da frustração das expectativas

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 308

⁶¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., *passim*

contratantes⁶², e muito menos se pode desacatar, sem justificação, as disposições legais estatuídas.

37. Com efeito, quanto a este último aspeto, sobressai o artigo 286º do Código Civil e a sua respetiva redação⁶³. Numa primeira análise, pareceria que todas as pretensões de bloqueamento de uma nulidade formal estariam destinadas ao fracasso, na medida em que o tribunal estaria vinculado a declarar a nulidade quando com esta confrontado. Mas o que esta norma pretende evidenciar, na esteira de alguns autores, é que, de facto, o problema reside na aplicação ou das disposições que prescrevem a forma ou da norma que consagra a nulidade⁶⁴.

38. Conhecido é que, no Código Civil de Vaz Serra, os negócios, salvo disposição legal oposta, não carecem de forma especial para serem válidos, dispondo o artigo 219º do Código Civil que «a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir». Em termos da validade dos contratos, a consensualidade foi portanto escolhida como o princípio primacial, enunciando-se por exceção os casos (artigo 220º do Código Civil, «a declaração negocial que careça de forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei») em que é legalmente exigida forma.

39. A *ratio* que subjaz às prescrições de forma não é, de forma alguma, facilmente perceptível, apontando-se comumente a reflexão das partes, a facilidade de prova e a publicidade do negócio como sendo as justificações verosímeis. Mais do que apreciar a legitimidade de tais exegeses, importa sublinhar que, atualmente, algumas implicações da exigência de forma encontram-se em crise, muito por culpa da inadequação da sanção prescrita nestes casos, como se viu *supra*.

⁶² Até porque, como nos traz Carneiro da Frada, «(...) a observância da forma negocial impõe-se por igual a ambas as partes. (...) e que as consequências desse mesmo desconhecimento, ainda que bilateral, não devam onerar em termos diferentes os sujeitos; sobretudo sendo de esperar de um deles um correcto esclarecimento dos requisitos legais de forma ou o providenciar pelo seu acatamento», CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 732

⁶³ Sob a epígrafe “Nulidade”, este artigo dispõe que «a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal»

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 307, ou então BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 392

40. É uma premissa assente que toda a ação jurídica relevante carece de uma exteriorização – e essa exteriorização é a forma. Os negócios jurídicos carecem do reconhecimento da vontade do autor pelas outras pessoas, em ordem aos mesmos se tornarem juridicamente atendíveis⁶⁵. É nesta conjuntura que Pais de Vasconcelos indica que «a forma é, assim, o modo como a acção juridicamente relevante, o acto ou o negócio jurídico, se insere, neste âmbito social de relação interpessoal, o modo como surge e se exterioriza no mundo e na vida»⁶⁶. A forma pode servir dois propósitos distintos: ou pode ter como objetivo a demonstração da prática do negócio (forma *ad probationem*), ou então surge como requisito de validade do contrato (forma *ad substantiam*). Releve-se que apenas neste último caso é que a preterição da forma implica a nulidade do negócio⁶⁷.

41. O rigor dos efeitos da inobservância da forma (quando representa um requisito *ad substantiam*) impressionou desde sempre os juristas, mesmo quando se abordava a questão fora dos quadros do abuso de direito. Para nomear alguns, Mota Pinto afirmou que «tal consideração não exige, porém, que as regras devam ser consideradas um «jus strictum», indefectivelmente aplicado, sem qualquer subordinação a um princípio supremo do direito, verdadeira exigência fundamental de «jurídico», como é o do artigo 334º (abuso do direito). O intérprete, desde que legalmente aceite como boa e valiosa para o comum dos casos a norma que prescreve a nulidade dos negócios feridos de vício de forma, está legitimado para, nos casos excepcionalíssimos do artigo 334º, afastar a sua aplicação, tratando a hipótese como se o acto estivesse formalizado. Fora destes casos excepcionalíssimos, se uma das partes actuou com má fé nas negociações, o negócio é nulo, mas surgirá uma indemnização por força do artigo 227º»⁶⁸.

42. Já se teve oportunidade de conhecer *supra* as justificações para as exigências de forma (recapitulando, a reflexão das partes, o reforço da segurança do negócio e a

⁶⁵ É de referir os ensinamentos eloquentes de Oliveira Ascensão. A este propósito, numa singeleza louvável, escreve o seguinte: «não há acto sem forma. Se o consentimento foi dado pelo levantamento do polegar, a forma será esta. Não podemos confundir a forma com exigências especiais, como as que conduzem à forma documental. Forma há sempre. O modo ou maneira de exteriorizar é a forma», José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª edição, 2003, pág. 58

⁶⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Superação...*, ob. cit., pág. 313

⁶⁷ Neste sentido, veja-se exemplificativamente, Pais de Vasconcelos (PAIS DE VASCONCELOS, *Superação...*, ob. cit., pág. 320)

⁶⁸ MOTA PINTO, *Teoria...*, ob. cit., págs. 437 e segs.

facilitação da prova). Mas, questiona-se, serão estas justificações suficientemente convincentes? As exigências de forma alcançam coerentemente e em todas as circunstâncias os seus objetivos, ou, *a contrario* e não obstante a generosidade da doutrina, obstaculizam as cordiais interações humanas, causando nestas um efeito nefasto? Entre as vozes que se erguem contra a bondade das exigências de forma encontra-se Oliveira Ascensão. Imbuído nas mesmas preocupações, e após aditar uma quarta razão às imposições de forma – «o propósito da lei dificultar certos negócios a que é desfavorável, mas que não vai até ao ponto de proibir»⁶⁹, o autor acusa os formalismos legais de “juncar de burocracia o mundo do Direito e portanto a ser fomentada por aqueles que vivem da burocracia»⁷⁰ e de «postergar a vontade das partes, em vez de a favorecer: ou porque surpreendidas por uma exigência formal com que não contavam, ou porque vencidas por uma burocracia que não ousam afrontar»⁷¹. E, mesmo reconhecendo o jurista que «o Direito tem evoluído para uma redução progressiva das exigências de forma»⁷², conclui, por fim, que «as regras sobre a forma não são regras inteligentes»⁷³, e que as «as justificações da forma são meramente abstractas, mas não se integram como *ratio* em cada preceito concreto»⁷⁴.

43. Impõe-se, após esta exposição, tomar uma posição quanto à pertinência das exigências de forma. É claro que, por vezes, estas injunções podem gerar problemas para os contratantes, sendo exemplo disso mesmo o Acórdão STJ de 27/05/2010. Mas nem por isso se pode negar que, na esmagadora maioria dos casos, a solenidade legalmente imposta tem benefícios únicos. Não é, portanto, no facto de a lei impor uma forma especial a determinados contratos que está a génese do problema, mas sim na insensibilidade da consequência jurídica que se conecta no caso do incumprimento dessas injunções.

44. Passando agora para a fundamentação científica, também em sede das inalegabilidades formais existem autores que se apoiam na doutrina da confiança para bloquear as pretensões da contraparte. Nestas instâncias, a relação do contraente com a

⁶⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., pág. 64

⁷⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., *passim*

⁷¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., *passim*

⁷² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., pág. 65

⁷³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., *passim*

⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., *passim*

nulidade formal⁷⁵, por um lado, e as consequências da nulidade para essa mesma pessoa (sendo imperativo que a nulidade implique sequelas patrimoniais absolutamente devastadoras), por outro, revestem-se de particular relevo. A positivação legal das inalegabilidades formais passa, à semelhança do que sucede no *venire*, pelo art. 334^{o76}, e, eventualmente, pelo art. 762^o, número 2, ambos do Código Civil⁷⁷.

45. Uma outra doutrina que tem vindo a ganhar sequazes, dentro das inalegabilidades formais, é aquela que propugna a redução teleológica das normas que impõem a forma. Resumidamente, pretende-se discernir se o escopo das disposições que estatuem a forma foi alcançado ou não. Não obstante a generosidade da construção, cremos que, como são «normas plenas»⁷⁸, e como também «não têm fins claros»⁷⁹, consequentemente «não admitem redução teleológica»^{80 81}.

46. As particularidades que levam à autonomização da figura das inalegabilidades formais relativamente ao *venire contra pactum proprium* também têm o efeito de dificultar o seu tratamento jurídico-científico. Não se pode negar que, efetivamente, no âmbito do vício de forma é exponencialmente mais complexo justificar uma situação de confiança, atento, por um lado, o conhecimento generalizado da exigência de forma para alguns negócios, e, por outro, a *licitude*, quando abstratamente considerada, da invocação da nulidade. Da experiência portuguesa e da variedade de fundamentações pode-se extrair argumentos e ilações profícuos, pelo que se impõe a explanação de algumas teses.

⁷⁵ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 305. Esta relação do contraente com a nulidade, no entendimento do autor, exige boa fé subjetiva por parte quem fazer valer a inalegabilidade formal, demanda dificultada pelo «conhecimento generalizado que existe da necessidade de forma solene para certos actos», MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., *passim*

⁷⁶ Assim entende Menezes Cordeiro, in MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 307, e Carneiro da Frada, in CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 735, nota 806

⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 307

⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 308

⁷⁹ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., *passim*

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., *passim*

⁸¹ Oliveira Ascensão rejeita igualmente, na senda das suas críticas às exigências de forma, a figura da redução teleológica, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, ob. cit., pág. 65

47. É na conclusão de que «as inalegabilidades formais não podem ser abandonadas ao sentimento ou à deriva linguística dos “casos clamorosamente contrários à Justiça”»⁸² que Menezes Cordeiro, partindo do que já havia recorrido acerca do *venire*⁸³, adita três novas proposições, a saber: «– devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas; nunca, também, os de terceiros de boa fé; / – a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; / – o investimento de confiança apresentar-se-á sensível, sendo dificilmente assegurado por outra via»^{84 85}. Ora, visualizando todos os pilares da construção de Menezes Cordeiro, reconhece-se que a metodologia do preenchimento de proposições contribui para uma maior transparência do instituto, operando quase de forma matemática; julgamos, apenas, ser necessário concretizar um pouco mais o conceito de confiança.

48. Por sua vez, Pais de Vasconcelos parece sugerir uma solução curiosa. Após citar o regime jurídico de alguns contratos (alguns entretanto revogados, como é o caso do art. 7º⁸⁶ do Decreto-Lei nº 312-B/90, de 15 de Outubro, o art. 3º⁸⁷ do Decreto-Lei nº 385/88, de 25 de Outubro, os arts. 4º e 5º⁸⁸ do Decreto-Lei nº 394/88, de 8 de Novembro, e o ainda em vigor art. 87º⁸⁹ do Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março), conclui que os respetivos “remédios” refletem a «modernização superveniente do regime da forma legal»⁹⁰, reforçando o consensualismo e o *favor negotii*. Promove a aplicação analógica,

⁸² MENEZES CORDEIRO, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., pág. 311

⁸³ Vide nota 63

⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte Geral, Vol. V, ob. cit., *passim*

⁸⁵ Realce-se a evolução das ilações do colendo jurista quanto a esta questão. Se, numa fase inicial, como se disse, rejeitou a figura das inalegabilidades formais, a resposta alternativa preconizada para esse conjunto de problemas passava pela atuação da responsabilidade civil. Por esta via, propugna o seguinte: «Tem, então, cabimento o arbitrar de uma indemnização em espécie – art. 562.º e 566.º/1, *a contrario* – que, procurando reconstituir a situação a que se teria chegado se não tivesse havido prevaricação, corresponda, materialmente, ao cumprimento do contrato nulo, mediante a contraprestação acordada, devida agora a título de compensação necessária para evitar enriquecimentos indevidos». Para maiores desenvolvimentos, vide MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, ob. cit., pág. 795 e 796

⁸⁶ Consagrava o nº 4 do art. 7º do Regime de Arrendamento Urbano que «no caso da alínea a) do n.º 2, a falta de escritura pública ou de registo não impede que o contrato se considere validamente celebrado e plenamente eficaz pelo prazo máximo por que o poderia ser sem a exigência de escritura pública e de registo, desde que tenha sido observada a forma escrita»

⁸⁷ Referente ao arrendamento rural, e que cujo nº 3 estatua que «qualquer das partes tem a faculdade de exigir, mediante notificação à outra parte, a redução a escrito do contrato», e nº 4 que «a nulidade do contrato não pode ser invocada pela parte que, após notificação, tenha recusado a sua redução a escrito»

⁸⁸ O art. 4º consagrava que «o contrato de arrendamento florestal e as suas alterações devem constar de documento assinado pelas partes», e o nº 1 do art. 5º que «a falta de forma pode ser suprida por decisão judicial que reconstitua as cláusulas do contrato»

⁸⁹ Consagra o nº 1 do art. 87º CDADC que «o contrato de edição só tem validade quando celebrado por escrito» e o nº 2 que «a nulidade resultante da falta de redução do contrato a escrito presume-se imputável ao editor e só pode ser invocada pelo autor»

⁹⁰ PAIS DE VASCONCELOS, *Superação...*, ob. cit., pág. 320

ex vi artigo 11º do Código Civil, da norma do regime de arrendamento florestal que prevê o suprimento da invalidade formal por decisão judicial, alegando para tal que «as exigências especiais de forma já são em si excepcionais, por serem contrárias ao plano normativo da liberdade de forma e do consensualismo consagrado no artigo 219º. As limitações à exceção, ao reduzirem o seu âmbito de eficácia, apontam no sentido do regime geral da liberdade de forma e não têm, por isso, carácter excepcional. Podem, pois, ser aplicadas analogicamente»⁹¹. Aplauda-se, bem visto o panorama, a inovação de argumentos. Não se subscreve, contudo, pela ideia que lhe subjaz, uma espécie de redundância cíclica das proposições – a “exceção à exceção” (como se da fórmula matemática “negativo do negativo” se tratasse) não implica que aquela se apresente como uma manifestação do regime geral da liberdade de forma.

49. O primeiro estudo sobre a conexão da tutela da confiança e o *venire contra factum proprium* foi da autoria do Professor Baptista Machado⁹². Não se ignora a preponderância da sua investigação para o incremento doutrinal e jurisprudencial portugueses (como é o caso do acórdão sob análise), sendo que muito do trabalho jurídico-científico português sobre os temas assenta nas suas reflexões. Para fundamentar a teoria da confiança, o saudoso Professor parte de uma leitura sociológica e jurídica dos comportamentos e comunicações humanos. Começa por dissecar a função da comunicação humana, afirmando que deve esta ser totalmente alheia uma estratégia perlocutiva, sob pena de instrumentalizar a função “genética” da linguagem – que é, impreterivelmente, o *entendimento* entre os seus intervenientes. O princípio da confiança tem que ser considerado, portanto, uma pedra basilar nos ordenamentos jurídicos⁹³, e «condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens»⁹⁴. Do ponto de vista jurídico, a responsabilidade pela confiança exige indispensavelmente a verificação de dano⁹⁵ ⁹⁶. Essa responsabilidade acarretaria,

⁹¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Superação...*, ob. cit., pág. 321

⁹² BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 345 a 423

⁹³ E dotado de «uma função tão radicalmente originária como o princípio da autonomia privada», BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 383

⁹⁴ BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 352

⁹⁵ BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 365

⁹⁶ O autor concretiza a ideia da seguinte forma: «Na «responsabilidade pela confiança» tratar-se-ia fundamentalmente de ressarcir ou evitar danos. Mas isto não quer dizer que o fundamento da imputação desta responsabilidade não seja, em último termo, a anterior conduta, a anterior «autovinculação» do responsável. De maneira que se, pelo lado do fim visado ou «funcionalmente», a responsabilidade pela confiança se aproxima mais da responsabilidade civil extracontratual, pelo lado do fundamento da imputação ela tem um ténue parentesco com a responsabilidade contratual. Daí que, pelo menos no que

essencialmente, uma de duas consequências: ou se considera exigível o conteúdo que originou a confiança, ou se obriga à indemnização dos danos causados. Quanto às hipóteses específicas de *venire contra factum proprium*, o autor considera que a responsabilidade pela confiança atuará de forma preventiva, «paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória, produziria determinados efeitos»⁹⁷. Como o que está em causa é a imputação da responsabilidade por danos (e não «garantir propriamente a confiança no «compromisso», no sentido de efectivar juridicamente esse compromisso»⁹⁸), as consequências são de natureza legal (“*ex lege*”); ressalve-se, no entanto, que não o seriam «no sentido estrito de consequências prefiguradas e pré-ordenadas pela lei»⁹⁹, mas sim consequências *ex lege* «na medida em que resultam da relevância atribuída pelo direito a certos factos enquanto simples factos»¹⁰⁰.

50. Na abordagem ao *venire contra factum proprium*, Baptista Machado trata conjuntamente as hipóteses em que há a invocação de uma nulidade por falta de forma e os demais casos. Mas isto não significa, de forma alguma, que não tenha sido sensível quanto à especificidade da temática. Dando o exemplo de um contrato de compra e venda, o autor sugere como solução, como primeira via, a indemnização através do instituto da *culpa in contrahendo*, e, na eventualidade de ainda assim se revelar insuficiente, admite a preclusão em casos excepcionais do exercício do direito de invocação da nulidade¹⁰¹. Condensando as suas ilações, sistematiza o *venire*, quando concernente a invalidades formais, igualmente num conjunto de proposições¹⁰². Por fim, conclui que a culpa não é um pressuposto da imputação da responsabilidade pela confiança¹⁰³, numa ideia que subscrevemos.

51. Do estudo minucioso de Baptista Machado pode-se retirar vários proveitos. Com efeito, esta primeira configuração da confiança e do dano como critérios discernentes

respeita à maioria das suas hipóteses, ela apareça designada como uma responsabilidade «quase negocial», BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 366

⁹⁷ BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 370

⁹⁸ BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 371

⁹⁹ BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 375

¹⁰⁰ BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 375

¹⁰¹ Estando em causa portanto não uma responsabilidade *ex contractu*, mas sim uma responsabilidade pela confiança, vide BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 393

¹⁰² Para consultar essa sistematização, vide BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 394

¹⁰³ Para o conceito de imputação, vide BAPTISTA MACHADO, *Tutela...*, ob. cit., pág. 410 a 415

dos casos dignos de apreço jurídico, assim como a cindibilidade da culpa com este tipo de responsabilidade, são ensinamentos a reter e a aprofundar.

52. O princípio da confiança, acoplado aos institutos em apreço, funciona portanto como um instrumento sensível, resultando de forma clara, pelo menos teoricamente, aquilo que merece ser coberto pela supervisão do Direito. É típico da conduta humana subordinar os seus comportamentos e planejar a sua vida de acordo com aquilo que se percebeu do contacto com os outros intervenientes no tráfico jurídico. É isto mesmo que está em causa: é a correspondência e a ligação que poderá existir entre comportamentos anteriores e posteriores; é a tomada de decisões, e o optar em prol e/ou por causa de algo que despertou a confiança – melhor, a *expetativa*. A partir do momento o comportamento contraditório gera *dano*, desaparece o direito de se contradizer. Assim, «não se trata tanto de cobrir com o manto da juridicidade as expectativas de “regularidade” do comportamento humano por esta ser muitas vezes comprovável empiricamente, quanto de dar corpo a valores imprescindíveis na vida de relação que, dotados de uma inegável coloração ética, exprimem no fundo igualmente requisitos de sentido de um agir verdadeiramente humano, isto é dizer também, consciente e responsável»¹⁰⁴.

53. É um facto que o instituto das inalegabilidades formais quando filtrado pelo princípio da confiança atinge um nível de concreção superior do que aquele que se alcança quando se recorre, por exemplo, ao princípio de boa fé. Mas, ainda assim, julgamos que o conceito de confiança pode perder alguma densidade em determinadas hipóteses. Quando se trata de situações clamorosas, é certo que o princípio da confiança se move com facilidade. Mas a verdade é que existem situações verdadeiramente ambíguas (imagine-se o caso de, por exemplo, não ter decorrido um período alargado de tempo entre a celebração e a arguição da nulidade), ficando-se, mais uma vez, na dependência da sensibilidade do julgador.

54. As consequências jurídicas que acompanham o *venire contra factum proprium* e as inalegabilidades formais podem ser da mais variada natureza¹⁰⁵. Carneiro da Frada, por

¹⁰⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 413

¹⁰⁵ A título exemplificativo, Pais de Vasconcelos admite três hipóteses de solução: o reconhecimento de um dever de formalização emergente da relação jurídica existente e vigente entre as partes; o bloqueio da

exemplo, sugere a «*compensação indemnizatória dos danos advenientes da mudança de conduta do sujeito*»¹⁰⁶, assente numa «responsabilidade “pura” pela confiança»¹⁰⁷; mas a consequência jurídica mais comumente preconizada passa pelo bloqueamento dos efeitos da nulidade¹⁰⁸.

55. Encerra-se o presente capítulo comparando-se, como é nosso objetivo, as deduções por nós produzidas com as sufragadas no Acórdão do STJ 27 de Maio de 2010. Retomando o que se escreveu no §13, a declaração de nulidade teve efeitos *sui generis*, distinguindo, dentro dos juros remuneratórios, aqueles que já haviam sido pagos (os 33.170,20 €), daqueles que ainda estavam por saldar (1.330,133 €). Desta feita, o STJ absolveu o Réu (mutuário) do pagamento dos mencionados 1.330,133 € porque entendeu que, a partir do momento em que há incumprimento, quebra-se o elo de confiança *inter partes*, requisito imprescindível da invocação do abuso de direito. É, sem dúvida, uma construção digna de aplauso pela distinção minuciosa da realidade dos factos. A decisão, de teor moderado, revela a sua valência precisamente por implicar consequências menos gravosas do que aquelas preconizadas com o recurso às soluções arquetípicas das inalegabilidades formais (as quais passariam, pura e simplesmente, por precluir o exercício da nulidade). Abre-se, assim, a via para a conciliação da ação de nulidade com a figura do abuso de direito, devendo-se reter, para a resolução de alterações vindouras, que a confiança molda as relações jurídicas, e a sua tutela deverá ser assegurada pelo Direito e os seus administradores. Por outro lado, evidencia-se a necessidade de reformar outros mecanismos, estes já estatuídos, como é o caso do regime das invalidades.

56. O teor da decisão não é, portanto, objeto de reparos. Como se disse, cremos terem-se conciliado os interesses de forma harmoniosa, sem entorses jurídicas acentuadas nem

invocação do vício formal pela parte que lhe deu causa ou que se recusa a cooperar na formalização; e o suprimento judicial da deficiência de forma legal, PAIS DE VASCONCELOS, *Superação...*, ob. cit., pág. 331

¹⁰⁶ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 423. Mais dúbio é o entendimento que a compensação indemnizatória se deve assumir como a «consequência ordinária»

¹⁰⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 422. Baptista Machado também defende, em primeira linha, a compensação indemnizatória como instrumento preferencial da remoção de danos, mas com fundamentos diferentes – *vide* § 50

¹⁰⁸ Precise-se o *modus operandi* do *venire* com a subscrição dos ensinamentos de Carneiro da Frada: «a preclusão do *venire*, por outras palavras, não é uma reacção (retributiva) a uma conduta injusta (isto é, ilícita), mas uma resposta preventiva a uma situação irremediavelmente injusta (de um prisma *objectivo*)», in CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, ob. cit., pág. 422

prejuízos avultados para nenhuma das partes. Mas a via como se alcança essa solução é que pode originar alguma apreensão. Efetivamente, não podemos deixar de afirmar o caráter *fugidio* do instituto do abuso de direito, seja qual for a sua modalidade. A dependência do caso concreto e, mormente, a sua índole altamente *subjetiva* poderão dar azo a decisões diametralmente diferentes em conjunturas relativamente similares. Diferentes exegeses podem e devem ser desenvolvidas, juridicamente menos abruptas, e que permitam, por um lado, facilitar o trabalho do aplicador (desprendendo-o das minudências fácticas), e, por outro, por permitir um outro grau de previsibilidade das decisões. Da nossa parte, cremos que uma opção a explorar é o do enriquecimento sem causa e a sua conciliação com a ação de nulidade.

DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA:

57. Conforme se disse, na decisão proferida distinguiram-se os juros remuneratórios dicotomicamente: relativamente aos juros já pagos, o mutuante tem o direito de os reter; quanto aos que ficaram por saldar, o mutuário não está adstrito ao seu pagamento. A ponderação dos interesses em jogo é, assim, digna de louvor. O que se põe em crise é, unicamente, a *fluides* indissociável da figura do abuso de direito, urgindo encontrar expedientes que sacrifiquem menos a previsibilidade das decisões. Mas, para isso, ter-se-á que rebater algumas leituras, como aquela vertida no Assento n.º 4/95¹⁰⁹, o qual influenciou inúmeros litígios¹¹⁰.

58. A secção IV, do capítulo II, Título I, do Livro das Obrigações do Código Civil cuida do instituto do enriquecimento sem causa, cuja definição surge imediatamente no n.º 1 do artigo 473.º: «aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou». Da dissecação do instituto emergem os seus três pressupostos estruturais¹¹¹, a saber, o enriquecimento de alguém¹¹², a falta de causa justificativa desse enriquecimento¹¹³, e que o mesmo tenha sido obtido à custa de quem requer a restituição¹¹⁴.

¹⁰⁹ Vide §2, onde se apresenta o sumário

¹¹⁰ Vide nota 13

¹¹¹ Na esteira de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 480 e segs.

¹¹² Consistindo este na obtenção de uma qualquer vantagem patrimonial, seja através do aumento do ativo patrimonial ou diminuição do passivo patrimonial, uso ou consumo de coisa alheia ou exercício de direito alheio, ou mesmo na poupança de despesas. Para maiores desenvolvimentos, vide, entre todos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, ob. cit., pág. 481

59. Encarrega-se o art. 479º do CC de definir o «objecto da obrigação de restituir», determinando que envolverá «tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente» (art. 479º, nº 1 do CC). Para evitar que a obrigação se consubstancie num prejuízo para o enriquecido, consagrou-se uma limitação ao montante restitutivo no nº 2 do mesmo artigo – não pode, assim, a obrigação de restituição «exceder a medida do locupletamento à data da verificação de algum dos factos referidos nas duas alíneas do artigo seguinte» (art. 480º do CC, a saber, «ter sido o enriquecido citado judicialmente para a restituição» e «ter ele conhecimento da falta de causa do seu enriquecimento ou da falta do efeito que se pretendia obter com a prestação»). A interpretação deste preceito legal, concomitante com as leituras hermenêuticas do artigo 473º, nº 2¹¹⁵, tem suscitado algum dissenso doutrinário, o qual, em termos latos, se divide entre os critérios de enriquecimento patrimonial¹¹⁶ e real¹¹⁷ em ordem a concretizar o *quantum* da restituição¹¹⁸. A doutrina

¹¹³ Tratando-se de «um dos conceitos mais controvertidos entre os autores» (ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 483), precisamente pela sua polissemia terminológica, pode-se dizer, sumariamente, «que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial» (Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Alameda, Coimbra, 12ª Edição, pág. 500). Desenvolvendo o conceito de causa de prestação e causa de obrigação surge Antunes Varela, ensinamentos para os quais remetemos, in ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 483 e segs.

¹¹⁴ Normalmente, a medida do enriquecimento de um corresponde à medida do empobrecimento de outro; mas casos há em que a simetria de deslocações patrimoniais não se verifica - «nem sempre, diz Antunes Varela, a obtenção da vantagem de alguém à custa de outrem se exprime no empobrecimento correlativo do património do lesado» (ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 489). Daí entender-se que o empobrecimento não é um requisito estrutural do enriquecimento sem causa (como é o caso, exemplificativamente, de Júlio Gomes, in JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 392 e segs.). Em discordância com tais conclusões está Galvão Telles, ao afirmar que «o empobrecimento se torna necessário, claramente o mostra a lei». Para consultar as suas teses, vide Inocêncio GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 7ª edição, 1997, págs. 198 e 199

¹¹⁵ «A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou».

¹¹⁶ Define-o Antunes Varela «como a diferença entre a situação *real* e *actual* do beneficiado e a situação (*hipotética*) em que ele se encontraria, se não fosse a deslocação patrimonial operada», ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 513

¹¹⁷ Nesta conceção perspetiva-se unicamente o «valor objectivo e autónomo da vantagem adquirida» (ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 492),

¹¹⁸ Empregamos estas locuções em consonância com a terminologia mais corrente, uma vez que, a bom ver, daqui resultam algumas ambiguidades, tal como ressalva Júlio Gomes: «(...) a linguagem empregue corre o risco de se converter numa fonte de ambiguidade (...) já que a expressão «enriquecimento patrimonial» tanto pode significar enriquecimento avaliável pecuniariamente (...), como enriquecimento avaliável pecuniariamente sob a forma de saldo (...). É este segundo entendimento que sobretudo nos importa», JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 107

portuguesa opta maioritariamente¹¹⁹ pela conceção do enriquecimento patrimonial, a qual sujeita a pretensão de enriquecimento a uma dupla limitação, constituído simultaneamente pelo enriquecimento e pelo empobrecimento (ao que se chama “teoria do duplo limite”). Relativamente à primeira limitação apontada (o enriquecimento), é unânime¹²⁰ o entendimento de que este deve ser interpretado de acordo com a sua faceta patrimonial; no que é referente ao empobrecimento, não obstante haver autores que sugerem a sua apreciação em condições abstratas¹²¹, é mais pacífico¹²² o entendimento de que «o segundo limite abrangerá antes todos os proventos obtidos a expensas do titular da coisa, mediante o uso, fruição e consumo indevidos dela, e que poderão não coincidir com o seu valor objetivo, admitindo apenas que o enriquecido deduza ao lucro de intervenção a parte que corresponda ao emprego de fatores que lhe pertençam»¹²³. Por sua vez, os autores que se posicionam no outro quadrante¹²⁴ – preconizando, em primeira linha, que a restituição deve refletir o enriquecimento real – partem da própria composição do artigo 473º, nº 2 do CC. De facto, o que resulta inequivocamente deste artigo é que «a obrigação de restituir (...) tem **de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido**» (o sublinhado é nosso), parecendo a lei conceder primazia à restituição natural (o que estaria em consonância, inclusivamente, com o que se opera em instâncias de responsabilidade civil). De qualquer modo, isto não significa que se prescindia do conceito de enriquecimento patrimonial: este emerge como um limite à obrigação de restituir¹²⁵, abrindo-se a porta ao tratamento diferenciado do enriquecido

¹¹⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 510 e segs.; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 511 e segs.; RUI DE ALARCÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 197 e segs.; LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade...*, ob. cit., pág. 450 e segs.; sob um prisma diferente relativamente aos restantes autores, Francisco Manuel PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, Alameda, Coimbra, 1999, pág. 40 e segs.

¹²⁰ Entre todos, *vide*, exemplificativamente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 513. Exceção-se Menezes Cordeiro, que sugere um triplo limite, in António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, AAFDUL, Lisboa, 1994, pág. 61 e segs.

¹²¹ PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 56 e segs., em particular pág. 60. O autor assume-se sequaz da tese perfilhada por Von Caemmerer

¹²² *Vide* ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 512; RUI DE ALARCÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 202; LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade...*, ob. cit., pág. 493 e segs.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 512

¹²³ MENEZES LEITÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 485

¹²⁴ JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 105 e segs.; e, com as suas especificidades, Luís Manuel Teles de MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, CCTF (176), CEF, 1996, pág. 858 e segs. 903 e segs., assim como MENEZES LEITÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 486

¹²⁵ A limitação da restituição através da vertente patrimonial do locupletamento parece fundar-se no artigo 480º do CC, por nós já transcrito *supra*

consoante a sua boa ou má fé¹²⁶. Ora, cremos que estes argumentos são suficientemente fortes para nos convencer da posição a adotar: seja por razões de coerência sistemática, seja por causa da própria letra da lei, achamos que o *quantum* restitutivo deve operar, em primeiro lugar, segundo os critérios orientadores do locupletamento real, e, eventualmente, ser corrigido através da vertente patrimonial¹²⁷.

60. A natureza subsidiária do enriquecimento sem causa tem fundamento legal no artigo 474º do CC, consagrando-se que «não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento». É na interpretação da primeira das hipóteses previstas («(...) quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído») que a doutrina afasta as regras do enriquecimento sem causa aquando da existência de uma invalidade contratual¹²⁸, excluindo-se o recurso à ação de enriquecimento quando esteja ao dispor do empobrecido qualquer outro expediente jurídico para cobrir os seus prejuízos¹²⁹. É, no entanto, comum entre os nossos tratadistas a tese que aceita, em determinados casos, a conciliação da ação do enriquecimento sem causa com a da responsabilidade civil¹³⁰, sob a justificação de, eventualmente, os restantes meios ao dispor do titular do direito de exercício de ação «não esgotarem a tutela jurídica da situação»¹³¹. A incompatibilidade

¹²⁶ No mesmo sentido, vide JÚLIO GOMES, JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 110 e segs.

¹²⁷ Júlio Gomes esclarece os efeitos práticos da sua tese, com a qual concordamos, da seguinte forma: «Também quando se perfilha a tese segundo a qual se impõe, em primeira linha, a restituição do enriquecimento real, este corresponde ao valor objectivo da coisa ou prestação recebida, mas com isso não se quer, de modo algum, afastar-se que no cálculo da dimensão do enriquecimento real se possa ter que atender a despesas efectuadas pelo enriquecido (...). Simplesmente não se atende a todas as consequências que o obtido produz no património do recipiente (...)», in JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 114

¹²⁸ Veja-se, nomeadamente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 501 e nota 1; Jorge Leite Areias RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 394; RUI DE ALARCÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 194; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 502; LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade...*, ob. cit., pág. 194 e segs.

¹²⁹ A título exemplificativo, veja-se ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 502: «não permite o nosso sistema que, em tais hipóteses, o empobrecido disponha de uma acção alternativa. Ele apenas poderá recorrer à acção de enriquecimento quando a lei não lhe faculte outro meio para cobrir os seus prejuízos. Sempre que exista uma acção normal (de declaração de nulidade ou anulação, resolução, de cumprimento, de reivindicação, etc.) e possa ser exercida, o empobrecido deve dar-lhe preferência: não se levantará, pois, questão de averiguar se há locupletamento injustificado»

¹³⁰ Para nomear alguns, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 502; RUI DE ALARCÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 195; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 523

¹³¹ ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 502. Rui de Alarcão, no mesmo sentido, escreve que «dá que o empobrecido possa invocar o enriquecimento sem causa a título *complementar*, para reaver a parte do enriquecimento que excede o dano», RUI DE ALARCÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 196, assim como Antunes Varela, nos casos em que «o montante do enriquecimento exceder o do dano, a regra da

do enriquecimento sem causa com as ações atinentes às invalidades é exposta de forma simples, focando-se, essencialmente, na diferença dos paradigmas que enformam os institutos. Assim, se no segundo o objetivo é repor o *status quo ante*, no primeiro impõe-se a avaliação atualista do enriquecimento¹³². Por sua vez, no caso da responsabilidade civil o que se procura é, tão-só, «eliminar o dano ou prejuízo do lesado»¹³³.

61. Um dos estudos pioneiros sobre a temática do enriquecimento sem causa foi da autoria de Leite de Campos, o qual, pela similitude de opiniões dos juristas seus contemporâneos, firmou as bases doutrinárias sobre o instituto. Na sua exaustiva exegese fundamenta a impossibilidade de exercitar a ação de nulidade com a de enriquecimento sem causa, nos casos em que persiste o enriquecimento de uma das partes, através da compreensão de que «o legislador quis obviar às consequências da deslocação patrimonial ferida de nulidade ou anulabilidade unicamente através do processo de repristinação das prestações»¹³⁴, sendo que «o medir a obrigação de restituir pelo enriquecimento das partes significaria, de certa forma, atender às expectativas que estas puseram no negócio inválido, (...), o que vai contra a *ratio legis*»¹³⁵. Partindo destas premissas, conclui que «o enriquecimento que não seja removido pela obrigação de restituir fundada na nulidade ou anulabilidade tem causa»¹³⁶. É, sem dúvida, uma construção curiosa. Não se pode negar que a lei responde a um conjunto de questões que se colocam em sede das invalidades, revestindo-se a remissão do 289º, nº 3 do CC de imensurável utilidade. Mas, como o autor também repara, nem assim se pode dizer que ficam todas questões cobertas pelo seu braço.

subsidiariedade não deve impedir que se exercite o direito à restituição, visto que as regras da responsabilidade civil não consentem ao lesado meio de ser compensado de tudo quanto o outro obtém à sua custa», ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., pág. 504

¹³² Assim, «no caso da invalidade, uma vez que o acto foi celebrado em contrariedade à lei, esta procura destruir todos os seus efeitos directos, visando a restituição repor o *status quo ante*, a situação exactamente em vigor à data da prática do acto viciado. (...) Não assim no enriquecimento sem causa. O objecto da restituição não é aqui o que saiu do património do empobrecido, mas sim o que está a mais no do enriquecido. E o que está a mais não é o objecto da deslocação, em si, mas o enriquecimento que ele concretamente propiciou. Por outro lado, a restituição opera apenas *ex nunc* (...)», RUI DE ALARCÃO, *Direito...*, ob. cit., pág. 193 e 194; *vide* ainda ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 512, nota 1

¹³³ Podendo até suceder que o responsável «não retire qualquer benefício do facto que ocasiona o dano», ALMEIDA COSTA, *Direito...*, ob. cit., pág. 523

¹³⁴ LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade...*, ob. cit., pág. 319

¹³⁵ LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade...*, ob. cit., *passim*

¹³⁶ LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade...*, ob. cit., *passim*

62. Há quem conceba a restituição de prestações da ação de declaração de nulidade e anulação como «fundada num enriquecimento sem causa»¹³⁷, não sendo no entanto «necessária uma acção autónoma de enriquecimento sem causa»¹³⁸. Tratar-se-ia de «um afloramento ou manifestação do princípio de reacção do ordenamento face a enriquecimentos sem causa porquanto a invalidade do negócio acarreta a ausência da causa das atribuições patrimoniais realizadas em sua execução»¹³⁹, cuja especificidade reside exatamente no entrecruzamento das prestações¹⁴⁰. Não podemos afirmar ou negar com toda a certeza que a declaração de nulidade e os seus efeitos constituem um afloramento do enriquecimento sem causa – mas é já legítimo, outrossim, sustentar que não se trata de figuras totalmente antagónicas¹⁴¹. Precisamente por causa da diferença de fundamentos e finalidade dos institutos¹⁴², aquando da existência de um negócio jurídico inválido tem que se propor uma ação com base na invalidade negocial, excluindo-se, relativamente à *obrigação principal*, a possibilidade de se recorrer à ação de restituição ao abrigo do enriquecimento sem causa.

63. Mas isto não significa, de forma alguma, que não se possa empregar o regime do 473º e seguintes do CC para as eventuais hipóteses que extravasem as previsões legais. Se, por um lado, não reputamos correta a consideração de que a lei apenas exige a repristinação das prestações, precisamente por causa da remissão operada pelo 289º, nº 3 do CC, para o regime da restituição dos frutos pelo possuidor¹⁴³, por outro, somos

¹³⁷ JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 609

¹³⁸ JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 610

¹³⁹ JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 609 e nota 961

¹⁴⁰ Esta é a tese preconizada por Júlio Gomes (JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 609 e 610), assim como por Vaz Serra, o qual afirma que «(...) os efeitos, quanto às restituições a fazer, é que podem ter de determinar-se segundo as regras da acção de enriquecimento sem causa, se estas forem havidas como adequadas» (Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “*Enriquecimento sem Causa*”, *BMJ* nº 81, 1958, pág. 34 e 35, e nota 34), e «(...) as prestações feitas em cumprimento de um contrato nulo ou anulável e depois anulado são casos de pagamento ou prestação do indevido (arts. 473.º, n.º 2, 476.º) uma modalidade da acção geral de enriquecimento sem causa, haverá ali um direito baseado no enriquecimento» (Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “*Anotação ao Acórdão de 31 de Outubro de 1968*”, *RLJ*, ano 101 e 102, págs. 360 e segs., e 373 e segs., nomeadamente pág. 375)

¹⁴¹ Júlio Gomes, precisamente porque parte da visão do locupletamento real, invoca uma identidade quase total entre os dois institutos, residindo «a principal dissemelhança» no facto de «o artigo 289.º não (...) acolher a limitação de restituir prevista no n.º 2 do artigo 479.º quanto ao enriquecido de boa fé», in JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 612 e 613

¹⁴² Se, por exemplo, «no enriquecimento sem causa a restituição deriva de se ter realizado uma atribuição patrimonial sem causa, produtora desse enriquecimento, no âmbito da invalidade do negócio está em causa um vício inerente ao acto, em virtude do qual este não pode produzir os seus efeitos tendo a obrigação de restituição das prestações por fundamento essa ineficácia negocial», in MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 463

¹⁴³ Abrindo-se a porta, como também já se referiu, a um tratamento diferenciado consoante se esteja de boa ou de má fé

obrigados a afirmar que o regime não abrange «todas as hipóteses possíveis»¹⁴⁴ - veja-se a questão da restituição do *lucro*, o qual não se confunde com o conceito de frutos¹⁴⁵. Se a remissão por analogia não cobre esta questão, sem dificuldade se pode aplicar, nesta instância, o regime do enriquecimento sem causa, e nem por isso se choca com o artigo 474º do CC, que consagra o princípio da subsidiariedade. Em suma, aplica-se, até à medida do possível, o regime que especificamente se debruça sobre as invalidades; e a todas as questões que ultrapassem o âmbito de aplicação deste regime, torna-se já possível o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa¹⁴⁶.

CONCLUSÃO:

A presente dissertação teve como móbil principal a contribuição para o aperfeiçoamento doutrinal e jurisprudencial. O estudo do caso concreto permite apurar as correntes vigentes nos tribunais portugueses, um dos campos por excelência da elaboração do Direito. A análise crítica dessas correntes tem o proveito de se obrigar a refletir sobre os argumentos utilizados, seja para, a final, se mudar a perspetiva e forma de abordagem aos problemas congéneres, ou então, em último recurso, para se sedimentar as posições perfilhadas. Ora, como se viu, sobre esta problemática é usual, por um lado, aplicar-se as doutrinas do abuso de direito, nas suas subcategorias do *venire contra factum proprium* e inalegabilidades formais, e, por outro, afastar-se energicamente o enriquecimento sem causa a este conjunto de casos. Quanto ao primeiro, saudou-se o vanguardismo de alguns autores, que sem dúvida desmistificaram uma figura que, até então, sempre havia sido receada pelo seu esoterismo. O manuseamento mais ágil desse instituto permite decidir com mais justeza, mesmo quando, curiosamente, se profere decisões *contra legem*. E aqui reside precisamente a fragilidade do abuso de direito – não é a solução em si que nos suscita dúvidas, mas sim os pilares onde se alicerça. A fluidez do abuso de direito, a elevada subjetividade que lhe está associada, a

¹⁴⁴ MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 469

¹⁴⁵ Neste sentido, veja-se Júlio Gomes (JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 132 e nota 210), o qual afirma, na esteira de Canaris e de Gallo, «que a restituição do lucro é problema que não se confunde com a restituição de juros ou do valor de uso», e Menezes Leitão (MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 469, nota 25), que dá o exemplo do trespassse de estabelecimento comercial nulo por falta de forma, vindo o mesmo a gerar lucros que enriquecem o trespassário de boa fé. Definir com rigor o conceito de lucro não é tarefa linear, mas pode-se dizer que significa «ganho, benefício, interesse, utilidade» (Rogério Fernandes Ferreira, “*Lucro*”, Enciclopédia *Polis, VERBO da Sociedade e do Estado*, pág. 1263)

¹⁴⁶ Se bem que há autores que, nestes casos, se pronunciam pela aplicação, nestes casos, do regime da gestão imprópria de negócios, como é o caso de Júlio Gomes (JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento...*, ob. cit., pág. 132 e 428 e segs.)

dependência da sensibilidade jurídica dos decisores, e, acima de tudo, a “entorse” jurídica que provoca, podem causar alguma apreensão. O mesmo já não sucede, cremos nós, quando se defende a conciliação com o enriquecimento sem causa. O facto de ser um instituto regulado pelo nosso Código Civil e experimentado na jurisprudência nacional e estrangeira reforça a previsibilidade da restituição das prestações, as quais só terão que variar consoante a boa e a má fé das partes, regime que não diverge daquele previsto no art. 289º, sendo esta é, sem dúvida, a sua principal vantagem relativamente à figura do abuso de direito. Por sua vez, o princípio da subsidiariedade não sai minimamente afetado por se preconizar a utilização do enriquecimento sem causa às questões não tuteladas pelo regime das invalidades, e tem a vantagem de não ficar dependente nem do casuísmo nem de sensibilidades jurídicas. E não é, segundo cremos, uma solução *contra legem* – pelo menos, nunca o será no mesmo grau de intensidade do abuso de direito, uma vez que não se pretende, por esta via, atribuir quaisquer efeitos a um negócio nulo.

BIBLIOGRAFIA:

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999.
- ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- ALARCÃO, Rui de, *Invalidade dos Negócios Jurídicos, Anteprojecto para o novo Código Civil*, *BMJ* nº 89, Outubro de 1959, págs. 199 a 267.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume II, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Coimbra Editora, Coimbra, 1992
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume II – Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O Enriquecimento e Dano*, Almedina, Coimbra, 1999.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Contrato-Promessa – Artigo 410, n.º 3, do Código Civil – Abuso do Direito – Inalegabilidade Formal*, *ROA*, ano 58, Julho de 1998, págs. 929 a 968.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume II, AAFDUL, Lisboa, 1980.

- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Manual de Direito das Sociedades*, Volume II – Das Sociedades em Especial, Almedina, Coimbra, 2ª Edição, 2007.

- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Volume I, Almedina, Coimbra, 3ª edição, 2005.

- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Volume V, Almedina, Coimbra, 2011.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 12ª Edição, 2009.

- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1990.

- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, Universidade Católica Editora, Lisboa, 5ª edição, 2010.

- FERREIRA, Rogério Fernandes, “*Lucro*”, *Enciclopédia Polis*, *VERBO da Sociedade e do Estado*.

- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004.

- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Universidade Católica Portuguesa, Coimbra, 1998.

- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, CCTF (176), CEF, Lisboa, 1996.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da Constituição das Obrigações, Almedina, Coimbra, 9ª Edição, 2010.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, Almedina, Coimbra, 7ª edição, 2010.

- LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 4ª edição, 1987.

- LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Volume II, Coimbra Editora, 4ª edição, 1997.

- MACHADO, João Baptista, *Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, Obra Dispersa, Volume I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, págs. 345 a 423.

- MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 1995.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4ª Edição, 2005.

- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Anotação ao Acórdão de 31 de Outubro de 1968*, RLJ nº 101 e 102, ano 1968-1969 e 1969-1970, págs. 360 a 368 e págs. 373 a 382.

- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Enriquecimento sem Causa*, BMJ nº 81, Dezembro de 1958, e BMJ nº 82, Janeiro de 1959, págs. 5 a 245 e págs. 5 a 289.

- SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Obrigação de Restituir o Preço e o Princípio do Nominalismo das Obrigações Pecuniárias – A Propósito do Acórdão do STJ de 11*

de Março de 1999, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 547 a 606.

- SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Invalidade e Registo – A Protecção do Adquirente de Boa Fé*, Almedina, Coimbra, 2010.

- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 7ª edição, 1997.

- VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, Almedina, Coimbra, 10ª edição, 2000.

- VASCONCELOS, Pedro Pais, *Superação Judicial das Invalidades Formais nos Negócios Jurídico-Privados*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 313 a 338.

ÍNDICE:

AGRADECIMENTOS	3
LISTA DE ABREVIATURAS:.....	4
INTRODUÇÃO	5
DO REGIME JURÍDICO DO MÚTUO.....	6
ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA, EM CONCRETO, O ACÓRDÃO STJ 27/05/2010:.....	8
DA TEORIA DAS INVALIDADES:.....	9
DO ABUSO DE DIREITO E DA TEORIA DA CONFIANÇA:.....	14
DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA:	29
CONCLUSÃO:.....	35
BIBLIOGRAFIA:.....	37