



A Fraude à Lei – Alguns Apontamentos

Rui Pinto Duarte

Várias foram as áreas do Direito em que me fui encontrando com Pedro Pais de Vasconcelos. Para a participação no seu *Liber Amicorum*, decidi não voltar a qualquer delas, escolhendo novo tema de *conversa*, ao qual – como adiante se evidenciará – o Autor dedicou considerações ilustrativas de alguns dos atributos que mais o evidenciam como jurista, nomeadamente a capacidade de orientar as construções conceituais para a solução de problemas, a subtileza e a elegância.

O meu propósito é partilhar notas de leitura e reflexões sobre as mesmas, na esperança de que umas e outras, sobretudo as primeiras, além de servirem o propósito de apresentação no *convívio* a que são levadas, possam ser úteis para alguém.

1. Notas introdutórias

O objeto da minha atenção é a «fraude à lei» no sentido de comportamento que, mantendo a aparência de conformidade com a lei, obtém algo que se entende ser proibido por lei.

Não tenho, pois, em vista outras noções de fraude, como – a título de exemplos - as que surgem na descrição do crime «fraude em



eleição» constante do Código Penal¹, na descrição do crime de «fraude fiscal» constante do Regime Geral das Infrações Tributárias² e na proposição normativa do acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ n.º 1/2017, de 23 de fevereiro de 2016, sobre dupla descrição registral de um prédio³ – casos em que a palavra

¹ «Artigo 339.º

Fraude em eleição

1 - Quem, em eleição referida no nº 1 do artigo anterior:

a) Votar em mais de uma secção ou assembleia de voto, mais de uma vez ou com várias listas na mesma secção ou assembleia de voto, ou atuar por qualquer forma que conduza a um falso apuramento do escrutínio; ou

b) Falsear o apuramento, a publicação ou a ata oficial do resultado da votação;

é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. [...]»

² «Artigo 103.º

Fraude

1 - Constituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais suscetíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar por:

a) Ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria coletável;

b) Ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária. [...]».

³ «Verificando-se uma dupla descrição, total ou parcial, do mesmo prédio, nenhum dos titulares registais poderá invocar a seu favor a presunção que resulta do artigo 7.º do Código do Registo Predial, devendo o conflito ser resolvido com a aplicação exclusiva dos princípios e das regras de direito substantivo, a não ser que se demonstre a fraude de quem invoca uma das presunções».



«fraude» qualifica condutas ostensivamente ilegais⁴.

A fraude à lei não ocupa um lugar central na dogmática jurídica (com a exceção do Direito Internacional Privado), mas, perante certos *casos difíceis*, parece ser uma «ferramenta» indispensável para a realização do direito. Trata-se, porém, de «ferramenta» de teorização polémica e de manejo difícil.

O primeiro problema que levanta é o da sua definição. Usando palavras não recentes, escritas no quadro da teoria geral dos contratos: «Cette notion de fraude à la loi, dont le droit international a fait largement application, est d'une portée difficile à délimiter. D'une part, en effet, il est toujours permis d'employer les formes juridiques pour se placer dans la situation la plus favorable à ses intérêts, d'autre part, le droit ne peut tolérer l'immoralité de conventions uniquement destinées à échapper à l'application des lois imperatives»⁵.

A dificuldade de definição não é, no caso, um mero problema de rigor conceitual, mas respeita ao próprio âmbito de aplicação da figura, incluindo ao saldo entre as suas vantagens e desvantagens. Como escreveu um dos autores das palavras citadas no parágrafo

⁴ ALEX WEILL e FRANÇOIS TERRE escrevem: «Au sens large ce mot [fraude] désigne toute espèce de turpitude, par exemple celle qui consiste à tromper autrui à l'occasion de la conclusion d'un contrat. Dans un sens étroit, il vise un comportement plus subtil, qui permet de profiter des imperfections de l'ordre juridique en utilisant une règle de droit afin de paralyser l'application d'une autre règle de droit» (*Droit Civil Introduction Générale*, 4.ª ed., Paris, Dalloz, 1979, p. 21).

⁵ MARCEL PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11.ª ed. (sendo a 1.ª edição de 1899/1901), avec la collaboration de Georges Ripert, tomo II, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935, p. 398.



anterior: «Etendre l'application de la fraude à la loi à toutes les hypothèses, où une personne se propose d'éluder l'application d'une loi impérative serait une doctrine dangereuse parce qu'elle demanderait compte aux sujets de droit des motifs de leur obéissance à la loi.»⁶.

Noutro plano, mas também gerador de dificuldades, creio poder notar que o que nasce como fraude à lei (no sentido de que me ocupo), ou assim de início é tido por alguns, converte-se frequentemente numa prática tida por legal. Provas disso há muitas: das figuras que a História do Direito mostra terem surgido em vários lugares do mundo para contornar a proibição do mútuo remunerado ao chamado «aluguer de longa duração» português, inventado há pouco mais de 30 anos para contornar as leis sobre *leasing* e sobre vendas a prestações (que restringiam o crédito para consumo).

A lei e a malícia jogam um jogo infundável, em que não só esta escapa àquela como, por vezes, ganha a sua cobertura. A autonomia privada ou figuras legalmente tipificadas como lícitas (usadas para fins diversos dos determinantes da sua tipificação) coonestam a malícia. Mais: alguns desses exercícios maliciosos geram ou viabilizam realidades que acabam por ser positivamente apreciadas.

Antes, porém, de enfrentar o problema da definição, há que atentar nos vários modos por que as normas legais se referem (ou não referem) à figura e na relevância dessas variantes para a sua compreensão pela doutrina.

⁶ GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 4.ª ed. (sendo a 1.ª edição de 1927), Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1949, p. 336.



2. Sobre a regulação da fraude à lei em geral

No direito português, não existem regras escritas *de índole geral* sobre a fraude à lei: nem no ato legislativo que pauta toda a ordem jurídica (a Constituição), nem no ato legislativo que tradicionalmente recolhe preceitos de maior generalidade e estabilidade (o Código Civil). Mais: nem sequer existe uma regra escrita de índole geral sobre a fraude à lei nos negócios jurídicos ou nos contratos – figuras cuja teoria geral costuma suscitar a referência à fraude à lei⁷ - embora a fraude à lei transcenda o plano dos negócios jurídicos, podendo e devendo ser potencialmente aplicada à generalidade das situações jurídicas, independentemente da natureza da sua fonte.

A ausência no nosso direito de regras escritas de índole geral sobre a fraude à lei nada tem de estranho, pois o mesmo se passa em muitos outros ordenamentos jurídicos. Na síntese de Ana Filipa Morais Antunes:

«A ausência de um preceito especificamente dirigido à fraude à lei não tem obstaculizado a respectiva consideração pela doutrina nem pela jurisprudência. Assim sucede, designadamente, em França, na Alemanha, na Áustria e na Suíça.

⁷ Na sua *Teoria Geral do Direito Civil*, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS trata a fraude à lei no capítulo intitulado «O Conteúdo dos Negócios Jurídicos» - o VIII na 8.ª edição (Coimbra, Almedina, 2015), o IX na 9.ª edição (em coautoria com Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, Coimbra, Almedina, 2019).



Em França, a “*fraude à la loi*” tem o valor de cláusula geral. O brocardo clássico “*fraus omnia corrumpit*” deu origem à directriz “*la fraude fait exception à toutes les règles*”.

[...]

Na Alemanha, o BGB não contempla uma previsão comum sobre a fraude à lei (*Umgehungsgesetz*) nem quanto ao negócio em fraude à lei (*Umgehungsgeschäft*).

A não consideração da fraude à lei pelo legislador histórico foi intencional, tendo prevalecido a tese da inutilidade de um preceito especial: ao mesmo resultado se chegaria, entendeu-se, por via da interpretação da lei e do negócio jurídico.

[...]

O desvalor jurídico da fraude à lei é, em regra, fundamentado no § 134 do BGB. Noutra perspectiva, alicerça-se o desvalor da fraude à lei no § 138 do BGB.

Por último, os **Códigos Civis austríaco e suíço**, na linha do entendimento dominante na Alemanha, não contemplam a fraude à lei em preceito explícito.

A doutrina assume, em geral, uma postura de desvalorização conceptual.»⁸

No entanto, também há sistemas jurídicos cujos códigos civis se referem à figura. Um exemplo é o código civil italiano cujo art. 1344,

⁸ *A Fraude à Lei no Direito Civil Português em Especial, como Fundamento Autónomo de Invalidez Negocial*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 67, 69, 71 e 72.



sob a epígrafe «Contratto in frode alla legge», estabelece «Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.»⁹. Outro exemplo é o código civil espanhol, cujo art. 6.º, no parágrafo 4.º estabelece (desde a reforma do título preliminar do código de 1974) que «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.»¹⁰.

⁹ Sobre o enquadramento e o sentido do preceito, v., por exemplo, EMILIO BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico* (tradução da 2.ª ed. do original *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, UTET, 1950), Coimbra, Coimbra Editora, 1969, tomo II, pp. 331 e ss., ENZO ROPPO, *O Contrato* (tradução do original *Il Contratto*, Il Mulino, 1977), Coimbra, Almedina, 1988, pp. 195 e ss., em especial p. 198, LUIGI FERRI, *Lezioni sul Contratto*, Bolonha, Zanichelli (reimpressão da 2.ª ed., de 1982), 1987, pp. 199 e ss., FRANCO CARRESI, *Il Contratto*, 2 tomos (in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale già diretto da ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO continuato da LUIGI MENGONI*), Milão, Giuffrè, 1987, tomo 1, pp. 336 e ss., FRANCESCO GALGANO, *Il Negozio Giuridico* (vol. III, tomo I do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale già diretto da ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO continuato da LUIGI MENGONI*), Milão, Giuffrè, 1988, pp. 248 e ss., em especial pp. 250 e 251, e GIUSEPPE CRICENTI, *I Contratti in Frode alla Legge*, 2.ª ed., Milão, Giuffrè, 2008, pp. 38 e ss. Anterior ao Código civil italiano é o muito conhecido estudo de TULLIO ASCARELLI *O Negócio Jurídico Indirecto*, Lisboa, Jornal do Fôro, 1965 (reprodução de uma tradução brasileira, com adaptações, do original de 1931), no qual a fraude à lei aparece tratada em conexão com o negócio indireto (pp. 33 e ss.).

¹⁰ Sobre o enquadramento e o sentido do preceito, v., por exemplo, as anotações ao mesmo de CLARA I. ASUA GONZÁLEZ no *Código Civil Comentado* dirigido por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras e Rosario Valpuesta Fernández, Cizur



Como resulta das palavras de Ana Filipa Morais Antunes, os autores do código civil alemão entenderam que, em matéria de negócio jurídico, bastaria a correta interpretação das declarações para obstar à fraude, ao que acrescentaria que uma regra sobre a matéria potenciaría o risco de os julgadores declararem nulos negócios a que lei não se opõe¹¹ – entendimento este que se tem mantido na doutrina germânica¹² e que, como veremos, teve eco em Portugal.

A falta de regras escritas não obsta a que se possa e deva afirmar que, no direito português, vigora a proibição de fraude à lei, mais precisamente, uma norma segundo a qual as situações criadas para evitar a aplicação de regras que seriam aplicáveis são irrelevantes (ou ineficazes, expressões que, neste caso, tenho por sinónimas), ou seja, que essas situações artificiosas não obstam à aplicação das regras aplicáveis na sua ausência.

A base de tal norma está na própria ideia de lei. Se a lei é

Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2011, vol. I, pp. 87 e ss, e de MARÍA PAZ GARCIA RUBIO no *Comentarios al Código Civil* dirigido por Andrés Domínguez Luelmo, Valhadolide, Lex Nova, 2010, pp. 66 e ss.

¹¹ V. a síntese de WERNER FLUME, *El Negocio Jurídico* (tradução da 4.ª ed. do original alemão *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, Springer Verlag, 1992), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 419 e 420.

¹² Como exemplos, citem-se WERNER FLUME, na obra e lugar citados na nota anterior, HEINRICH LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. I, *Parte General* (tradução das 7.ª e 8.ª edições do original alemão *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Gruyter, 1952 e 1955), Madrid, Editora Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 283 e 284, e KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed. (*fortgeführt von MANFRED WOLF*), Munique, C. H. Beck, 1997, p. 740.



imperativa e se os cidadãos lhe devem obediência, então a desobediência indireta à lei é um modo de conduta ilegal. A proibição da fraude à lei é um corolário da ideia de lei.

Também é relevante recordar que, ainda que sob vestes diversas, a proibição da fraude à lei (ou melhor, a consideração dessa fraude como um modo de ilicitude) é comum a todos os sistemas jurídicos e que já o Direito Romano a consagrava, nomeadamente na seguinte proposição do Digesto (1.3.29): *Age contra a lei quem faz o que a lei proíbe; (age) em fraude quem, respeitando as palavras da lei, as contorna* («Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit»¹³)¹⁴.

Tal ideia foi repetida até hoje por todos os que escreveram sobre o tema, independentemente dos seus quadros legais de referência. Sirva de exemplo emblemático Inocêncio Galvão Telles, que na sua obra sobre «os contratos em geral», anterior ao atual Código Civil, escreveu «Ao *contra legem agere* deve equiparar-se o *in fraudem legis agere*. A fraude à lei tem o mesmo valor da directa violação da

¹³ V. THEODOR MOMMSEN e PAUL KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis*, I, Berlim, 1954 (reimpressão do original de 1870), disponível online <http://web.archive.org/web/20051020080714/http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/d-01.htm#3>. Para outras traduções, v. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1985, p. 332, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II Parte Geral Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 575, nota 1849.

¹⁴ É de notar que esta passagem do Digesto serve também de base à ideia alemã de dissolução da figura da fraude à lei na interpretação da lei (v. WERNER FLUME, ob cit., loc. cit.).



lei»¹⁵ e manteve essas afirmações *ipsis verbis* na edição de tal obra posterior ao Código Civil¹⁶.

Há, pois, convergência quanto a que a proibição da fraude à lei é um princípio ou norma juridicamente vinculante.

3. A definição de fraude à lei

No entanto, as definições de fraude à lei variam de autor para autor – sendo tradicional a oposição entre concepções subjetivistas e concepções objetivistas. Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos:

«A fraude à lei pode ser vista de um modo subjetivo ou de um modo objetivo. No modo subjetivo, o juízo da fraude não prescinde da imputação ao agente de uma intenção pessoal de iludir o mecanismo citado com a providência legislativa de modo a defraudar a lei. No modo objetivo, não é exigida a imputação subjetiva nem a prova da intenção, de tal modo que, para o juízo da fraude, é suficiente que a atuação do agente produza o resultado que a lei quer evitar ou evite o resultado que a lei produzir. A diferença está na necessidade da imputação da intenção subjetiva e da sua prova, no modo

¹⁵ *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª ed. (da obra inicialmente intitulada *Dos Contratos em Geral*), Lisboa, 1965, p. 265.

¹⁶ *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 301.



subjetivo; e na sua dispensa, no modo objetivo.»¹⁷

Um bom retrato do pensamento dominante será a seguinte exposição de Luís Filipe Pires de Sousa, de resto motivada por matéria não contratual:

«Seguindo aqui de perto o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8.5.97, o raciocínio pertinente é o seguinte.

Na fraude à lei há considerar:

- a regra jurídica que é objeto de fraude (a norma a cujo imperativo se procura escapar);
- a regra jurídica a cuja proteção se acolhe o fraudante;
- a atividade fraudatória pela qual o fraudante procura modelar artificialmente uma situação coberta por esta segunda regra, e – para muitos autores, pelo menos – uma intenção fraudatória (*animus fraudanti*).

São quatro os elementos constitutivos da fraude à lei que a doutrina costuma destacar: 1) norma fraudada; 2) norma-instrumento; 3) atividade fraudatória e 4) intenção

¹⁷ *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., cit. p. 586 (refiro a edição em causa, a primeira em que Pedro Leitão Pais de Vasconcelos surge como coautor, mas as palavras já constavam de edições anteriores, designadamente da 8.ª edição – p. 519).



fraudatória.»¹⁸

Muitas outras formulações existem. Na doutrina portuguesa, creio merecerem destaque as apresentadas por Carlos Ferreira de Almeida e por Ana Filipa Morais Antunes.

A proposta do primeiro desses Autores arranca de uma análise dos vários tipos de normas que podem ser defraudadas e de vários exemplos de condutas fraudulentas, situando-se num patamar de generalidade que transcende os negócios jurídicos:

«Do conjunto destas hipóteses retira-se um conceito mais elaborado de ato ou atividade fraudatória, como manipulação da realidade fáctica ou jurídica, através da criação ou conjugação artificial de factos ou de situações jurídicas, designadamente: criação de aparência de facto ou de direito, através da referência a facto passado ou facto atual inexistente ou a facto futuro, cuja verificação não se pretende; promoção de um facto acessório a principal; cisão artificial de um facto efetivamente unitário; conjugação de uma série de factos jurídicos ou materiais, de tal modo que nenhum deles de per si corresponda à previsão da norma fraudada.»¹⁹

Ana Filipa Morais Antunes centra a sua atenção no *negócio* em

¹⁸ *Processos Especiais de Divisão de Coisa Comum e de Prestação de Contas*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 66 e 67.

¹⁹ *Contratos V Invalidade*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 193.



fraude à lei, sintetizando a investigação exposta na sua dissertação de doutoramento:

«[...]está em causa uma operação negocial complexa, suportada na agregação teleologicamente preordenada de uma pluralidade de negócios jurídicos, individualmente lícitos, que funcionam como meio (através da verificação efectiva e real das suas funções singulares) para prosseguir um resultado final global ilícito, pelo facto de ser equivalente em termos materiais a outro resultado não autorizado pelo Direito. Evidencia-se, assim, uma operação negocial complexa que constitui o veículo formal para satisfazer interesses materialmente equivalentes a outros que o ordenamento jurídico não autoriza, no caso de se eleger um tipo compreendido (directamente ou por analogia) no âmbito de aplicação de certa regra vinculativa. O conceito reclama, portanto, uma pluralidade real e efectiva de negócios, (ii) um encadeamento de negócios em termos teleológico-funcionais, (iii) a licitude de cada negócio isolado numa análise individual, (iv) a prossecução de um resultado final global equivalente em termos materiais a outro não autorizado pelo Direito.»²⁰

Das obras estrangeiras de vocação teórica (universal), dou prioridade, apesar das muitas palavras de que se compõe, à seguinte

²⁰ A Fraude à Lei no Direito Civil Português em Especial, como Fundamento Autónomo de Invalidez Negocial, cit., p. 475.



definição *geral* de fraude à lei de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero:

«”La acción *A* realizada por el sujeto *S* en las circunstancias *X* es fraudulenta si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a *S* usar la regla que le confiere poder para producir el resultado *R* al realizar *A* en las circunstancias *X*.

2) Como consecuencia de *R*, se produce un cierto estado de cosas *E* que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir *R*, aunque puede haber una regla dirigida a evitar *E*.

3) *R* es un medio para *E*:

3.1) bien en sentido subjetivo: dado que, al realizar *A*, *S* no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de *R*, la consecuencia *E* y que *R* es objetivamente adecuado para *E*;

3.2) bien en sentido objetivo: dado que *R* es objetivamente adecuado para *E*, aunque *S* no tuviera ese propósito al realizar *A*.

4) El balance entre los principios mencionado en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* (*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de *R*, la consecuencia *E*. Por ello, el



resultado *R* debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduce a *E*».»²¹

A definição em causa assenta na ideia de que a fraude à lei é uma figura ligada às normas que conferem poderes e que visa o controlo do resultado do uso do poder em causa. Por isso, tais Autores escrevem: «En una primera aproximación, puede decirse que se produce un fraude de ley cuando alguien ejerce un poder normativo para obtener un resultado *R* (y el uso de esse poder le está permitido), pero *R* está enlazado con otros resultados normativos, o con otras consecuencias, que están prohibidos»²². Nessa perspetiva, que me parece iluminadora, as condutas em fraude à lei, em abuso de direito²³ e em desvio de poder são «ilícitos atípicos»²⁴, porque são condutas que «prima facie, están permitidas por un regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas». Na base de tal ideia está a contraposição entre regras e princípios, sendo os «ilícitos atípicos» violações de princípios: «2. Los

²¹ *Ilícitos Atípicos*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 78 e 79.

²² *Ilícitos Atípicos*, cit., pp. 73 e 74.

²³ Como antes referido, o art. 6.º, parágrafo 4.º, do código civil espanhol sanciona a fraude à lei, sendo o art. 7.º dedicado centralmente ao abuso do direito, insinuando a ligação entre as duas figuras - a qual, de resto, aparecia explicitada no preâmbulo do Decreto 1836/1974, de 31 de maio, que levou a cabo a já referida reforma do título preliminar do código.

²⁴ Já EMILIO BETTI notava, ao abordar a fraude à lei, que «[...] onde floresce a teoria do abuso do direito, as duas figuras são aproximadas uma da outra, e se discute se o abuso de um direito cabe na figura geral da fraude à lei, ou se, pelo contrário, esta deve incluir-se naquele» (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., tomo II, p. 354).



ilícitos son acciones (entendida la expresión en su sentido más amplio) opuestas a normas regulativas de mandato. De aquí se infiere que no puede haber ilícitos que se opongan a permisos (pues si una acción y su omisión están permitidas, entonces tanto realizar esa acción como no realizarla es lícito) o a normas constitutivas (pues dichas normas no tienen carácter deóntico, sino que establecen las condiciones para la producción de un cierto resultado institucional o cambio normativo). Como las normas de mandato pueden ser reglas o principios, existen dos tipos de ilícitos: los ilícitos típicos, que son acciones opuestas a reglas de mandato; y los ilícitos atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandato.»²⁵

Tal teorização em nada contradiz o que a generalidade da doutrina, nomeadamente a portuguesa, afirma – antes reforça a opinião comum, que, no tocante ao negócio em fraude à lei, se pode exemplificar com as seguintes palavras de Ana Filipa Morais Antunes:

«Tem sido reconhecido que a fraude à lei projecta a sua influência no campo da ilicitude. O desvalor jurídico dos actos jurídicos em fraude à lei é fundamentado, em regra, sempre que inexista previsão legal especial, nos artigos 280.º e 294.º do Código Civil.

[...]

Por último, a fraude à lei é reconhecida como uma forma de ilicitude mediata ou indirecta. O desvalor jurídico da fraude à lei é fundamentado normativamente, na ausência de preceitos especiais, nos artigos 280.º, 281.º e 294.º do Código

²⁵ *Ilícitos Atípicos*, cit., p. 124.



Civil.

A inexistência de um preceito comum dedicado à fraude à lei – que, por si só, sempre seria insuficiente para fundamentar uma categoria conceptual -, não tem, pelo exposto, prejudicado a aplicação da figura pelos tribunais portugueses.

Em conclusão, a fraude à lei é reconhecida pela literatura jurídica e aplicada pela jurisprudência.»²⁶

4. Alguns preceitos legais sobre a fraude à lei

Apesar de não estar formulada com generalidade em nenhum preceito legal, a regra que afirmo existir aflora em muitos preceitos legais da ordem jurídica portuguesa, de que destaco:

Código Civil

Artigo 21.º – Fraude à lei

Na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente.

²⁶ *A Fraude à Lei no Direito Civil Português em Especial, como Fundamento Autónomo de Invalidez Negocial*, cit., pp. 97, 103 e 104.



Código de Processo Civil

Artigo 980.º - Requisitos necessários para a confirmação

Para que a sentença seja confirmada é necessário:

[...]

c) Que provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses;

[...]

Código do Trabalho

Artigo 147.º - Contrato de trabalho sem termo

1 - Considera-se sem termo o contrato de trabalho:

a) Em que a estipulação de termo tenha por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem termo;

[...]

Dec.-Lei 133/2009, de 2 de junho (Crédito ao Consumo)

Artigo 27.º - Fraude à lei

1 - São nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do disposto no presente decreto-lei.

2 - Configuram, nomeadamente, casos de fraude à lei:

a) O fracionamento do montante do crédito por contratos distintos;

b) A transformação de contratos de crédito sujeitos ao regime do presente decreto-lei em contratos de crédito excluídos do âmbito da aplicação do mesmo;



[...] ²⁷.

Dec.-Lei 74-A/2017, de 23 de junho (Crédito Imobiliário a Consumidores)

Artigo 37.º- Fraude à lei

1 — São nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do disposto no presente decreto-lei.

2 — Configuram, nomeadamente, casos de fraude à lei:

a) A transformação de contratos de crédito sujeitos ao regime do presente decreto -lei em contratos de crédito excluídos do âmbito da aplicação do mesmo;

[...] ²⁸

Dec.-Lei 398/98, de 17 de dezembro (Lei Geral Tributária)

²⁷ A Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, transposta pelo Dec.-Lei 133/2009, de 2 de junho, no seu art. 22, n.º 3, estabelece: «Os Estados-Membros devem assegurar, além disso, que as disposições que venham a aprovar para dar cumprimento à presente diretiva não possam ser contornadas em resultado da redação dos contratos, em especial integrando levantamentos ou contratos de crédito sujeitos ao âmbito de aplicação da presente diretiva em contratos de crédito cujo carácter ou objetivo permitiria evitar a aplicação desta.».

²⁸ A Diretiva 2014/17/UE, de 4 de fevereiro de 2014, transposta pelo Dec.-Lei 74-A/2017, de 23 de junho, no seu art. 41, estabelece: «Os Estados-Membros asseguram que: [...] b) As disposições que venham a adotar para transpor a presente diretiva não possam ser contornadas de tal modo que os consumidores corram o risco de perder a proteção garantida pela presente diretiva em resultado da redação dos contratos, em especial integrando contratos de crédito abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva em contratos de crédito cujo carácter ou objetivo permita evitar a aplicação daquelas disposições.».



Artigo 38.º - Ineficácia de atos e negócios jurídicos

1 - A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes.

2 - As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.

3 - Para efeitos do número anterior considera-se que:

- a) Uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica;
- b) Uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

[...] ²⁹

²⁹ A atual redação do art. 38 da Lei Geral Tributária resulta da Lei 32/2019, de 3 de maio, que transpôs para o direito português a Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho, em particular o seu art. 6.º. Antes de tal alteração, o n.º 2 do da art. 38 da Lei Geral Tributária estabelecia: «São ineficazes no âmbito tributário os atos ou



5. A fraude à lei no Código Civil

Nos trabalhos preparatórios do Código Civil relativos às obrigações e aos negócios jurídicos, a fraude à lei foi tratada, em textos de Vaz Serra e Rui de Alarcão, mas com a sugestão de não ser necessário haver preceito especial sobre a mesma.

Apesar de fazer tal sugestão, Vaz Serra dedicou várias páginas à figura. Das relativas à caracterização da mesma, destaco as seguintes passagens:

«29. É costume distinguir dos contratos contrários à lei os contratos *em fraude à lei*. Dá-se esta quando se procura evitar a aplicação de uma lei imperativa, mediante um desvio, que consiste na realização de um contrato diferente do directamente proibido pela lei, mas com o mesmo ou semelhante resultado.

[...]

Ora, afigura-se que a fraude à lei não é, em rigor, uma figura à parte. A fraude à lei significa que se realizou um negócio contrário ao espírito da lei, quer dizer, proibido também por esta. Para averiguar se tal se dá, há que apurar se a lei em questão pode, por interpretação ou analogia, aplicar-se

negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas».



àquele negócio. De modo que o negócio em fraude à lei é, na realidade, um negócio contrário à lei.

[...]

Sendo assim, não parece de exigir, para se admitir a nulidade dele, que ambos os contraentes, tratando-se de contrato, tenham a intenção de obter a finalidade que a lei condena. O negócio pode ser nulo, tal como o directamente contrário à lei, objectivamente. Não se exige, como se disse, intenção (nem mesmo, como se disse também, a consciência) de fraudar a lei, nem da parte de ambos os contraentes, nem da parte de qualquer deles apenas.»³⁰

Para regular a figura, propôs Vaz Serra o seguinte texto:

«Art.º 17.º - *Negócios em fraude à lei*

Os negócios jurídicos, com que as partes fraudam uma lei imperativa, são nulos, como contrários à lei, se esta os abranger na sua proibição. Não é necessária, para tanto, a intenção, nem mesmo a consciência de fraudar a lei.»³¹

No entanto, em nota, Vaz Serra, admitiu que um tal preceito, à semelhança de outros constantes do mesmo texto, poderia não ser

³⁰ «Objecto da Obrigação A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74, março 1958, pp. 171, 173 e 174.

³¹ «Objecto da Obrigação A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos», cit., p. 271.



incluído no Código³²

Por sua vez, Rui de Alarcão escreveu:

«50. Um negócio pode ser ilícito não por ser *contra legem* mas por ter sido concluído *in fraudem legis*. Não existe no nosso anteprojecto uma disposição legislativa geral sobre os negócios desta espécie, nem existe na maior parte das legislações, nomeadamente no nosso actual Código.

O citado estudo de VAZ SERRA sobre o projecto da obrigação considera (n.º 29) o caso dos negócios em fraude à lei, contendo, a propósito, a seguinte norma (artigo 17.º do respectivo anteprojecto): «Os negócios jurídicos, com que as partes fraudam uma lei imperativa, são nulos, como contrários à lei, se esta os abranger na sua proibição. Não é necessária, para tanto, a intenção nem mesmo a consciência, de fraudar a lei».

Esta disposição consagra a boa doutrina. O que neste domínio fundamentalmente importa, na verdade, é interpretar a norma proibitiva em causa. Se for de concluir que ela pretende proibir não só o negócio ou negócios que especificadamente visou (*contra legem*) mas quaisquer

³² Trata-se da nota 523, constante da p. 280 do trabalho em causa, do seguinte teor: «Este articulado poderia ser reduzido, eliminando-se talvez: art.º 4.º § 4.º, 2.ª parte, § 5.º, art.º 5.º (?); art.º 6.º; art.º 8.º (?); art. 10.º, §§ 2.º, 6.º, 7.º; art.º 12.º § 2.º, 2ª parte, §§ 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, art.º 16.º; **art.º 17.º**, art.18.º, §§ 4.º, 8.º. Outras eliminações poderiam porventura fazer-se.» (negrito acrescentado).



outros que conduzam ao mesmo resultado ou a um resultado praticamente equivalente ou análogo, então a estes outros negócios (*in fraudem legis*) também se aplica aquela proibição – também eles, ao cabo e ao resto, estão coenvolvidos na proibição legal, tal como os que lhe são directa e abertamente contrários, sem ser preciso, aliás, como não é preciso para estes, uma ilicitude por assim dizer subjectiva (intenção ou consciência fraudatória), mas somente objectiva.

Esta a solução exacta, e a que está no preceito transcrito. Mas parece, por suficientemente clara, não carecer de consagração explícita. VAZ SERRA de resto, reconhece ser dispensável um tal preceito.» (negrito acrescentado)³³

O que fica recordado explica por que o Código Civil não contém um preceito geral sobre a fraude à lei, designadamente em matéria de negócios jurídicos, e retira qualquer força à ideia que alguém pudesse ter de que dessa falta resultaria a não proibição geral da mesma.

Vale, porém, a pena deixar notado que o Código Civil regula algumas situações especiais de fraude à lei, além da que é objeto do art. 21³⁴. São os casos, entre outros, do n.º 2 do art. 418 e do art. 2067 (ainda que a aplicação do preceito não exija intuito

³³ «Breve Motivação do Anteprojecto sobre o Negócio Jurídico na Parte Relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto negocial Anteprojecto», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 138, julho 1964, p. 121.

³⁴ Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., p. 334.



fraudulento), a que adiante voltarei.

Além disso, o Código Civil, no n.º 1 do art. 330, refere-se à fraude à lei como um modo de atuar proibido.

6. A afirmação doutrinária da proibição da fraude à lei em matéria de negócios jurídicos

Ficou afirmado e demonstrado que, no direito português, vigora a proibição de fraude à lei, *designadamente em matéria de negócios jurídicos*. Somente é discutido se a mesma é um modo de ilicitude compreendido na previsão do n.º 1 do art. 280 do Código Civil (contrariedade à lei) ou uma figura autónoma.

Embora a questão não tenha relevância determinante do regime a observar, abordá-la-ei, aproveitando para evidenciar a afirmação doutrinária da proibição da fraude à lei em matéria de negócios jurídicos.

A posição que se firmou na primeira parte do século XX foi a da não autonomia. Nas palavras de Manuel de Andrade: «Entendida assim, a fraude à lei não será mais do que uma forma oculta da violação da lei e a respectiva teoria nada mais fará do que propor-nos uma directriz interpretativa quanto às leis proibitórias de negócios jurídicos – tudo em flagrante semelhança com o modo como se passam as coisas quanto ao abuso de direito e à respectiva



doutrina»³⁵.

Foi essa posição – de Manuel de Andrade e de (antes dele) Beleza dos Santos, subscrita, como se viu, por Vaz Serra e Rui de Alarcão – que levou a que o atual Código Civil não contenha um preceito geral sobre a matéria.

Na vigência do atual Código Civil, muitos autores continuam a refletir esse modo de pensar, embora com algumas diferenças.

Como primeiro exemplo, cito Carlos Alberto Mota Pinto:

«Será *contrário à lei (ilícito)* o objecto de um negócio, quando viola uma disposição da lei, isto é, quando a lei não permite uma combinação negocial com aqueles efeitos (objecto imediato ou sobre aquele objecto mediato). **Note-se que devem ser considerados contrários à lei, não só os negócios que frontalmente a ofendem (*negócios «contra legem»*), mas também, quando se constate, por interpretação, que a lei quis impedir de todo em todo, um certo resultado, os negócios que procuram contornar uma proibição legal (os chamados «*Umgehungsgeschäfte*»), tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei expressamente previu e proibiu (*negócios em fraude à lei*).** A fraude à lei põe um problema de interpretação da lei e, nalguns casos, de aplicação análoga. É óbvio que não podem admitir-se interpretações ilimitadas de proibições, mas há *fraude à lei* quando se frustra claramente a intenção

³⁵ *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1972 (reimpressão da 1.ª edição de 1960), p. 339.



legislativa, se a proibição não for aplicada.»³⁶ (negrito acrescentado).

Como segundo exemplo, cito Luís A. Carvalho Fernandes:

«III. Num plano diferente do da alínea anterior, importa distinguir a *ilicitude directa* da *indirecta*. **Tratando-se, em rigor, de duas modalidades distintas de ilicitude, merecem contudo o mesmo tratamento.** Em certos casos, o objecto do negócio ofende frontal ou directamente uma norma legal proibitiva: há então *ilicitude directa* e o negócio diz-se *contra legem*. Mas pode também acontecer que, perante uma proibição legal, as partes procurem obviar a esse obstáculo, contornando-o, ou seja, celebrando um negócio que permita alcançar, por via indirecta, o resultado normativamente proibido. Existe aqui um *negócio em fraude à lei*; trata-se ainda, de uma situação de ilicitude, que se designa por *indirecta*.»³⁷ (negrito acrescentado).

Em terceiro lugar, cito Menezes Cordeiro, em dois momentos diferentes. Em 1999, afirmando em subtítulo «A não autonomia da fraude à lei no Direito português» e desenvolvendo tal tese com as palavras «Podemos pois assentar em que a denominada fraude à lei

³⁶ *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 557.

³⁷ *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 161.



é uma forma de ilicitude que envolve, por si, a nulidade do negócio. A sua particularidade residirá, quando muito, no facto de as partes terem tentado, através de artifícios formais mais ou menos assumidos, conferir ao negócio uma feição inóqua. No fundo, a *fraude à lei* apenas exige uma interpretação melhorada dos preceitos vigentes: - se se proíbe o resultado, também se proíbem os meios indirectos para lá chegar; - se se proíbe *apenas* um meio – sem dúvida por se apresentar perigoso ou insidioso – fica em aberto a possibilidade de percorrer outras vias que a lei não proíba»³⁸. Em 2014, abandonando a afirmação categórica da não autonomia e revendo, mas só parcialmente, a exposição anterior - com a invocação de argumentos de Barreto Menezes Cordeiro, a seguir referidos -, como resulta dos seguintes passos: «Hoje, entendemos que a fraude à lei é uma forma de ilicitude que envolve, por si, a nulidade do negócio» [...]. Podemos adotá-la, como foi dito, enquanto manifestação particular da ilicitude, caracterizada em três pontos: - uma aparência inóqua; uma intenção específica de prosseguir um objetivo vedado por lei; a efetiva consecução desse objetivo.»³⁹.

Na verdade, Barreto Menezes Cordeiro desviou-se da lição comum, sustentando haver vantagem em pensar a fraude à lei como categoria autónoma, mesmo que o seu regime se reconduza ao da ilicitude, escrevendo:

«Perante este panorama geral, cumpre perguntar pelo

³⁸ *Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral*, tomo I, 1999, Coimbra, Almedina, pp. 427 e 429.

³⁹ *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral Negócio Jurídico*, 4.ª ed., cit., pp. 580 e 581.



interesse em manter a expressão fraude à lei no nosso vocabulário jurídico. Com o devido respeito, parece-nos que a sua conservação é benéfica para o Direito e para a Ciência Jurídica. A fraude à lei tem uma vida própria, fruto da sua forte carga histórica, mas não só. O Direito, enquanto Ciência histórico-cultural que é, está dependente da linguagem que o constitui. De resto, todos os desenvolvimentos e avanços do Direito giram em torno da linguagem: a distinção de conceitos próximos, a concretização de princípios ou a receção de novos mecanismos. Ao contrário do que se poderia julgar, é na variedade linguística e, porque não dizê-lo, na complexidade da linguagem que reside a vitalidade do Direito. O facto de a solução jurídica ser a mesma para um ato contrário à lei e um ato em fraude à lei não basta para inutilizar a expressão.»⁴⁰

Há, porém, que notar que a posição de Barreto Menezes Cordeiro não foi inédita. Já antes, na vigência do atual Código Civil, outros autores tinham defendido a autonomia da noção, como foi o caso de José de Oliveira Ascensão, com as seguintes palavras:

«I – A fraude à lei é uma noção com esta [reserva da ordem pública] aparentada, mas que na realidade é autónoma. Vamos referi-la. Não há nenhuma previsão geral da fraude à lei, mas apenas previsões particulares. Apesar disso, não pode deixar de relevar em todos os casos. Não é admissível que as partes contornem uma proibição legal, recorrendo a

⁴⁰ *Do Trust no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 776.



processos formalmente lícitos, mas que conduzam afinal ao resultado que a lei quis proibir.»⁴¹

Ainda mais clara no sentido da autonomia da figura é Ana Filipa Moraes Antunes, que afirma tratar-se de «tipo particular de ilicitude», «fonte autónoma de ilicitude negocial», «tipo particular de patologia negocial»⁴².

7. A afirmação jurisprudencial da proibição da fraude à lei em matéria de negócios jurídicos

A jurisprudência também reconhece a vigência da fraude à lei em matéria de negócios jurídicos, seguindo o núcleo comum da doutrina. Como exemplo principal, escolho o seguinte excerto de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.10.2009, proferido no processo n.º 115/09.0TBPTL.S1:

«3.2- O legislador não delineou genericamente a figura da fraude à lei, que apenas tratou em sede de direito internacional privado e no âmbito da aplicação das normas de conflitos (cf. o artigo 21.º do Código Civil ao dispor que “na aplicação das normas de conflito são irrelevantes as situações

⁴¹ *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, *Acções e Factos Jurídicos*, Lisboa, 1992, p. 358.

⁴² *A Fraude à Lei no Direito Civil Português em Especial, como Fundamento Autónomo de Invalidez Negocial*, cit., pp. 331, 335 e 465.



de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente.”) - cf., Prof. Rui de Alarcão – “Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial.” – BMJ – 138-120.

Trata-se de impedir a utilização da norma de conflitos com o fim de iludir a lei imperativa aplicável (Fernandez Rozas e Sixto Lorenzo – “Derecho Internacional Privado”, 3.ª ed., 135, Madrid 2004).

Certo, porém, que esta figura pode – e deve – estender-se para além do direito internacional privado.

Assim, existirá fraude à lei quando se lança mão de uma norma de cobertura para lograr ultrapassar – ou incumprir – a norma defraudada, ou seja a que seria a aplicável à relação jurídica.

Trata-se de, por via indirecta, por através da prática de um ou vários actos lícitos (já com propósito de defraudar, numa concepção subjectivista; ou mesmo sem tal propósito, se aderindo a uma concepção objectiva) obter um resultado que a lei proíbe.

Ensinava o Prof. Manuel de Andrade (in “Teoria Geral da Relação Jurídica”, 1992, II, 337) serem fraudulentos os actos que tenham por escopo “contornar ou circunvir uma disposição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei designadamente previu e proibiu – aqueles que, por essa forma, pretendem burlar a



lei.”

Nesta perspectiva, a fraude mais não é do que uma insidiosa violação da lei, a aferir, casuisticamente, aquando da interpretação do negócio jurídico, tal como acontece com a má fé ou com o abuso de direito.»

O Prof. Menezes Cordeiro, reconhecendo a não autonomia jurídica da fraude à lei, reconduz a figura ao princípio geral de a proibição do resultado dever implicar a proibição dos meios indirectos para o alcançar, já que a mera proibição de um meio arrisca deixar aberta a porta a outros meios não proibidos para alcançar o fim. (in “Tratado de Direito Civil Português”, I – Parte Geral, Tomo I – “Introdução. Doutrina Geral. Negócio Jurídico”, 1999, 423 ss).

Adere-se à doutrina do Prof. Castro Mendes (in “Teoria Geral do Direito Civil”, II, 1979, 334 ss) ao explicar lapidariamente que para haver fraude à lei é necessário um nexó entre o acto ou actos em si lícitos e o resultado proibido. E o nexó pode ser subjectivo (intenção dos agentes) ou objectivo (criação de uma situação jurídica tal que, pelo seu desenvolvimento normal, leve ao resultado proibido).

Mas não há fraude sem nexó, ou seja, sem que o acto lícito em si não esteja ligado ao resultado proibido.

De aceitar esta conceptualização mas pondo a tónica da prescindibilidade do elemento subjectivo – “animus fraudandi” – por valer um conceito ético e objectivo de boa fé, como o que, quanto ao abuso de direito, enuncia o artigo 334.º do Código Civil, concepção acolhida para este instituto



no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2007 – 07 A1180 – desta Conferência, onde, além do mais se disse que “não se exige que o titular do direito tenha consciência de que o seu procedimento é abusivo, não sendo necessário que tenha a consciência de que, ao exercer o direito está a exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo seu fim social ou económico, basta que na realidade (objectivamente) esses limites tenham sido excedidos de forma nítida e clara assim se acolhendo concepção objectiva do abuso de direito (cf., por todos, Profs. Pires de Lima e Antunes Varela – “Código Civil Anotado”, vol. I, 1967, p. 217).”

Esta concepção objectivista da fraude à lei foi também adoptado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2005 – 04 A3915 – (“... decisivo para afirmar a ilicitude e conseqüente nulidade do negócio em fraude à lei é o resultado com ela obtido e não a intenção das partes.”).»⁴³

Outros exemplos, porém, podem ser dados, nomeadamente de casos em que os tribunais nem sequer sentiram necessidade justificar demoradamente a proibição de fraude à lei, como foram o de um acórdão da Relação do Porto de 7.6.2004⁴⁴ e o de um acórdão da Relação de Évora de 23.2.2016⁴⁵, sobre casos de violação indireta

⁴³ Disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIX, tomo III, 2004, pp. 186 e ss.

⁴⁵ *Colectânea de Jurisprudência*, ano XLI, tomo I, 2016, pp. 228 e ss.



da proibição de pacto comissório.

8. Os efeitos da fraude à lei

Há um aspeto em que o discurso mais comum («*fraus omnia corrumpit*») merece uma ressalva: os efeitos da fraude à lei nem sempre são a nulidade.

À luz dos preceitos legais, isso decorre do art. 21 do Código Civil (adiante «CC») e do art. 38 da Lei Geral Tributária, que estabelecem como consequência da fraude à lei a ineficácia da situação resultante da fraude – efeito que pode ocorrer sem que se verifique a nulidade qualquer ato.

Em termos teóricos, é fácil demonstrar que a fraude não implica necessariamente a nulidade. Basta evocar os casos em que a fraude consista numa omissão, ainda que temporária⁴⁶. Aí não há ato nulo, mas a situação ilicitamente criada tem de ser considerada juridicamente irrelevante.

A tese de que o efeito principal da fraude é a irrelevância (dos efeitos jurídicos) da conduta fraudulenta tem base clara no art. 21 do CC, que deve ser visto como afloramento de uma regra mais ampla e aplicado analogicamente a situações de fraude que não sejam objeto

⁴⁶ Georges Ripert, ao escrever sobre fraude à lei, observou que «Une personne peut faire échec à loi qui devrait être applicable en précipitant ou en retardant la formation de l'acte juridique.» (*La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 4.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 332).



de regulação específica. Nesse sentido joga a ideia de «a doutrina de que a noção de fraude à lei no DIP mais não é do que a extensão, a este domínio jurídico, da noção geral de fraude à lei»⁴⁷.

Na mais recente edição da sua *Teoria Geral do Direito Civil* (com a colaboração de Pedro Leitão Pais de Vasconcelos), Pedro Pais de Vasconcelos juntou-se – com pensamento próprio - aos que pensam o efeito da fraude à lei é a ineficácia. O essencial da sua posição está no seguinte trecho:

«Não são raras as decisões de tribunais que cominam a fraude à lei com a nulidade do ato (normalmente contrato) fraudulento assim como as referências na Doutrina. Assim tem sucedido, por exemplo, na qualificação do contrato de trabalho.

Não nos parece, porém, ser essa a solução mais adequada.

Quando o artifício fraudulento consiste na celebração de um único contrato, a declaração de nulidade desse mesmo contrato parece resolver a questão e permitir remover a contrariedade à Ordem Pública da qual decorre a ilicitude da fraude.

Esta solução enfrente, porém, objeções graves.

Em primeiro lugar, não resolve a questão quando o artifício fraudatório consiste num mero facto jurídico, que é ilícito, mas não pode ser qualificado como nulo. É o caso, por exemplo, da deslocação de uma coisa de um lado para outro,

⁴⁷ V. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1985, p. 281.



quando daí resulte a aplicação ou a não aplicação de certo regime legal de Ordem Pública. Em casos como este, a solução da nulidade é simplesmente inaplicável.

Também é inadmissível a sanção da nulidade quando o ato em questão seja demasiadamente relevante ou, principalmente, no caso em que a fraude é complexa, construída com recurso a uma pluralidade de contratos, como sucede nos casos mais frequentes, em que a nulidade de todos acarretaria consequências excessivas e desnecessárias, violando o princípio do *favor negotii*.

A sanção da fraude à lei não necessita da nulidade, é-lhe suficiente a sanção de ineficácia. A nulidade acarreta a ineficácia e, por isso, parece resolver alguns casos, mas é excessiva porque, na verdade, não é necessária uma ineficácia total (que é excessiva) sendo suficiente uma ineficácia específica, que se limite à desconsideração do que seria a eficácia fraudatória. Esta solução da desconsideração é a que está no artigo 21º do Código Civil e resolve todas as questões de fraude à lei mantendo os atos e factos instrumentais, mas privando-os da eficácia de aplicação ou de desaplicação do regime jurídico de ordem pública que, de outro modo, seria aplicado ou desaplicado.

A solução consistente na desconsideração do artifício fraudulento através da sua ineficácia específica, que se limite a privar a manobra fraudulenta do seu efeito fraudatório é absolutamente eficiente e, no fundo, é isso o que se pretende alcançar com o efeito de ineficácia da nulidade, mas evita os defeitos da nulidade. É por isso, muito mais aperfeiçoada e é



de adotar.

Não se trata de aplicar por analogia ou por interpretação extensiva o preceito do artigo 21º do Código Civil, mas antes de consagrar a ineficácia como consequência da ilicitude da fraude à lei, mas apenas nos limites do que a Ordem Pública permite à autonomia privada, isto é, no limite do necessário para que deixe de ser agredida a Ordem pública que funda a imperatividade do regime legal que, sem tal ineficácia, seria frustrada»⁴⁸

Concordando com a essência da solução de Pedro Pais de Vasconcelos, creio para poder contribuir para o aprofundamento das suas bases.

Para tanto, tentarei demonstrar que a irrelevância como efeito da fraude pode, no âmbito do direito civil, basear-se não só no art. 21 do CC como noutros preceitos que regulam situações específicas de fraude.

É o caso – claríssimo - do atrás referido art. 418, n.º 2, do mesmo código: o que aí se estabelece é, precisamente, a irrelevância, não a nulidade (da promessa de prestação acessória destinada a afastar o direito de preferência). Mário Júlio de Almeida Costa até usa tal terminologia: «Se essa prestação acessória tiver sido convencionada com intuito fraudulento, apenas para afastar a preferência, considera-se irrelevante (art. 418.º, n.º 2)»⁴⁹.

⁴⁸ 9.ª ed., cit., pp. 592 e 593.

⁴⁹ *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 451.



A meu ver, é também o caso do art. 2067 do CC: o que aí se estabelece é a irrelevância para os credores do repúdio da herança, quando se verificarem os pressupostos da sub-rogação – e, se é claro que a lei não exige que o repúdio seja fraudulento⁵⁰, também o é que a maioria das hipóteses de aplicação do preceito será de fraude.

No mesmo sentido vai o que resulta do referido art. 980, alínea *c*) do Código de Processo Civil: ao estabelecer como requisito da confirmação de sentença estrangeira que ela «provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei», o preceito desinteressa-se do valor dos atos que tenham provocado essa competência, estabelecendo tão-somente a inelegibilidade (a irrelevância) da sentença inquinada para a confirmação.

Os próprios arts. 27 do Dec.-Lei 133/2009, de 2 de junho, e 37 do Dec.-Lei 74-A/2017, de 23 de junho, também atrás referidos, ao estabelecerem que são «nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação» do disposto em tais diplomas, servem, apesar do seu teor literal, para afirmar que o efeito da fraude à lei é a irrelevância das situações resultantes da fraude, pois, não podendo tais estatuições ser aplicadas à letra (a categoria da nulidade não se aplica a situações mas sim a atos), é forçoso entender entendê-las como determinando a irrelevância das situações que visam.

Acresce que tal efeito de irrelevância (ou ineficácia) se pode também sustentar com base em analogia com os efeitos da

⁵⁰ Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa Quid Juris, 2012, p. 281.



simulação relativa: a aplicação ao negócio dissimulado (real) do regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação (art. 241, n.º 1, do CC). Tal regime equivale a ter por irrelevante (nulo significa, no essencial, ineficaz, irrelevante, por força de ilicitude) o negócio simulado e por relevante o negócio dissimulado (real). Ora, o que ficou sustentado quanto aos efeitos da fraude à lei é isso mesmo: a irrelevância do negócio ilícito. Tratando-se a fraude de uma omissão (um «não negócio», diretamente inatingível pelas regras sobre negócios), há que ter por irrelevante a omissão, aplicando à situação cuja verificação foi formalmente evitada o regime que lhe corresponderia se não tivesse ocorrido essa «evitação».

O que penso é convergente, pelo menos no essencial, com o defendido por Carlos Ferreira de Almeida, o qual, depois de notar que há preceitos legais que atribuem à fraude efeitos diversos da nulidade e de sustentar que «Sem lei geral que indique qual é o efeito da fraude ao direito, o modo de unificar o instituto, nas suas diferentes configurações, é julgar ineficaz o ato fraudulento, aplicando a norma que se pretendeu defraudar à situação fáctica e jurídica que existiria sem o ato criado artificialmente», afirma resultarem da sua exposição as seguintes «duas conclusões sistemáticas»:

«1ª Que o artigo 21º, diretamente aplicável a normas de conflito, é suscetível de generalização, lendo-se “ineficazes” onde se escreveu “irrelevantes”;

2ª Que o esquema da fraude à lei tem semelhança com o esquema da simulação relativa – em direito civil, as situações de partida, que se pretenderam deformar pela fraude à lei (aqui equivalente ao pacto simulatório), resolvem-se como se



não tivesse havido fraude, segundo um regime semelhante ao do contrato dissimulado.»⁵¹

9. Fraude à lei e simulação

A doutrina estabelece uma clara distinção entre as figuras, sem prejuízo de até poderem coincidir numa mesma situação⁵². No entanto, muitas vezes, é difícil perceber o que é simulação e o que é fraude à lei.

Vários autores dão conta da dificuldade prática da distinção e estabelecem diretrizes para a superação da mesma. Recorro, mais uma vez, a Ana Filipa Morais Antunes:

«No plano teórico, as figuras distinguem-se sem grandes dificuldades, com base no apelo ao critério, tradicionalmente sustentado, da *vontade*: de acordo com este entendimento, o negócio em fraude à lei suporta-se numa vontade real; de modo diverso, o negócio simulado caracteriza-se por uma vontade *fictícia* ou *aparente*.

O referido critério nem sempre permite, no entanto, sustentar a diferença entre as duas figuras conceptualmente distintas, num caso individual. Assim sucede, de modo proeminente, em hipóteses em que se verifique uma interposição de sujeitos – que, como é sabido, nem sempre é

⁵¹ *Contratos V Invalidade*, cit., p. 195.

⁵² Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V Invalidade*, cit., p. 195 e 196.



fictícia (e, nesse sentido, simulada) nem fraudulenta. Por este motivo, têm sido propostos outros critérios distintivos, entre os quais, o que assenta no apelo à causa do negócio jurídico; segundo esta perspectiva, o negócio simulado caracteriza-se por uma *causa falsa*; diversamente, o negócio em fraude à lei tem uma *causa ilícita*.

A distinção entre o negócio em fraude à lei e o negócio simulado suporta-se fundamentalmente na circunstância de as duas figuras se caracterizarem por *elementos distintos*. Por um lado, a simulação pressupõe a existência de *declarações negociais intencionalmente enganadoras de terceiros e falsas*, enquanto tal, não correspondentes à vontade real das partes.

[...]

Como resulta da trilogia acima descrita, a simulação não pressupõe uma operação complexa, assente na *celebração efectiva e real de uma pluralidade de negócios jurídicos em si mesmo lícitos, se individualmente considerados*.

São, nesta medida, distintos os elementos convocados pelo verdadeiro *negócio em fraude à lei*.

Antes demais [no original], não se caracteriza por uma divergência entre a vontade e a declaração: cada um dos negócios isolados celebrado é acompanhado da vontade real e efectiva de os concluir e de ver os correspondentes efeitos jurídicos produzidos. Com efeito, as partes dirigem a respectiva vontade no sentido da produção de todos os efeitos jurídicos correspondentes a cada um dos negócios



componentes celebrados, e que constituem, como se demonstrou, pressuposto do denominado resultado final global. Numa palavra, querem todas as consequências jurídicas correspondentes à forma jurídica adoptada, quer na relação entre si quer relativamente a terceiros. O negócio em fraude à lei reclama, pois, a celebração de uma pluralidade de negócios reais e em si mesmo lícitos, se examinados em abstracto.

[...]

O negócio simulado constitui uma hipótese especial de contrariedade à lei; é ilícito em si mesmo considerado porque vedado pela lei. Diversamente, a nulidade do negócio em fraude à lei suporta-se num fundamento autónomo de invalidade, a saber, a ilicitude da função concreta prosseguida pela operação negocial, isto é, do denominado *resultado final global*.

A terminar, precise-se que a autonomia conceptual da simulação e da fraude à lei permite diferenciar as duas modalidades de interposição de sujeitos, a saber, a denominada *interposição fictícia de pessoas* (cuja invalidade se fundamenta na simulação) e a *interposição real de pessoas* (neste caso, a eventual invalidade pode, em determinadas hipóteses, suportar-se na fraude à lei).»⁵³

⁵³ *A Fraude à Lei no Direito Civil Português em Especial, como Fundamento Autónomo de Invalidade Negocial*, cit., pp. 383, 384, 385, 387, 388 e 389.



Para concretizar o que ficou afirmado com generalidade, tome-se o seguinte exemplo⁵⁴:

- A e B são pais de C e D;
- A e B vendem um imóvel à X, Lda.;
- A X, Lda. revende esse imóvel a D.

Se A, B, D e a X, Lda. tiverem acordado que a intervenção da X, Lda. nos negócios em causa fosse um mero meio de evitar a necessidade de obter o consentimento de C para a venda de A e B a D, ocorre simulação. Neste caso, a venda de A e B à X, Lda. é nula, sendo aproveitado o negócio real (venda de A e B a D), ao qual é aplicável o regime que teria lugar se não tivesse havido simulação. C pode anular o negócio dissimulado, nos termos do art. 877 do CC.

Se a X, Lda., em execução de acordo com D, compra a A e B para revender a D, com vista à realização de um lucro consistente na diferença entre o preço da compra e o da revenda, sem que A e B e a própria X, Lda. estejam conscientes do propósito de D de, por tal via contornar, a necessidade de obter o consentimento de C para a venda a ele, D, há fraude à lei. Neste caso, a venda de A e B à X, Lda.

⁵⁴ É vulgar (certamente por força do modo como o Código de Seabra regulava a matéria) o recurso a casos deste tipo para a exemplificação das fronteiras entre a simulação (com interposição fictícia de uma pessoa) e a fraude à lei (com interposição real de uma pessoa) – como, de resto, está implícito no último parágrafo do excerto da obra Ana Filipa Morais Antunes apresentado no texto. V., nomeadamente, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1959 (policopiado), pp. 275 e 276, e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pp. 333 e 334.



é válida, mas a situação jurídica criada fraudulentamente por D é desconsiderada (a meu ver, nada há que invalidar), podendo C anular a aquisição feita por D, nos termos do art. 877 do CC, como se tivesse havido venda direta de A e B a D.

10. A concluir: que trará o futuro?

A legislação no campo do direito do consumo, atrás aludida, modificou o panorama que os sistemas jurídicos europeus ofereciam nos seus códigos civis. Nas diretivas da União Europeia⁵⁵ - mormente nas relativas ao crédito ao consumo⁵⁶ - e, em consequência, nos direitos dos Estados-Membros (ou, pelo menos, de muitos deles), surgiram preceitos explícitos sobre a fraude à lei em matéria de contratos.

Nalguns países, tais preceitos surgem também a propósito de outros contratos de consumo. Por exemplo, atualmente, o código civil alemão tem preceitos que estabelecem que certas das suas disposições se aplicam mesmo que sejam contornadas por construções «alternativas» (*anderweitige Gestaltungen*) - ou seja, apesar da fraude à lei. É o caso dos parágrafos 241a (3) (fornecimentos a consumidores não solicitados), 306a (cláusulas contratuais gerais), 312k (imperatividade das regras sobre contratos

⁵⁵ Para a indicação das diretivas europeias sobre contratos de consumo, v., por exemplo, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 22 e 23.

⁵⁶ Lembrem-se os preceitos citados *supra*, nas notas 27 e 28.



celebrados fora do estabelecimento comercial, contratos celebrados à distância e contratos celebrados eletronicamente), 361 (imperatividade do direito de arrendimento em vários tipos de contratos com consumidores), 475 (1) e 478 (4) (venda para consumo), 487 (contratos sobre direitos de habitação periódica e afins), 511 (imperatividade das regras sobre crédito ao consumo) e 655e (imperatividade das regras sobre intermediação de crédito para consumo).

Como é sabido, são vários os modos como os Estados europeus organizam as suas normas dirigidas à proteção dos consumidores, havendo os que publicaram «códigos do consumo»⁵⁷, os que integraram parte significativa das normas em causa nos códigos civis e os que (até agora) abdicaram de qualquer concentração.

Não tenho conhecimento de que as alterações legislativas de outros países em matéria de contratos de consumo tenham originado preceitos de grande generalidade como o que o anteprojecto português de Código do Consumidor incluía (sob o n.º 200) na secção que dedicava aos «contratos em geral», sob a epígrafe «Fraude à lei», com o seguinte teor: «Não obsta a que se apliquem as disposições desta secção a existência de acordos que, isoladamente ou em conjunto, configurem situações de fraude à lei, designadamente quando houve o intuito de, por seu intermédio,

⁵⁷ V., por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor», in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2005, pp. 257 e ss., e «O Anteprojecto do Código do Consumidor», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3937, ano 135, março-abril 2006, pp. 193 e ss., e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, cit., p. 14.



evitar a aplicação de tais disposições a contratos de resultado económico equivalente a que elas sejam directamente aplicáveis»⁵⁸. Como vimos, alguns países já tinham preceitos afins de maior generalidade, pelo que não terão sentido necessidade de generalizar os vários preceitos que surgem a propósito de alguns tipos de contratuais, e os que não os tinham não se terão sentidos atraídos para legislar nesse nível de generalidade.

Em todo o caso, parece-me que o surgimento da fraude à lei na regulação dos contratos de consumo interpela os movimentos de unificação e harmonização do direito dos contratos quanto ao modo de tratar a figura. Vencerá a opinião que prescinde da enunciação de uma regra geral (com fundamento na sua desnecessidade ou na sua perigosidade) ou serão seguidos - subindo patamar de generalidade - os exemplos surgidos em leis de proteção do consumo?

Rui Pinto Duarte

⁵⁸ Acerca das linhas gerais do anteprojecto em causa, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor», cit., pp. 245 e ss., e «O Anteprojecto do Código do Consumidor», cit., pp. 190 e ss.