

O PRÓPRIO SIMULADOR NAO PODE, EM CASO DE SIMULAÇÃO FRÁUDULENTE, ARGUIR A NULIDADE DO ACTO SIMULADO

○ problema não é novo, nem entre nós nem lá fora, mas legislações há que expressamente o solucionam num ou noutro sentido e nos respectivos países só há que considerar o aspecto doutrinal, ou *de jure condendo*.

Nos outros países, cujas legislações, como a nossa, não contém preceito expresso a solucioná-lo, o problema é discutido nos dois aspectos, doutrinal e de direito positivo, sendo certo que a solução teórica influe na solução a preferir *de jure constituto*.

*
* *

Entre nós, se, antes do Código Civil, as opiniões se dividiam, depois a jurisprudência, durante muito tempo, decidiu, sem tergiversação, no sentido negativo, apoiada pela *Revista de Legislação e Jurisprudência*, não obstante ser a opinião contrária defendida por MARGULHÃO e ALEXANDRE SEABRA. DIAS FERRIRA não encarou o problema, mas parece que entendia que o próprio simulador não podia arguir a simulação (1).

Depois a *Revista de Legislação e Jurisprudência* mudou; passou a defender a opinião contrária, que foi depois sustentada por

(1) Código Civil Anotado, 2.^a ed., 2.^o vol., pág. 274.

GUILHERME MOREIRA nas suas *Inst. de Direito Civil*, vol. 1.º, pág. 520, por BELEZA DOS SANTOS, em *A Simulação*, vol. 11.º, pág. 374, por REIS MAIA, no *Direito Geral das Obrigações*, pág. 513, e por PAULO CUNHA, em *Simulação processual e anulação do caso julgado*, pág. 254 (1).

Contra esta corrente, reagiu primeiro JOSÉ TAVARES, nos *Princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. 2.º, pág. 523, e recentemente reagimos nós na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 49, pág. 228.

Finalmente discutiui largamente o problema a *Revista de Legislação e Jurisprudência* (vol. 72.º, pág. 69), que seguiu a corrente estabelecida, também seguida pela recente jurisprudência (2).

*
* *

Nesta altura, para não alongarmos muito êste trabalho, escusar-nos-emos de repetir argumentos já produzidos e conhecidos, procurando dar até certo ponto ao debate um aspecto novo.

É que, com efeito, por um lado, há argumentos que não tem sido expostos convenientemente, por outro, há contradições e incongruências, que é preciso assinalar; e, por outro ainda, há argumentos novos a produzir.

Comecemos por pôr o problema nos seus devidos têrmos, circunscrevendo-o e indicando os seus elementos essenciais.

*
* *

A simulação fraudulenta verifica-se, no consenso geral, quando: — a) se pratica um acto em que há desacôrdo entre a vontade real e a vontade declarada, b) realizado, com intuito de

(1) CUNHA GONÇALVES, que no 1.º vol. do seu *Tratado de Direito Civil*, pág. 399, seguiu a 1.ª doutrina, no vol. 5.º, págs. 750 e segs. passou a defender a 2.ª

(2) Acórdão da Relação de Coimbra de 26 de Outubro de 1935, confirmado pelo do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Abril de 1936, ambos na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 49, pág. 226, e vol. 50, pág. 36, e Acórdãos do Supremo

enganar e com *animus nocendi*, c) por acôrdo entre todos os que nêle intervêm (1).

Este acto, praticado em tais condições, constitue o crime previsto e punido no art. 455.º do Código Penal.

A êle se refere o Código Civil ao tratar dos efeitos indirectos das obrigações — dos actos e contratos celebrados em prejuízo de *erceiro*, pelo que, quando o art. 1.031.º diz que tal acto pode ser anulado e rescindido a todo o tempo, a *requerimento dos prejudicados*, não se refere, manifestamente, aos próprios simuladores, assim como não exclue que êles possam entre si arguir a simulação e fazer declarar a nulidade do acto.

Esta exclusão não deriva do art. 1.031.º; mas pode derivar e deriva de não haver no Código disposição alguma que confira êsse direito aos próprios simuladores.

Mas será precisa essa disposição?

Sustenta a *Revista de Legislação e Jurisprudência* que não, porque o negócio simulado deve ser nulo por falta de vontade (Código Civil, arts. 10.º e 643.º n.º 2.º) «pelo menos nas relações entre as partes».

Mas não há pròpriamente falta de vontade; há divergência entre a vontade real e a vontade declarada — divergência que resulta do *acôrdo* das partes que intervieram no acto ou contrato.

A simulação constitue, na doutrina e nas legislações, uma figura jurídica especial; os actos simulados não podem, em rigor, comprehender-se na categoria dos actos jurídicos em que há falta de vontade.

Para obter a anulação do acto simulado, há que alegar e provar, não a falta de vontade, mas a referida divergência intencional.

O nosso Código Civil contém disposições especiais sôbre a

Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1937, na cit. *Gazeta*, vol. 52, pág. 29, de 5 de Maio de 1939, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 73, pág. 42, e de 5 de Maio de 1942, no *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, vol. 2, n.º 11, pág. 139.

(1) Não falta quem critique as expressões — *vontade real e vontade declarada* — mas elas continuam a ser geralmente empregadas, porque, como diz BEIÇA DOS SANTOS, ob. cit., pág. 4, nota 1, estão consagradas e correspondem a conceitos nítidos.

simulação, mas apenas para defender o interesse de terceiros com ela prejudicados.

E não contém disposição alguma que permita a qualquer das partes, que quis e realizou a simulação, agindo criminosamente, invocar a sua própria fraude, a sua própria torpeza, o seu crime, para daí tirar qualquer proveito.

E, como observa a *Revista de Legislação e Jurisprudência*, se o simulador, ao invocar a simulação, «se calasse ou quisesse apresentar a simulação como inocente, lá estaria o adversário para denunciar a verdade das coisas, salientando o intuito desonesto a que obedeceu a simulação, e fazendo ver, por isso mesmo, que o seu contendor procura tirar partido da própria torpeza».

Ora, como frizou BELEZA DOS SANTOS, o Código Civil «em diversas disposições consagrou o tradicional princípio de direito de que ninguém pode tirar proveito do seu dolo ou da sua própria culpa, de que ninguém pode prevalecer-se de situações a que deu lugar a sua fraude, ou de que foi causa a sua imprevidência ou negligência, contra quem procedeu de boa fé e com a deligência devida».

Mas contra quem procedeu também com dolo ou culpa?

Dispõe o art. 692 que — «se o contrato tiver por causa ou fim algum facto criminoso, ou reprovado, em que ambos os contraentes sejam coniventes, nenhum dêles será ouvido em juízo acerca de tal contrato» e o art. 695.º que — «nenhum contraente pode socorrer-se à nulidade resultante da incapacidade do outro contraente, nem alegar erro ou coacção para que haja contribuído».

Supondo que o primeiro desses artigos não é aplicável ao caso da simulação, certo é que tanto êle como o art. 695.º consagram o princípio de que ninguém pode tirar proveito do seu dolo ou da sua culpa mesmo contra quem com dolo ou culpa tenha também procedido.

A confirmar êste princípio temos o preceito excepcional do n.º 1.º do art. 1.542.º, segundo o qual, o jogador, que tiver pago o que perdera, pode tornar a pedir o que pagou» no caso de dolo ou fraude da outra parte, ou quando se der alguma outra circunstância das que, conforme as regras gerais, obstam a que os contratos produzam efeito».

Continuando a supôr que o art. 692.º não é aplicável à simulação, temos a frisar que por êle são validados contratos que seriam absolutamente nulos por falta de elementos essenciais.

E se isto é assim para êsses contratos, porque é que o não pode ou não deve ser para os contratos simulados?

Diz a *Revista de Legislação e Jurisprudência* que a validade *inter partes* dos contratos simulados não pode fundamentar-se mesmo nas doutrinas que, quanto à significação e alcance da vontade como elemento essencial dos negócios jurídicos, vão mais longe no sentido de dar prevalência à declaração (vontade declarada) sôbre a vontade real do declarante.

Discordamos desta afirmação, não só porque todos essas doutrinas, mesmo as radicais, estabelecem exceções aos princípios gerais que formulam, mas também porque a referida validade se justifica perfeitamente com a aplicação da doutrina da responsabilidade.

A propósito, a *Revista* observa ainda que — «é manifesto que, sabendo cada um dos simuladores que o outro não quis a sério o negócio simulado, nenhum dêles tem *interêsse legítimo* (o sublinhado é nosso) em que o negócio valha e subsista como se tivesse sido realmente querido».

Mas o negócio vale e subsiste enquanto não fôr anulado; e o que se discute é se o pode ser a pedido de um dos simuladores.

Ora, em resposta à dúvida, podemos nós afirmar, pelo menos com tanta segurança como a *Revista*, que nenhum dos simuladores tem *interêsse legítimo* em que o negócio seja anulado.

E se um dos simuladores pode fazer valer contra o outro a nulidade do negócio, porque neste falta a vontade e porque nenhum princípio de direito ou disposição legal lho proíbe, porque é que o não há-de fazer contra o terceiro de boa fé, para quem o outro simulador tenha transmitido o prédio, se se tratar, por exemplo, de uma venda simulada?

A razão, que a *Revista* apresenta, de que «seria, na verdade, particularmente iníquo e comprometedor da segurança do comércio jurídico que os simuladores pudessem invalidar o negócio nas relações com terceiros que confiaram na seriedade dêle», de atender *de jure condendo*, seria insuficiente de *jure condito*, contra os preceitos que prescrevem a nulidade dos contratos a

que falta um dos elementos essenciais e contra o princípio de que *nemo plus juris alium transferre potest quam ipse habet*

E porque é que, neste caso, a *Revista* diz que se não trata de aplicação duma teoria geral que se adopte quanto ao problema da divergência entre a vontade e a declaração?

Pois não existe essa divergência e o problema não resulta dela?

Se os argumentos empregados para fundamentar a doutrina de que os próprios simuladores podem, entre si, fazer valer a simulação e pedir a declaração da nulidade do acto são bons, também o são para fundamentar a de que qualquer dos simuladores pode conseguir o mesmo contra um terceiro de boa fé.

Todavia, a *Revista*, adopta aquela doutrina, mas não esta. E BELEZA DOS SANTOS entende que os simuladores têm o direito de se oporem, com fundamento na simulação, ao cumprimento de contratos simulados que lhes seja exigido, «quando não se trate de terceiros de boa fé».

De forma que, se o simulador comparsa transferir imediatamente os *direitos*, que do acto simulado lhe advenham, para um terceiro de boa fé, já o outro simulador não pode obter a anulação do acto e impedir que o comparsa se aproveite da simulação.

Ora, se a lei em matéria cambiária protege os interesses do terceiro de boa fé é porque assim o exige o interesse público, para facilitar e dar segurança à circulação dos títulos.

Mas neste caso de simulação fraudulenta não há nenhum motivo especial de interesse público que justifique a derrogação dos princípios gerais a favor de terceiros de boa fé (1).

Isto dizemos, partindo da hipótese, aliás errada quanto a nós, de o art. 692.º do Código Civil não abranger os actos simulados.

*

* *

Mas não será o art. 692.º aplicável aos simuladores?

As razões, que têm sido apresentadas para fundamentar a negativa, não são procedentes.

(1) *De jure constituendo*, o problema deve ter, como dissemos na *Gazeta da Relação de Lisboa* (lug. cit.), uma solução que respeite a chamada teoria da *aparência jurídica*, segundo a qual os efeitos dos actos aparentes em relação a terceiros de boa fé são indestrutíveis.

Prova-o, a-pesar de sustentar a opinião da oponibilidade da simulação entre os próprios simuladores, a *Revista de Legislação e Jurisprudência*, que, da análise do artigo conclue que a sua letra não exige tal solução, nem também a impede.

Damos como aqui reproduzidos, fazendo-os nossos, os argumentos da *Revista* contra aquelas razões, mas divergimos da conclusão, que tirou da análise do artigo, pois para nós êle abrange indiscutivelmente os actos e contratos simulados.

Com efeito, êstes contratos, desde que a simulação é fraudulenta, têm por fim ou causa um acto reprovado, por não corresponder à vontade real; nêles há a conivência dos contraentes; — e, finalmente, êles próprios são actos criminosos, que a lei expressamente pune (Código Penal, art. 455.º).

E é por isto que, numa acção intentada por um terceiro para fazer anular um contrato simulado, não é admissível o depoimento de parte dos pretensos simuladores (Código de Processo Civil, art. 564.º).

Ora, se os simuladores não podem ser ouvidos em juízo, em depoimento de parte, quando sejam réus, como é que o podem ser, arvorando-se em autores?!

*

* *

Tendo apurado, pela análise do art. 692.º, que o seu texto não é explícito e terminante, podendo abranger ou não, os contratos simulados, a *Revista* entende que «tudo dependerá de averiguar se, *de jure condendo*, será acertada e razoável a doutrina a que seríamos levados, interpretando o art. 692.º por maneira a compreender os negócios simulados».

Antes de aceitarmos a questão nos termos em que a põe a *Revista* e de discutirmos o problema *de jure constituendo*, queremos ainda, *de jure condito*, — produzir um argumento novo, que nos parece decisivo.

*

* *

O actual Código de Processo Civil preveniu, como é sabido, o caso de simulação processual, dispondo no art. 665.º que —

quando a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa produzirem a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar a êsse objectivo anormal».

E prevenindo ainda o caso, mais freqüente, de o juiz não ter elementos para formar uma convicção segura a tal respeito, estabeleceu um recurso extraordinário para evitar que possa produzir efeitos contra terceiros um acto processual simulado — a *oposição de terceiro*.

Vemos assim que, tratando-se de um acto processual simulado, nenhum dos simuladores pode conseguir a sua anulação.

Ora, se o legislador entendesse que, tratando-se de um acto de natureza substantiva, os próprios simuladores podiam conseguir a sua anulação, sem dúvida que concederia também êsse direito aos que simulassem um acto processual. Do contrário, praticaria uma incongruência indesculpável.

Pois que considerações podem justificar uma diversidade de soluções do mesmo problema da oponibilidade da simulação pelos próprios simuladores?

*
* *

Passando agora ao estudo do problema *de jure condendo*, com mais firmeza lhe damos a mesma solução.

Consideramos absolutamente imoral que a lei proteja quem fraudulentamente prejudicou alguém, embora seja contra quem foi conivente na fraude.

Consideramos contra a moral permitir que um indivíduo vá a juízo invocar a própria torpeza, alegar que praticou um crime para daí tirar qualquer proveito, ou para se subtrair aos efeitos dessa torpeza e dêsse crime.

Desde que ambos procederam com fraude, criminosamente, nem um nem outro devem poder acolher-se à sombra da lei e da justiça nem para evitar as conseqüências do seu acto, nem para dêle tirar qualquer proveito.

Ambos são indignos da protecção legal.

A consciência pública se não se sente satisfeita por poder um

dos simuladores aproveitar-se do acto simulado, prejudicando o outro, também não concorda com que possa um individuo servir-se da prática de um acto simulado para prejudicar terceiros depois não sofra as consequências dêsse acto.

E, sem trazer à baila o conhecido prolóquio — *ladrão que rouba a ladrão tem cem anos de perdão* — pode bem aceitar-se que fique ludibriado quem quis ludibriar outrém.

Um individuo, que tenha dado uma quantia a outro para êste praticar determinado crime, pode, quer o crime tenha sido praticado quer não, exigir judicialmente a restituição dessa quantia?

Vendo agora as coisas por outro prisma : — pode afirmar-se com segurança que, conferindo aos simuladores o direito de fazer anular o acto simulado, dá-se um incentivo à prática da simulação; pelo contrário, recusando-lhe êsse direito, opõe-se a essa prática um obstáculo grave.

A *Revista* considera bastante restrito e falível o valor da 2.^a solução como processo de reprimir a simulação; mas nós, invocando a nossa experiência de mais de 40 anos, repetimos aqui o que dissemos na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 49, pág. 229 : «Sempre que na nossa vida de advogado temos aconselhado clientes a não celebrarem contratos, que êles chamam *fantásticos*, muito mais do que as considerações de ordem moral, que lhes fazemos, impera no seu espírito o receio, que lhes incutimos, de as pessoas, com quem se dedicam a realizar tais contratos, podem prevalecer-se do que nêles seja estipulado a seu favor».

Creemos que a generalidade dos advogados pode corroborar esta nossa afirmação.

Pretendendo tirar-lhe o valor, diz ainda a *Revista* : — Quem decide levar a efeito qualquer simulação escolhe naturalmente para comparsa uma pessoa muito chegada a si, da sua mais estreita confiança, pelo que, de ordinário, não lhe passará pelo espírito a possibilidade de ela algum dia querer assenhorear-se dos bens que lhe sejam entregues para disfarçar a simulação».

Não é tanto assim; a experiência tem mostrado o perigo da prática da simulação, por poder o comparsa aproveitar-se dela, e quem deseja praticar um acto simulado tem, seguindo-se a nossa doutrina, de proceder com muito cuidado à difícil escôlha do comparsa — tem de ser uma pessoa sem escrupulos para poder

aceitar a colaboração nesse acto e deve ser tão escrupulosa que depois não queira aproveitar-se da simulação.

E, de resto, como diz o povo, *há morrer e viver...*

É para nós certo — e a essa certeza nos leva a nossa longa prática forense, que se dá um incentivo, ou se estabelece um obstáculo à simulação consoante se permitir ou se negar aos próprios simuladores o *serem ouvidos* em juízo sôbre a simulação (1).

Ora cumpre à lei evitar e não favorecer a prática de actos ilegais, fraudulentos e criminosos.

* *
*

Finalmente, a *Revista* mostra-se impressionada pelo facto de a grande maioria dos legisladores e dos juristas adoptar a doutrina de que a simulação, mesmo fraudulenta, pode ser invocada pelos próprios simuladores.

Embora não deixemos de o tomar em consideração, o facto não nos impressiona.

E ainda há pouco vimos que também por êle não ficaram impressionados os membros de Comissão que no Brasil redigiu um Ante-projecto de Código de Obrigações (de 1941), pois que nêle consignaram (art. 19.º) a doutrina que temos vindo a sustentar: — que «a simulação fraudulenta não pode ser invocada por qualquer das partes coniventes».

(1) Empregamos esta expressão — *ouvidos em juízo* —, que é a própria do art. 692.º, para abranger, não só a acção de um dos simuladores tendente a anular o acto aparente, mas também a excepção que o simulador principal (digamos assim) queira opôr ao simulador comparsa se êste lhe exigir o cumprimento dêsse contrato.

A *Revista de Legislação e de Jurisprudência* parece que não pode encontrar base legal, no art. 692.º, o não poder ser oposta a simulação por via de excepção quando um dos simuladores (o falso adquirente) queira exigir do outro (falso alienante) o cumprimento das obrigações simuladamente contraídas ou reclamar-lhe os bens simuladamente alienados. Ora, dizendo êsse artigo. — *nenhum dêles será ouvido em juízo* — manifestamente abrange tanto o meio da acção como o da excepção.

*
* * *

Não queremos terminar sem nos referirmos ainda à recente jurisprudência dos nossos tribunais admitindo os próprios simuladores a invocar a simulação fraudulenta.

É ela abertamente contraditória quer com a que, aliás de harmonia com a lei já por nós indicada, tem decidido que — «em acção de simulação de preço de um contrato, o arguido dessa simulação, visto que esta pode envolver responsabilidade criminal, não pode ser obrigado a depôr» (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1937, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 52, pág. 134), quer com a que tem decidido que — sempre que o réu conteste a acção proposta por um terceiro para fazer anular um acto jurídico por simulação deve ser condenado como litigante de má fé (Sentença de Juíz de Direito de Ponta do Sol de 9 de Julho de 1910, confirmada pelo acórdão da *Relação de Lisboa* de 27 de Março de 1911, uma e outra na cit. *Gazeta*, vol. 28, pág. 171, e vol. 26, pág. 130; o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1933, na cit. *Gazeta*, vol. 47, pág. 347, e o da *Relação de Lisboa* de 26 de Outubro de 1933, na cit. *Gazeta*, vol. 53, pág. 212).

Lógicamente com a doutrina destas últimas decisões, julgada procedente uma acção de simulação fraudulenta de um contrato intentada por um dos simuladores, devem ambos — autor e réu — ser condenados como litigantes de má fé...

Como pode haver quem se impressione com o facto de, nos últimos tempos, a jurisprudência ter enveredado pelo caminho de permitir aos próprios simuladores arguir a simulação fraudulenta que tenham praticado, é bem que se veja como ela se coloca numa posição que se não coaduna com a que tem assumido noutros casos também relativos à simulação fraudulenta.

E, para terminar: — essa jurisprudência dos últimos tempos não tem sido uniforme.

Pelo menos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 1938 (na *Colecção Oficial*, vol. 37, pág. 1) decidiu que — «o facto de o réu devedor dizer que a sua declaração não representa a sua verdadeira vontade ao contratar não é de admi-

tir pois não pode alegar nulidade só proveniente da sua própria culpa» e o Acórdão da Relação de Lisboa de 12 de Outubro de 1940 (sumariado na *Revista de Justiça*, vol. 26, pág. 19) decidiu que — «o filho, que instigou, concorreu directamente para a simulação e dela tirou imediato benefício, não pode pedir a anulação».

Barbosa de Magalhães