

## **A SIMULAÇÃO FRAUDULENTA, TANTO DE UM ACTO JURÍDICO SUBSTANTIVO COMO DE UM ACTO PROCESSUAL, NÃO PODE SER ARGUIDA POR NENHUM DOS PRÓPRIOS SIMULADORES**

Pelo PROF. DOUTOR BARBOSA DE MAGALHÃES

I. O problema continua na ordem do dia.

O artigo, que publicámos no 3.º vol. desta *Revista* (1), mereceu uma proficiente contestação por parte do Prof. Doutor Paulo Cunha (2) e, restritamente, sobre a simulação processual, o problema foi posteriormente debatido pelo Dr. José Sá Carneiro (3) e pelo Prof. Dr. Alberto dos Reis (4).

Nos tribunais também a discussão tem continuado, mas as decisões proferidas nada dizem de novo, limitam-se a produzir dois ou três dos já conhecidos argumentos aduzidos para sustentar que o próprio simulador pode arguir a simulação fraudulenta de um acto jurídico substantivo e nem sequer se referem ao argumento, que aduzimos em contrário, derivado de não poder o próprio simulador arguir a simulação processual.

Vamos continuar a discussão, replicando ao Prof. Doutor Paulo Cunha e referindo-nos também, na altura própria, às opiniões do Dr. José Sá Carneiro e Prof. Dr. Alberto dos Reis sobre a simulação processual.

---

(1) N.ºs 1 e 2, pág. 60 e segs.

(2) No *Direito*, t. 76, pág. 290.

(3) Na *Rev. do Trib.*, t. 63, pág. 274.

(4) No *Bol. da Fac. de Dir. de Coimbra*, suplemento VI, pág. 296 e seg., em anotação ao Ac. do Sup. Trib. de Just. de 30 de Maio de 1944.

**2.** O Doutor Paulo Cunha vai seguindo a ordem dos argumentos que aduzimos no nosso artigo e nós vamos agora segui-la também, respondendo, porém, em 1.º lugar, a uma observação de ordem geral, que faz quase no final do seu estudo (n.º 13).

É a de que: — a nossa construção padece do defeito sério de encarar só uma faceta do problema da arguição da simulação pelos simuladores, sem referência aos casos da simulação *inocente*, «que não pode deixar de ingressar na mesma teoria geral e de cujo tratamento jurídico nascem inevitáveis repercussões para o regime a aplicar» aos casos da simulação *fraudulenta*.

Parece-nos sem valor a observação, pois que, embora a solução dos dois problemas seja diferente, o certo é que as duas hipóteses são muito diferentes também.

Numa, há fraude, dolo, ou má fé, e o intuito de prejudicar terceiras pessoas, e, geralmente, há esse prejuízo; na outra, não há fraude, dolo ou má fé, não há essa intenção de prejudicar e raramente há o prejuízo de terceiras pessoas.

É, pois, tudo que há de mais natural que, quer de *jure condendo*, quer de *jure condito*, as soluções dos dois problemas sejam diferentes.

De resto, de *jure condito*, na simulação fraudulenta há lugar a aplicar o art.º 692.º do Cód. Civ., em que fundamentalmente se baseiam os que, como nós, sustentam que ele proíbe que os próprios simuladores invoquem em juízo a simulação; e na simulação inocente esse artigo não é aplicável.

**3.** O Doutor Paulo Cunha sustenta que não tem valor a nossa afirmação de que — «não há pròpriamente falta de vontade; há apenas divergência entre a vontade real e a vontade declarada.»

Sublinhamos, nesta transcrição, que fazemos, da afirmação que nos é atribuída, a palavra — apenas — porque não a empregámos. O que nós dissemos foi — «não há pròpriamente falta de vontade; há divergência entre a vontade real e a vontade declarada.»

Além desta diferença, que não é pequena, temos de lastimar que o Doutor Paulo Cunha não tivesse querido ver o alcance dessa afirmação, atendendo, não só ao advérbio *pròpriamente*, que foi propositalmente empregado, mas também a que o nosso argumento con-

siste em observar que a simulação não é um caso simples de *falta de vontade*, que se dá, por exemplo, num acto praticado por um demente, mas é, sim, uma figura jurídica especial, caracterizada por aquela *divergência*, e que como tal tem sido sempre considerada pela doutrina e pelas legislações.

Acrescenta o Doutor Paulo Cunha que o nosso argumento, tal como o compreendeu, assenta num sofisma, porque não pomos em dúvida e antes aceitamos que a simulação — haja ou não falta de vontade — gera nulidade.

Concordamos em que da falta de vontade resulta, *em regra*, nulidade, mas, como a simulação é uma figura jurídica especial, que deve ter e tem uma regulamentação jurídica própria, e como há casos em que a falta de vontade não gera nulidade, como o Doutor Paulo Cunha reconhece e sustenta — basta lembrar os casos de *reserva mental* e o da *própria simulação*, em relação a terceiros de boa fé — segue-se que não basta dizer que há falta de vontade para se concluir que o acto é nulo.

Logo, o que não tem valor é o argumento de que, desde que da falta de vontade resulta nulidade, esta resulta também da simulação em relação aos próprios simuladores.

Nem é aceitável aquela afirmação genérica, nem a dedução, que dela se faz, está de harmonia com a lei e a justiça.

De resto, para provar que há falta de vontade, é preciso pôr de parte a vontade declarada para atender à vontade real.

Ora, esta intromissão no domínio da psicologia é que só tem lugar quando a lei a impõe ou autoriza, especialmente quando tenha adoptado a teoria do predomínio, em regra, da vontade declarada sobre a vontade real.

Quanto à lei portuguesa, os juristas têm discutido qual a teoria por ela adoptada, mas, quando não se entenda que ela manda, geralmente, atender de preferência à vontade declarada, como aliás resulta dos art.<sup>os</sup> 647.<sup>o</sup>, 648.<sup>o</sup> e 1.761.<sup>o</sup>, e dos preceitos sobre os vícios do consentimento, designadamente sobre o erro, certo é que não há nela normas que obstem à adopção, pelo intérprete, da doutrina, que melhor corresponde às necessidades do comércio jurídico, à teoria da aparência, que tem essencialmente em vista a certeza e a segurança do direito, e ao princípio de que a este, geralmente, não interessa a

actividade interna da vontade, mas sim a sua manifestação externa (1).

É esta a teoria que modernamente tem prevalecido nas legislações.

E, em conformidade com ela, tem de entender-se que a não correspondência entre a vontade real e a vontade declarada só produz nulidade quando a lei o determina e nos restritos termos por ela estabelecidos (2).

Assim se explica que a simulação não esteja tratada nem no capítulo do Cód. Civ. sobre o *mútuo consenso*, nem no que trata da *rescisão dos contratos*, e que este Cód. só trate da rescisão, a que ela pode dar lugar, quando se ocupa dos actos e contratos celebrados em prejuízo de terceiro.

Ainda mais: — a anulação do acto simulado não deriva da falta de vontade; deriva, sim, como observa Reis Maia (3), da existência de uma outra vontade oposta, segundo a qual as partes querem que só produza efeitos o acto secreto, e não o acto aparente; e, apesar da simulação apresentar esses 2 aspectos — um aparente e outro secreto, não deixa de haver, como em qualquer contrato, o acordo dos contraentes.

De forma que a nulidade do acto simulado só pode ter lugar quando e nos termos em que a lei o determinar.

E, em face do art.º 1.031.º do Cód. Civ., a simulação só pode importar a nulidade ou rescisão do contrato quando tenha sido praticada com o fim de defraudar os direitos de terceiro e a requerimento dos prejudicados.

Devemos, a propósito, recordar que grande parte da nossa argumentação no referido trabalho publicado nesta *Revista*, é aduzida

---

(1) Fezas Vital, *Do acto jurídico* pág. 49 e segs.; Mário de Figueiredo, *Caracteres gerais dos títulos de crédito*, pág. 131.

(2) Beleza dos Santos, *A simulação*, vol. 1.º, pág. 56, conclui, em face do nosso Cód. Civ., que a divergência entre a vontade e a declaração produz, em regra, a nulidade do acto jurídico.

(3) *Das obrigações*, pág. 511.

supondo — sem conceder — que o art.º 692.º do Cód. Civ. não é aplicável ao problema em debate.

Mas é nesta disposição legal que, essencial e fundamentalmente, nos baseamos para sustentar que, tratando-se de simulação fraudulenta, os próprios simuladores não a podem invocar em juízo.

4. Tendo nós citado os art.ºs 692.º, 695.º e 1.542.º, n.º 1.º do Cód. Civ. para sustentar que está consagrado no nosso direito o princípio de que ninguém pode tirar proveito do seu dolo ou da sua culpa, *mesmo contra quem com dolo ou culpa tenham também procedido* — o Doutor Paulo Cunha limita-se a observar :

— que os art.ºs 695.º e 1.542.º, n.º 1 não consagram esse princípio, porque regulam apenas o conflito entre um contraente com responsabilidade moral e outro contraente, que nela não incorreu ;

— que «pode-se bem pôr em dúvida se o só preceito do art.º 692.º, *referido, como é, a uma hipótese especialíssima*, representa material hermenêutico bastante para alicerçar um *princípio geral* com a vastidão e a ilimitação que o Doutor Barbosa de Magalhães lhe atribui» ; e

— que, mesmo que fosse inquestionável ser ele um princípio geral do nosso direito, ele não impediria o simulador de arguir a simulação e antes constituiria obstáculo à doutrina contrária, porisso que, ao arguir a simulação, o simulador não intenta tirar proveito da sua má fé contra o outro simulador ; procura apenas *desfazer* a simulação, *invalidar* o acto fingido, e, assim, evitar que o outro fraudulentamente dele se prevaleça ; — «eis o ponto capital, diz o Doutor Paulo Cunha, que passa despercebido a toda a argumentação do Doutor Barbosa de Magalhães.»

Ora, o art.º 695.º, dispondo que nenhum contraente pode alegar erro ou coacção para que haja contribuído, não abrange apenas o caso de o outro contraente estar de boa fé ; abrange manifestamente também o caso de um e outro terem sido induzidos em erro, para que um e outro hajam contribuído.

Não há no artigo, nem haveria razão para haver, qualquer limitação, pois o que é justo é que cada um dos contraentes sofra as consequências do erro para que haja contribuído, quer o outro esteja de boa fé, quer não esteja.

O art.º 1.542.º dispõe que, se o jogador tiver pago o que perdeu, não poderá tornar a pedir o que assim pagou, excepto :

1.º — 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.

Ora, se na 1.ª parte deste n.º 1.º se supõe a hipótese de ter um dos contraentes procedido com dolo ou fraude em relação ao outro, certo é que a solução aí dada implica esta outra — a de que o jogador, que procedeu com dolo ou fraude, não pode tornar a pedir o que pagou, quer o outro tenha, quer não, procedido também com dolo ou fraude.

Se necessário fosse, recorrer-se-ia, para se chegar a esta solução, ao preceito do art.º 692.º.

Ou também neste caso ele não seria aplicável ? !

Por necessidade de argumentação, o Doutor Paulo Cunha vê-se obrigado a afirmar que ele se refere a uma hipótese especialíssima...

Certo é, porém, que o art.º 692.º consagra, como é bem sabido, este antigo e conhecido princípio geral — *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Ora essa máxima é de carácter geral e só com uma argumentação arvezada ou sofisticada é que pode dar-se ao artigo, que a consagra, uma interpretação restrita por forma a excluir a simulação.

Aprecie-se, por exemplo, o que diz Guilherme Moreira (1).

Depois de reconhecer, como não podia deixar de fazer, que a simulação é um crime (Cód. com., arft.º 455.º), sustenta que tanto o art.º 692.º como a máxima, de que ele é tradução, não se aplicam aos actos simulados, com estes fundamentos :

a) «Estes actos, diz, não podem considerar-se, independentemente da intenção das partes, criminosos ou reprovados por lei».

Mas porque é que há-de pôr-se de parte a intenção das partes ?

Pois não é a ela que tanto o art.º 455.º do Cód. Pen., como o art.º 692.º do Cód. Civ. mandam atender ?

Então atende-se à intenção das partes para os considerar simulados e não se atende a ela para os considerar abrangidos por aquela máxima e pelo art.º que a consagra ? !

---

(1) *Inst. de Dir. Civ.*, vol. 1.º, págs. 406 e 407.

b) «Quando por eles, continua Guilherme Moreira, se pretenda encobrir um acto verdadeiro, mas que seja criminoso ou reprovado pelas leis, é esse acto que constitui crime, representando a simulação um véu por meio do qual se pretende ocultá-lo».

Mas, porque é um véu, a simulação já não é crime ? !

E é-o o acto verdadeiro ? !

Suponha-se que um pai, querendo vender a um filho um prédio, mas não podendo obter o consentimento dos outros filhos, lhe doa o prédio simuladamente.

Onde está o crime ? em vender o prédio sem consentimento dos outros filhos, ou em fazer a doação ? !

c) «Dado que a simulação seja feita em prejuízo de terceiros ou, do Estado, não pode dizer-se que a simulação tenha por causa ou fim um facto criminoso, ou reprovado pelas leis. Em tal caso, é a própria simulação que constitui um crime, não havendo um facto que constitua objecto desse contrato ou que forme o seu conteúdo, pois que o contrato é simulado, apenas tem existência aparente».

Volta, pois, aqui, a simulação a constituir crime...

Mas o que não está certo é dizer-se que o acto simulado é um mero acto aparente, porisso que, enquanto não for anulado, produz efeito para com as partes e para com terceiros e, quando estes estejam de boa fé, a simulação é-lhes inoponível.

d) «Do art.º 692.º desprende-se claramente que o contrato, a que ele se refere, tem por objecto um facto a realizar por qualquer das partes, devendo ainda notar-se que uma delas pode estar de boa fé, quando esta é incompatível com a simulação».

Ora pela simulação, quando não é inocente, as partes propõem-se a realização de um acto ou criminoso, ou proibido por lei, mas o acto simulado é sempre criminoso, ao passo que o acto verdadeiro, que a coberto dela se diz praticar (cá está o tal véu), pode não ser criminoso e ser apenas reprovado pela lei.

O art.º 692.º supõe a má fé de ambos os contraentes na sua 1.ª parte ; e supõe que haja má fé só de um deles na sua 2.ª parte ; como para que haja simulação fraudulenta é preciso que haja má fé de ambas as partes, segue-se que não lhe é aplicável a 2.ª parte do artigo, mas que lhe é aplicável a primeira.

Isto parece-nos evidentíssimo.

Finalmente, diz Guilherme Moreira :

e) «A alegação, que as partes façam em juízo da simulação de um contrato, não pode considerar-se como alegação da própria torpeza, ou de um facto criminoso ou reprovado pela lei, mas de que a declaração não corresponde à vontade por acordo das partes e, portanto, da inexistência do acto jurídico».

Mas porque é a tal alegação não pode considerar-se como sendo da própria torpeza, se na realidade o é?!

Alegando que a declaração não corresponde à vontade das partes, o autor alega a própria torpeza.

E não declara a inexistência do contrato, porque quem tem de a declarar é o tribunal, e este não declara a inexistência, mas sim a nulidade, o que é diferente.

O simulador, alegando que praticou uma simulação, alega uma torpeza própria, e fazendo o pedido para ser anulado o contrato simulado, outra torpeza comete ainda.

O tribunal não pode tomar conhecimento do pedido, que lhe faz quem assim tão torpemente procede.

Sinceramente afirmamos a nossa admiração ao ver que uma tal argumentação arrastou a doutrina e a jurisprudência para o caminho oposto ao que até então tinham seguido.

Se, pois, o art.º 692.º traduz a máxima referida, e se esta tem caracter geral e abrange manifestamente a simulação, como é que se pode sustentar que o artigo a não abrange?

Passemos à tal consideração que nos passou despercebida quando deduzimos a nossa argumentação.

É a de que, ainda que fosse princípio geral do nosso direito — que ninguém pode tirar proveito do seu dolo ou culpa mesmo contra quem com dolo ou culpa tenha também procedido, ele não impede o simulador de arguir a simulação, pois que, fazendo-o, ele não intenta aproveitar-se dela, mas apenas desfazê-la, invalidá-la.

Sim, depois de ela ter produzido o resultado, que com ela criminosamente quis atingir...

O Doutor Paulo Cunha dá, assim, à expressão — *tirar proveito* — um alcance restrito e esquece ou não considera a situação criada pela simulação, isto é, o acto simulado, que perdura e produz efeitos enquanto uma sentença judicial o não declarar nulo.

De forma que o acto simulado pode produzir o criminoso resul-



tado, que com ele se quis obter, e depois o contraente, que assim se valeu da simulação, desfá-la, invalida-a e restabelece a verdade jurídica.

Quer dizer — de poder arguir a simulação o próprio simulador tira ele o proveito de desfazer uma situação, que ele próprio fraudulentamente criou!

Serve-se do acto simulado enquanto lhe convém e desfá-lo depois de ter conseguido o seu criminoso intuito!

Eis a moralidade e justiça da doutrina contrária à nossa!

5. Discordando da afirmação da *Revista de Legislação e Jurisprudência* (1) de 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 sobre a vontade real do declarante, dissemos que, não só todas essas doutrinas estabelecem excepções aos princípios gerais, que formulam, como também a referida validade se justifica perfeitamente aplicando a doutrina da responsabilidade.

Discorda, por sua vez, o Doutor Paulo Cunha, pois entende que essa doutrina, fundamentando aliás a validade do acto simulado para com terceiros de boa fé, não pode fundamentar a validade dele *inter partes*.

Mas, se o declarante, que tiver responsabilidade na divergência, não pode valer-se dela contra terceiros de boa fé, porque essa responsabilidade o vincula à própria declaração, também por esta mesma razão não pode prevalecer-se da divergência contra o outro declarante.

E, desde que ambos os declarantes têm responsabilidade na divergência, isto é, na simulação, ambos ficaram vinculados à declaração fraudulenta, que fizeram, e nenhum deles pode valer-se dessa divergência para evitar as consequências que dela resultam.

O Doutor Paulo Cunha diz que «a responsabilidade do declarante fica neutralizada pela má fé das outras pessoas — e regressa-se à pureza do princípio geral de que se partira».

---

(1) Vol. 72, pág. 69.

Mas em que se baseia essa pretendida *neutralização*? O que é que a explica e o que é que a justifica?

E como é que da *fraude* de um dos declarantes com a *fraude* do outro resulta a *pureza* do princípio?!

É como se do coito de 2 negros nascesse uma criança branca de neve!

O Doutor Paulo Cunha reconhece que todas essas doutrinas abrem excepções, mas afirma que entre elas *nunca figura, nem podia figurar*, a arguição da simulação por um simulador contra o outro.

Será assim, mas como se explica que alguns notáveis juriconsultos e algumas legislações sustentem e consignem tal solução?

Ou as doutrinas não servem, ou esses juriconsultos e legislações se não importam com elas.

**6.** Somos acusados pelo Prof. Doutor Paulo Cunha de esquecer que «não se trata da anulação de um acto anulável, mas de verdadeira *declaração de nulidade* de um acto ferido de nulidade absoluta por falta de vontade, nulidade que, como tal, opera por si mesma a destruição do acto.

«A intervenção judicial, continua o Doutor Paulo Cunha, não é aqui *constitutiva*, mas meramente declarativa; não representa uma necessidade *jurídica*, uma condição *sine qua non* para que a nulidade opere, mas consiste em mera necessidade *prática*, para fazer cessar o estado de incerteza que a aparência do acto simulado naturalmente produz.»

Prática ou jurídica, o que é certo é que essa necessidade da declaração judicial do acto simulado existe; ele produz todos os seus efeitos enquanto não for judicialmente anulado.

E, sendo assim, como é, inquestionavelmente, o problema põe-se nestes termos — quem tem legitimidade para requerer a declaração dessa nulidade?

Não a têm os próprios simuladores contra terceiros de boa fé, responde o Doutor Paulo Cunha.

Não a têm também os próprios simuladores entre si, respondemos nós.

E a questão continua de pé.

**7.** O Doutor Paulo Cunha diz que não temos razão quando afirmamos «que se um dos simuladores puder fazer valer contra o

outro a nulidade do acto simulado, deverá poder opô-la do mesmo modo contra o terceiro de boa fé para que tenha sido transmitido o prédio, se se tratar, por exemplo, de uma venda simulada.»

E diz mais que «semelhante afirmação faz tábua rasa dos dados elementares do problema e, designadamente, despreza o princípio da responsabilidade, a que linhas atrás se fizera alusão.»

Mas qual é a disposição legal em que se funda o Doutor Paulo Cunha para sustentar que o acto simulado é válido para os terceiros de boa fé?

Não a indica, nem é capaz de a indicar o ilustre Prof., porque, ao contrário, desde que um acto é anulado, a anulação produz efeitos para com terceiros quer estejam de boa, quer de má fé, a não ser que, para determinada hipótese, a lei contenha preceitos especiais, como são, relativamente à rescisão dos actos verdadeiros praticados pelo devedor em prejuízo dos seus credores, e que não são aplicáveis à anulação de actos simulados judicialmente declarada a requerimento de um credor (Conf. art.º 1.032.º).

A *Rev. de Leg. e Jur.* (1), seguindo o Prof. Dr. Beleza dos Santos (2) e reconhecendo, como ele, que não há preceito de lei, em que se baseie essa tese da validade dos actos simulados em relação a terceiro de boa fé, sustenta-a, baseando-se em 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 dele», ao que nós respondemos, no já citado artigo publicado nesta *Revista*, que tal fundamento, 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*.

A estes nossos argumentos não responde o Doutor Paulo Cunha, que, como vimos, fundamenta a mesma tese na doutrina da responsabilidade.

Ora nós, que fizemos aquela afirmação criticada pelo Doutor Paulo Cunha «partindo da hipótese, aliás errada quanto a nós, de

---

(1) *Lug. cit.*

(2) *A simulação*, vol. 1.º, n.º 68.

o art.º 692.º do Cód. Civ. não abranger os actos simulados», não nos baseamos apenas na doutrina da responsabilidade, mas sim, e principalmente nesse art.º 692.º para sustentar que nenhum dos simuladores pode invocar a simulação contra um terceiro de boa fé.

Pois se, quanto a nós, nenhum simulador a pode invocar contra o outro, como a poderia invocar contra quem não tem responsabilidade na simulação?

E agora vem o outro nosso argumento, que o Doutor Paulo Cunha também critica: — se o simulador pode invocar em juízo a simulação contra o outro, mas não contra um terceiro de boa fé, esse outro pode evitar aquele risco transmitindo o objecto do contrato simulado a um terceiro de boa fé; e nesse caso, o Doutor Paulo Cunha acha justo que o simulador não possa então arguir a nulidade.

Para atacar o argumento o Doutor Paulo Cunha supõe que esse terceiro, para quem a transmissão seja feita, aparente boa fé sem a ter; mas não é esta a hipótese que nós apresentámos.

**8.** Sobre a applicabilidade do art.º 692.º ao problema em debate, o Prof. Doutor Paulo Cunha, atendendo a que o nosso modo de argumentar está há muito directamente combatido e superado, nomeadamente por Guilherme Moreira e Beleza dos Santos, entende que não lhe compete rebatê-lo, e limita-se, por isso, a concentrar a sua atenção no único ponto, dos focados por nós, sobre que se não tem escrito.

Ora, à argumentação de Guilherme Moreira, cuja manifesta improcedência já acima demonstrámos, e à de Beleza dos Santos, responde triunfantemente José Tavares (1); e, ultimamente, a *Rev. de Leg. e Jur.* (2), embora seguisse a opinião desses professores, combate os seus argumentos, aduzindo outros.

Por isto, também aqui não discutiremos essa applicabilidade, limitando-nos a dar como reproduzido aqui o que, quanto a ela, já escrevemos na *Gaz. da Rel. de Lisboa*, t. 49, pág. 228, e no citado artigo desta *Rev.*, e passamos já a tratar desse tal ponto sobre que ainda se não tem escrito.

---

(1) *Lug. cit.*

(2) *Princípios fundamentais do direito civil*, vol. 2.º, pág. 525.

**9.** Observando que, nos termos do art.º 564.º do Cód. de Proc. Civ., não é admissível o depoimento de parte dos simuladores, quando se trate de simulação fraudulenta, argumentámos assim: — «Ora, se os simuladores não podem ser ouvidos em juízo, quando sejam réus, como é que o podem ser arvorando-se em autores? !»

Contra este argumento diz o Doutor Paulo Cunha que ele só tem fachada, é absolutamente vão, porque nele se misturam duas realidades totalmente distintas como natureza, como significação e como efeitos.

Não se trata de duas realidades totalmente distintas; trata-se de uma só — a audiência em juízo do simulador fraudulento.

É inegável que não pode depor como parte, porque o art.º 564.º o proíbe e assim tem sido julgado.

Ora tanto na acção, que um terceiro proponha para anular o acto simulado, como na que ele próprio intente contra o outro simulador, ele é *parte*. Esta é que é a realidade única, que importa considerar.

É absurdo que naquela acção, que tende à defesa dos legítimos interesses de terceiro, o simulador não possa ser ouvido em juízo, e que o possa ser nessa outra, intentada por ele para defender os seus interesses ilegítimos.

O simulador fraudulento pode ser ouvido em juízo como autor, mas não o pode ser como réu!

Justifica-se isto? !

Se a razão da inadmissibilidade a depor sobre factos criminosos ou torpes está em não colocar o depoente na contingência de mentir, atraído o juramento e induzindo em erro a justiça, como é bem sabido, essa mesma razão leva a não admitir que o simulador venha a juízo fazer declarações, porque, se assim não fosse, a lei não tornaria inadmissível o depoimento, mas disporia antes que ninguém poderia ser obrigado a depor sobre tais factos.

O preceito do art.º 564.º do Cód. de Proc. Civ. combina-se perfeitamente com o do art.º 692.º do Cód. Civ.

E é esta outra realidade que só sofisticamente pode ser contestada.

**10.** Chega agora a vez do argumento novo que produzimos no artigo publicado nesta *Rev.* e que deduzimos das disposições do novo Cód. de Proc. Civ.

Este Cód., dissemos nós, só admite os terceiros a impugnarem uma sentença proferida em processo, de que as partes se tenham servido para praticar um acto simulado; portanto, o próprio simulador não pode arguir a simulação processual; e, nestes termos, é inadmissível, por redundar em incongruência indesculpável, o permitir que o próprio simulador argua a simulação quando realizada num acto jurídico, que não seja processual.

Considerámos este argumento decisivo, mas o Doutor Paulo Cunha entende que ele não tem qualquer relevância...

Parece-nos que há nesta apreciação uma pontinha de exagero... Como quando diz que o art.º 692.º se refere a uma hipótese especialíssima...

Mas vejamos como o argumento é combatido.

Primeiro, diz o Doutor Paulo Cunha, se o argumento fosse válido aplicar-se-ia a toda e qualquer espécie de simulação civil, ora há hoje texto expresso a prever a arguição da simulação em direito substantivo, pelos próprios simuladores—o do art.º 192.º do Código do Notariado.

Poderia parecer que este *texto expresso* resolveria por si todo o problema, mas... não resolve nada!

É que, como já observara a *Rev. de Leg. e Jur.* (1) o artigo pode aplicar-se à simulação inocente, mas «*para a simulação fraudulenta é que o problema continua em aberto*».

Esse artigo do actual Cód. do Notariado reproduziu o art.º 177.º do Cód. anterior, mas aditou a referência à simulação para o fim de poder ela provar-se por testemunhas, não obstante o disposto no art.º 2.507 do Cód. Civ., resolvendo assim uma velha e conhecida dúvida, que existia em relação à prova da simulação, mesmo quando alegada por terceiro.

Não quis, pois, resolver o problema de ser a simulação, mesmo inocente, alegada pelo próprio simulador.

De resto, esse artigo está substituído pelo art.º 530.º do actual Cód. de Proc. Civ., de cuja disposição, mais genérica, menos razão há para deduzir argumento a favor da doutrina de que o próprio simulador pode arguir a simulação.

---

(1) Lug. cit.

**11.** Em 2.º lugar, o Doutor Paulo Cunha não crê que seja correcto pôr em pé de igualdade os dois problemas — da simulação civil e da simulação processual.

Neste ponto, tem absoluta razão, pois que a simulação processual é muito mais grave do que a simulação civil; esta pode ser praticada num documento autêntico, em que intervem um official público, ou mesmo num documento particular, ao passo que a simulação processual é praticada pondo em movimento a máquina judiciária, enganando o tribunal e podendo até concorrer para o seu desprestígio.

Portanto, se a simulação civil pudesse ser arguida pelos próprios simuladores, *por maioria de razão* o deveria poder ser a simulação processual.

Negar isto será negar a evidência mesma.

**12.** Entende, todavia, o Doutor Paulo Cunha que o Cód. de Proc. não recusa a arguição da simulação processual às próprias partes e sustenta que ainda hoje pode ter lugar a solução que ele preconizou na vigência do Cód. antigo, o qual não se referia à simulação, nem no art.º 148.º, como fundamento para a anulação do caso julgado, nem em qualquer outro preceito.

Sucede, porém, que o Cód. actual teve uma preocupação grande em prevenir a simulação processual e em dar-lhe remédio, quando fosse caso disso.

Assim, no art.º 306.º, permite que a confissão, desistência ou transacção possa ser revogada por erro de facto, por dolo, coacção ou *simulação*, e até a simulação foi incluída no preceito por proposta nossa (acta n.º 6 da sessão de 12 de Abril de 1937 da Comissão Revisora), pois a disposição correspondente do Projecto só falava em dolo e coacção; — no art.º 665.º prevê que o juiz possa, com base na conduta das partes e em qualquer circunstância da causa, ter a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado e dispõe que, em tal caso, a decisão obste a esse objectivo anormal; — e depois, no art.º 778, prevendo que, embora as partes se tenham servido do processo para praticar um acto simulado, o tribunal se não tenha apercebido da fraude e não tenha, portanto, usado do poder que aquele art.º 665.º lhe confere, permite que a sentença seja impugnada mediante o recurso da *oposição de terceiro*.

Depois disto, não nos parece que ninguém esteja autorizado a supor que o Cód. se esqueceu do problema de poder ou não a simulação processual ser arguida pelos próprios simuladores.

Não, não houve esquecimento e até por 2 vezes, quando foram discutidas pela Comissão Revisora as disposições do Projecto tanto sobre a opposição de terceiro, como sobre o recurso de revisão, o vogal Dr. Sá Carneiro pretendeu que se prevenisse e regulasse o caso de a simulação processual ter sido praticada por um representante duma das partes—caso este, que por vezes se tem dado em acções de investigação de paternidade ilegítima, e o seu desejo não obteve satisfação (Acta n.º 39, de 28 de Março de 1939).

De forma que querer aplicar ainda agora a solução que o Doutor Paulo Cunha preconizava para que a simulação processual pudesse basear a anulação do caso julgado, a requerimento quer de terceiros, quer das próprias partes, e que ele próprio considerava imperfeita e só aceitável, porque com ela se dava «satisfação a uma instante necessidade, que parece não poder ser integrada de outro modo, enquanto a lei actual (o antigo Código de Processo Civil) se mantiver» (1), é absolutamente inadmissível, tanto mais que o novo Cód. preveniu e regulou expressamente o caso em relação a terceiros prejudicados estabelecendo o referido recurso extraordinário de *oposição de terceiro*.

**13.** Pretendendo demonstrar a applicabilidade ainda agora dessa sua solução, o Doutor Paulo Cunha diz: «Pois se os textos do art.º 148.º do Cód. velho, em que essa interpretação se baseava, foram pura e simplesmente trasladados para o art.º 771.º do Cód. novo onde se regula a recurso de revisão (o sublinhado não é nosso). E, assim, a esse art.º 771.º applica-se como luva tudo quanto no mencionado livro naquele sentido se escreveu.»

Mas essa trasladação não foi tão pura e simples como isso.

O texto do art.º 148.º do Cód. velho, em que se fundamentava a solução do Doutor Paulo Cunha, era a do n.º 3.º, que dizia:— «Quando se apresentar documento novo, que a parte não pudesse ter

---

(1) *Simulação processual e anulação do caso julgado*, pág. 349.



ao tempo em que se proferiu a sentença, e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova, em que ela se fundou» ; e o texto correspondente do art.º 771.º do Cód. novo reza assim : — «Quando se apresentar documento novo de que a parte não dispusesse *nem tivesse conhecimento* e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a sentença se fundou.» (n.º 3.º).

O texto do n.º 3.º do art.º 148.º não foi, pois, como se vê, pura e simplesmente trasladado para o art.º 771.º ; foi trasladado com um importante aditamento — o das palavras que sublinhámos — o qual, se não exclui a solução do Doutor Paulo Cunha, mostra que o legislador não deixou de estudar atentamente as normas, que se encontravam no art.º 148.º e as que incluiu no art.º 771.º.

E não foi essa a única alteração feita nos antigos textos : — ao do n.º 2.º foi feito um aditamento importante que, se também não exclui explicitamente a solução do Doutor Paulo Cunha, mostra que o legislador adoptou uma solução idêntica para o caso de falsidade, e não também para o caso de simulação.

Vem a propósito lembrar que, quando da discussão desse n.º 2.º na Comissão revisora, se passou o seguinte, segundo informa a respectiva acta (n.º 39, ainda inédita) : — «O sr. Prof. Barbosa de Magalhães alvitrou que o n.º 2.º (do art.º 733.º do Projecto, correspondente ao art.º 771.º do Cód.) se refira também ao caso de simulação. Pondera : a simulação pode ser só de uma das partes, v. g., na licitação de indivíduos que tinham direito de opção, no caso da cabeça de casal descrever dinheiro que não existe e licitar nele.

«O autor do Projecto responde : a simulação supõe um conluio de ambas as partes e só isso interessa. Portanto, não pode ser invocada como fundamento de revisão, pois ambas as partes contribuíram para que a sentença, que se pretende rever, fosse proferida em determinado sentido. Para esses casos, o Projecto prevê dois meios de defesa: o da opposição de terceiro e o do art.º 591». (correspondente ao art.º 665.º do Cód.).

Como já tem sido notado, as actas, ou antes os projectos das actas da Comissão revisora não foram revistos e apreciados pela própria Comissão e apenas contêm, em regra, indicações sucintas sobre as propostas feitas e as considerações produzidas na sua discussão.

Do que consta da acta n.º 39, na parte que acabamos de trans-

crever, vê-se que propusemos que o n.º 2.º do art.º 733.º do projecto, correspondente ao art.º 771.º do Cód., abrangesse o caso de simulação, quando fosse apenas de uma das partes, pois a simulação bilateral estava prevista nos art.ºs 591.º e 727.º do projecto, correspondentes aos art.ºs 665.º e 778.º do Cód.

Os 2 casos a que nos referimos, eram os seguintes :

a) Ordenada a licitação, nos termos do art.º 1.512.º do Cód. de Proc. Civ., um dos titulares do direito de preferência lícita, não com a intenção de ficar com o respectivo prédio, mas para o transmitir depois àquele que, não tendo o direito de preferência, o pretende adquirir, — caso este que se deu algumas vezes quando a licitação era ordenada pelos art.ºs 1.566.º e 2.309.º do Cód. Civ.;

b) Ordenada a separação de bens dos cônjuges, nos termos do art.º 10.º do Cód. Com., o marido devedor, para evitar o pagamento da dívida, descrevia falsamente, como existente no casal, uma importância em dinheiro, na qual licitava, de forma que todos ou a maior parte dos bens eram adjudicados à mulher.

A resposta do Autor do Projecto não era concludente, mas a acta não diz que tivéssemos respondido aos argumentos apresentados e não nos recorda se o fizemos ou não.

O que queremos aqui salientar é que o Autor do Projecto afirmou que, sendo a simulação «um conluio de ambas as partes», não podia ser fundamento de revisão da sentença que a tivesse sancionado, porque ambas as partes tinham contribuído para que ela fosse proferida nesse sentido, entendendo assim, que nenhum dos simuladores poderia conseguir a anulação do acto simulado.

Resta dizer que, com a proposta que fizemos não queríamos ir contra essa doutrina, pois seriam os terceiros prejudicados com ela que poderiam interpor com esse fundamento o recurso de revisão.

E não podiam eles, pela disposição do art.º 727.º do Projecto, interpor o recurso de opposição de terceiro porque esse artigo se referia apenas ao conluio dos litigantes e só conferia legitimidade para interpor o recurso aos credores e herdeiros legitimários.

Há ainda a observar que no art.º 771.º se incluíram 2 importantes normas, que não se encontravam no art.º 148.º.

Só lá não se encontra norma que permita aos próprios simuladores impugnar a sentença proferida num processo, em que tenham praticado um acto simulado.

**14.** Mas o Prof. Dr. Alberto dos Reis (1) prova, por forma bem concludente, que a solução preconizada pelo Prof. Doutor Paulo Cunha não é admissível nem à face do Cód. de Proc. Civ. de 1879, nem, e muito menos, à face do Cód. de Proc. Civ. actual.

Damos como aqui reproduzida a sua argumentação, com que concordamos, e passamos ao problema, que o mesmo Prof. também estuda — de ser ou não lícito aos próprios simuladores, à face do Cód. de Proc. Civ. actual, alegar a simulação processual, combatendo a argumentação com que o Dr. José Gualberto Sá Carneiro defendeu, na *Rev. dos Trib.* (2), criticando o Ac. do Sup. Trib. de Just. de 30 de Maio de 1944, a solução afirmativa.

Também neste ponto, claro é, estamos de acordo com o Prof. Dr. Alberto dos Reis, mas desejamos fazer algumas observações e aditamentos às suas proficientes considerações.

**15.** Os argumentos aduzidos na *Rev. dos Trib.* são os seguintes:

1.º — Admite-se hoje geralmente, quer na doutrina, quer na jurisprudência dos tribunais, que a simulação dos actos jurídicos substanciais pode ser arguida pelos próprios simuladores (3) ;

2.º — Não há razão decisiva para estabelecer doutrina diferente quanto à simulação processual ;

3.º — A análise do Cód. de Proc. Civ. mostra, pelo contrário, que ele, nos seus art.ºs 306.º e 665.º, consente a arguição da simulação processual pelos próprios simuladores ;

4.º — O facto de a simulação processual não figurar entre os fundamentos do recurso de revisão nada prova contra a tese referida ; uma coisa é esse recurso, que visa a atacar *directamente a sentença*

---

(1) Lug. cit., pág. 324.

(2) T. 62, págs. 258 e 274.

(3) O Dr. Sá Carneiro, no lug. cit. da *Rev. dos Trib.*, diz que — «Não se duvida hoje de que os próprios simuladores podem promover a declaração de simulação de qualquer acto jurídico», mas em *nota* cita o nosso artigo na *Rev. da Ordem dos Advogados*, donde se vê que sempre há quem duvide... Quanto à sua argumentação, nada diz, limitando-se a constatar que a mais recente jurisprudência é contrária a essa orientação que, relativamente à simulação processual, o próprio art.º 306.º repele. Adiante nos referimos a este art.º 306.º.

transitada em julgado e a fazê-la substituir por outra no próprio processo em que foi proferida, e outra coisa é a acção de simulação, em que se pretende provar que todo o processo é nulo por simulado, em que não se ataca directamente a sentença por ser um acto simulado, nem se pretende substituí-la por outra no mesmo processo, mas se pretende demonstrar que todo o processo é viciado pela simulação e deve, conseqüentemente, anular-se, caindo a sentença por ser o remate de um processo nulo.

**16.** O Prof. Dr. Alberto dos Reis com razão declara que não o convenceram os dois primeiros argumentos, pois que é diversa a situação consoante se trata da simulação de actos jurídicos substantivos, ou de actos jurídicos processuais.

Queremos reproduzir aqui os seus argumentos, não apenas porque com eles concordamos, mas ainda porque neles se manifesta a ideia de que quem realizou a simulação deve ficar preso nas malhas da maquinação, que teceu.

«No 1.º caso, diz o ilustre Prof., as partes praticaram a simulação num simples documento particular ou numa escritura pública; estão em face uma da outra, sòmente, ou na presença do notário. No 2.º caso, as partes praticaram a simulação na presença do juiz, que representa o Estado. Se elas levaram a sua ousadia até ao ponto de ofenderem a dignidade do tribunal e o prestígio da magistratura judicial, devem sofrer as consequências do seu abuso: ficarem presas nas malhas da maquinação, que teceram.

«Por outro lado, a arguição da simulação processual visa a destruir um caso julgado; ora o princípio da autoridade e estabilidade do caso julgado, que é um princípio de *segurança* social, impõe esta atitude: só em casos excepcionais, em casos em que a parte foi *vítima* de erro ou injustiça grave, é que ela pode inutilizar o caso julgado. Não faz sentido, pois, que seja admitida a atacar um caso julgado com fundamento na sua própria simulação, isto é, com fundamento em vício da sua responsabilidade.»

Deve acrescentar-se que, de se admitir que os próprios simuladores podem arguir simulação dos actos jurídicos substantivos não se pode tirar argumento a favor da doutrina de que também podem arguir a simulação dos actos processuais, mas da doutrina de que não podem arguir a simulação destes actos pode e deve tirar-se argu-

mento, que é valioso, senão decisivo, de que também não podem arguir a simulação dos actos substantivos.

**17.** Quanto ao 3.º argumento, o Prof. Dr. Alberto dos Reis acha que ele tem realmente valor, porque :

—do art.º 306.º conclui-se que não repugna à lei processual o facto de a simulação ser invocada pelo próprio simulador e que o caso julgado não obsta a que os simuladores aleguem a simulação ; e

—do art.º 665.º deduz-se que o Cód. de Proc. Civ. não se opõe à arguição da simulação por parte dos simuladores.

Mas, acrescenta o ilustre Prof., resta saber se os casos regulados nesses artigos têm o carácter de *excepção*, ou constituem o afloramento de uma *regra* ; e a seguir, depois de, contra o Dr. Sá Carneiro, sustentar, que se trata de excepção, põe a questão nestes termos : será lícito às partes, *em principio*, destruir o caso julgado formado com a sua colaboração ?

«A resposta, continua o ilustre Prof., não pode deixar de ser negativa», porque :

a) «Se há regra segura, a deduzir de toda a trama e ordenação do Cód., é a estabilidade e eficácia do caso julgado quanto às partes» e, se esta regra tem excepções, são só as expressamente estabelecidas ;

b) Os meios idóneos para atacar as decisões judiciais são os recursos — ordinários, se as decisões ainda não transitaram em julgado ; extraordinários, se já transitaram ; se, pois, o legislador queria admitir a impugnação do caso julgado com fundamento na simulação processual, a alegar pelas próprias partes (pois que para os terceiros estabeleceu o recurso da opposição de terceiro), devia mencionar esse fundamento entre os enumerados no art.º 771.º — o que não fez ;

c) Todos estes fundamentos, excepto o da simulação da confissão, desistência e transacção, são constituídos por factos não imputáveis ao recorrente, e não por factos por que ele é responsável ; a isto faz excepção o n.º 4.º do art.º 771.º, na parte em que a revogação do acto pode ter por fundamento a simulação — excepção esta que tem justificação, porque, quando se pede a revogação da confissão, desistência ou transacção com o fundamento de o acto ter sido simulado, o ataque é dirigido, não propriamente contra a sentença que exerce aí uma função meramente *administrativa*, mas contra o acto em si.

Ora nós, concordaríamos com esta argumentação, se fosse neces-

sário; mas, a nosso ver, não é, porque nem do art.º 306.º, nem do art.º 665.º se deduz que o legislador permite que o próprio simulador argua, embora só nesses dois casos especiais, a simulação processual.

O art.º 306.º dispondo que a confissão, desistência ou transacção pode ser revogada por simulação em acção para esse fim intentada não diz que essa acção possa ser intentada pelo próprio simulador.

É mesmo de observar que o artigo se refere, não apenas à simulação, mas também ao erro de facto, ao dolo e à coacção.

No artigo correspondente ao Cód. de Proc. Civ. de 1876, só se falava no erro de facto (147); no Projecto do Cód. actual, acrescentou-se o dolo e a coacção; e quando da discussão do Projecto na Comissão Revisora, é que se acrescentou a simulação. E acrescentou-se por proposta nossa (Acta n.º 5, de 13 de Abril de 1937), quando é certo que já antes tínhamos sustentado na *Gaz. da Rel. de Lisboa* (1) que, tanto *de jure constituto*, como *de jure constituendo*, o próprio simulador não é, nem deve ser admitido a arguir a simulação.

A nossa ideia, pois, ao propor que na disposição do Projecto correspondente à do art.º 306.º do Cód. se incluisse a simulação, não era a de resolver esse problema e muito menos a de o resolver por forma afirmativa.

Dir-se-á que para os terceiros estabeleceu o Cód. o recurso de opposição de terceiro, e, portanto, a disposição do art.º 306.º se refere às próprias partes.

Mas também quanto a estas, a lei estabeleceu o recurso de revisão — art.º 771.º, n.º 4.º; e, portanto, o art.º 306.º pode até considerar-se inútil; só o preceito do seu § único precisava de ser consignado.

Atente-se que no n.º 4.º do art.º 771.º se diz: — «quando se tiver revogado, ou houver fundamento para revogar, a confissão, desistência ou transacção, em que se fundasse a sentença», pondo, assim, escusadamente à disposição dos interessados estes 2 meios — a acção revogatória e o recurso de revisão; e, como a acção revogatória não dispensa essa acção, segue-se que ninguém intentará a acção revogatória e interporá logo aquele recurso.

---

(1) T. 49, pág. 228.

O defeito de técnica é evidente e dele não pode tirar-se argumento, que préstimo tenha, em defesa da opinião contrária à que defendemos.

Atente-se mais no seguinte : — no Projecto havia uma disposição — a do § 1.º do art.º 78.º, que dispunha : — «A todo o tempo se pode recorrer, seja qual for o valor da causa, da sentença que julgar válida uma confissão, desistência ou transacção afectada de nulidade quer em razão das pessoas quer do objecto.»

Ora da acta n.º 23 da sessão da Comissão Revisora de 1 de Dezembro de 1937, consta o seguinte : — «O Sr. Ministro propõe uma alteração no § 1.º do art.º 78.º do Projecto, permitindo-se a revisão da sentença que homologue uma confissão, desistência ou transacção no caso em que o aludido § permite o recurso. É que se trata de um caso nítido de revisão e como tal a considerar na secção respectiva. O Autor do Projecto, depois de ponderar que o caso pode ser considerado e sujeito às regras gerais do recurso, propõe a eliminação pura e simples do mesmo preceito. Aprovou-se a eliminação do § 1.º do art.º 78.º»

Foi pena que também não fosse eliminada a disposição do art.º 306.º do Cód. e que o n.º 4.º do art.º 771.º não ficasse assim redigido : — «Quando houver fundamento para revogar a confissão, desistência ou transacção em que se fundasse a sentença.»

Quanto ao art.º 665.º : — como ele permite que o juiz conheça officiosamente da simulação, diz-se que pode qualquer das partes e, portanto, os próprios simuladores *sugerir* ao Juiz o uso do poder, que esse artigo lhe confere.

Ora não se atentou em que, na hipótese prevista nesse artigo, a simulação ainda não está consumada, só o fica com a sentença ; e daqui se deduz : — a) que raro será o caso em que, antes de a simulação produzir efeito, qualquer das partes pretenda que esse efeito não venha a produzir-se ; e b) que, em tal caso, não será, em regra, preciso recorrer ao juiz ; a própria parte poderá proceder de maneira a conseguir esse objectivo.

O art.º 665.º supõe o conluio das partes, e esse conluio deixa de existir se uma das partes denuncia ao juiz a *tentativa* da simulação.

Mas essa denúncia não equivale à arguição da simulação já realizada e cujos efeitos já se produziram em prejuízo de um terceiro.

Portanto, o argumento derivado do art.º 665.º ainda tem menor valor do que o derivado do art.º 306.º.

Nenhum deles merece aceitação.

**18.** O 4.º e último argumento acima referido também não tem valor, como o demonstra o Prof. Alberto dos Reis.

No recurso de revisão não se ataca sempre directamente a sentença; basta atentar nos fundamentos dos n.ºs 5.º e 6.º para se ver isto mesmo; aí ataca-se o processo e, porque ele é nulo, se pede a revisão da sentença; a diferença é patente e é acentuada na própria lei (art.º 775.º) ao determinar os efeitos da sentença de revisão.

Desde que há uma sentença transitada em julgado, o ataque contra ela ou contra o processo, em que ele foi proferida, tem a natureza de recurso e porisso só por meio de recurso — ou de revisão ou de opposição de terceiro — pode ser feito.

É certo que o art.º 306.º permite, no caso nele previsto, que esse ataque feito por meio de acção; mas isso pode ter a explicação que lhe dá o Prof. Alberto dos Reis — nesse caso a sentença desempenha uma função, não pròpriamente jurisdicional, mas meramente administrativa, se não se preferir esta outra explicação: — quando se redigiu e discutiu na Comissão Revisora a disposição que se encontra exarada no art.º 306.º não se atentou em que a *acção de anulação do caso julgado*, do antigo Cód., passava a ser, pelo Projecto, o *recurso de revisão*.

No Cód. antigo, a disposição correspondente, que era a do art.º 147.º, estava certa quando dizia que — a confissão desistência ou transacção podiam ser revogadas por erro de facto em acção para esse fim intentada; essa acção era a de anulação de caso julgado, do art.º 148.º, que no n.º 4.º permitia essa anulação — «quando se tiver revogado, ou houver fundamento para revogar, por erro de facto, a confissão, desistência ou transacção, em que se fundasse a sentença».

Já aqui havia o erro técnico, que o actual Cód. também perpetrou, de permitir duas acções: — uma a revogar a sentença homologatória e outra pròpriamente a anular o caso julgado. Como já acima notámos, esta segunda acção é suficiente e, portanto, a primeira é inútil, só por tollice pode ser intentada, pois que a lei ainda depois dela, exige que se intente a segunda.

Insistimos — a acção, a que se referia o art.º 147.º do Cód. de



1876 e a que se refere o art.º 306.º do Cód. actual, é um meio inútil, inadequado, que só por tolice poderá ser empregado.

Faça-se de conta que este art.º 306.º não está no Cód.; nenhuma feita haveria em face dos art.ºs 771.º, n.º 4.º e 778.º.

**19.** Concluimos pois, afirmando, com fundamentos, que nos parecem irrespondíveis, que, à face do actual Cód. de Proc. Civ., os próprios simuladores não podem arguir a simulação de actos processuais.

Como diz o Prof. Alberto dos Reis — «é necessário partir do pressuposto de ausência absoluta de técnica legislativa para poder admitir-se que o legislador, querendo dar acolhimento à simulação processual como fundamento do recurso extraordinário de revisão, a tivesse incluído subrepticamente no n.º 3.º do art.º 771.º, em vez de a mencionar expressamente no n.º 2.º».

E pode acrescentar-se que estranho seria que, tendo estado a figura jurídica da simulação tão presente ao espírito do Autor do Projecto e dos membros da Comissão Revisora, não tivesse ficado exarado no Cód. um preceito claro e expresso a permitir a arguição dela pelo próprio simulador.

**20.** Passando a discutir as razões por que sustentámos, de *jure constituendo*, que o simulador fraudulento não pode arguir em juízo a própria simulação, o Prof. Doutor Paulo Cunha diz que esquecemos que, «ao arguir a simulação, não está o simulador a impetrar qualquer protecção legal para a sua fraude, mas simplesmente a evidenciar uma nulidade absoluta, que, uma vez conhecida, opera por si mesma a destruição do acto.»

Mas, sendo certo que, para que a nulidade do acto simulado opere, é imprescindível que seja declarada por sentença e que quem intenta uma acção recorre à justiça para que seja protegido ou defendido um pretensão direito, tem de concluir-se que o simulador que vai a juízo pedir a declaração da nulidade do acto, que simulou, solicita a protecção legal.

Negando ao próprio simulador o direito de arguir a simulação, nega-se essa protecção legal e com toda a razão, porque ele cometeu um crime, e não se lhe permite que, tendo enganado e prejudicado outrem, depois desfaça, em proveito próprio, o acto criminoso, que praticou.

Não há nisto protecção *descabelada* ao outro simulador — ao comparsa — que sempre está sujeito à pena, que a lei impõe ao simulador fraudulento — art.º 455.º do Cód. Penal —; há antes uma pena civil — digamos assim, ao simulador principal responsável, ao que aproveitou com a simulação enganando e prejudicando terceiros.

De resto, e isto, que é inegável, é da máxima importância: — se, proibindo o principal simulador fraudulento de arguir a própria simulação se protege *descabeladamente* o simulador comparsa, também nos casos sem dúvida abrangidos pelo art.º 692.º Cód. Civ. — de contratos verdadeiros mas que tenham por causa ou fim algum facto criminoso, se protege *descabeladamente* um dos contraentes em benefício do outro.

É, por exemplo, o caso do indivíduo que compra a outro notas falsas e que, por não conseguir passá-las, vai a juízo pedir que o vendedor lhe restitua a importância do preço.

Pode fazê-lo? E se não pode, porque o art.º 692.º lho não permite, não protege a lei *descabeladamente* o vendedor?!

**21.** Quanto ao outro argumento, que empregámos e que consiste em afirmar, baseados na nossa longa experiência profissional, que o melhor meio de obstar à prática de actos simulados é impedir o simulador principal de arguir a simulação contra o simulador comparsa, o Doutor Paulo Cunha produz considerações inteligentes, mas que o não destroem.

Não há dúvida de que — quando *ralham as comadres se descobrem as verdades* —, mas nem por isso a lei permite que as *comadres* venham para a praça pública *ralhar*, descobrindo os actos torpes e criminosos que praticam.

E quantas vezes o bem público, a hygiene pública, a moral pública exigem que as verdades se não patenteiem, ou, pelo menos, não exigem que sejam postas a plena luz!

O que podemos afirmar convictamente é que o melhor meio de que o legislador pode lançar mão para evitar, como lhe cumpre, a prática de actos simulados, é o não permitir que a anulação do acto simulado possa ser pedida por qualquer dos próprios simuladores.

Esse meio é absolutamente razoável, como o é o que não permite que qualquer contraente se socorra de nulidade resultante da incapaci-

cidade do outro contraente, nem alegue erro ou coacção para que haja contribuído.

Se no art.º 695.º do Cód. Civ., onde tal preceito está consignado, se não fala em simulação é porque, sem dúvida, o legislador a considerou compreendida no preceito do art.º 692.º.

Pois há razão para não permitir que o que contribui para o erro ou coacção, que viciou o consentimento dado por uma das partes, peça a declaração da nulidade do respectivo acto jurídico e não a há para recusar a mesma faculdade ao que contribuiu para que um acto jurídico esteja viciado por simulação?

Certamente que a não há.

E, porisso, quando se não queira ver que o actual Cód. tomou essa atitude no art.º 692.º, terá de reconhecer-se que deve ela ser adoptada no futuro Cód. por forma bem expressa, para evitar a imoralidade e a injustiça, que resultam de poder um simulador, depois de ter aproveitado com a prática criminosa do acto simulado, prejudicando terceiros pessoas, conseguir a anulação desse acto.

Embora não possamos conseguir que a doutrina e a jurisprudência regressem ao bom caminho, esperamos conseguir que o legislador reconheça a necessidade de dar ao problema a solução que os bons princípios impõem.

**22.** Chegámos ao fim — à atitude da recente jurisprudência, que, seguindo a corrente doutrinal ultimamente estabelecida, tem permitido que o simulador fraudulento argua a simulação.

Acusámo-la de ser incongruente com outras atitudes que também ultimamente tem tomado, de não admitir o simulador fraudulento a depor como parte e de condenar os simuladores como litigantes de má fé quando julga procedentes as acções contra eles intentadas pelos credores prejudicados.

O Doutor Paulo Cunha não vê incongruência em tais atitudes, mas quanto ao depoimento de parte, já demonstrámos que existe e, quanto à condenação dos simuladores como litigantes de má fé, não pode considerar-se que de boa fé litiga quem vem a juízo invocar a própria torpeza, embora contra quem tenha sido dela co-autor.

**23.** E, a propósito da corrente jurisprudencial e doutrinal ultimamente estabelecida, o Doutor Paulo Cunha cita a opinião do

Dr. Pessoa Vaz apoiando, em nota, a sentença do J. de D. de Cantanhede, Dr. Sousa Monteiro, de 22 de Novembro de 1941 (1), que, como o Ac. da Rel. de Lisboa de 22 de Janeiro de 1944 (2), também citado pelo Doutor Paulo Cunha, seguiu essa corrente.

Ora o Dr. Pessoa Vaz não discute o problema; limita-se a dizer que — «haveria... que rever e precisar algum tanto a demonstração, notavelmente bem conduzida, que a sentença nos oferece da possibilidade de os simuladores se prevalecerem da simulação, com vista, essencialmente, a evidenciar duas razões, a que o douto juiz não alude, mas que reputamos essenciais» (3); e, em boa verdade, e sem prejuízo da consideração, que temos, pelas qualidades do ilustre juiz de Cantanhede, a sua argumentação é muito ligeira e simples, repetindo uma objecção à aplicação do art.º 692.º, que a *Rev. de Leg. e Jur.* já desfez, e produzindo uma consideração de ordem geral sem o menor valor.

A Sent. do J. de D. de Cantanhede diz que o art.º 692.º proíbe apenas que os contraentes exijam em juízo o cumprimento do contrato ou a restituição do que houverem prestado, o que não impede que peçam a anulação do contrato.

Mas, tendo a *Rev. de Leg. e Jur.* já então demonstrado que o art.º 692.º impede os contraentes tanto de requerer o cumprimento do contrato como a sua anulação, invocando o tradicional sentido e alcance do princípio, que esse artigo manifestamente consagra, de que — *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* — cumpria ao ilustre juiz rebater a argumentação da *Rev.*, o que não fez, pois que como tal não pode considerar-se a consideração de que interpretação diversa da que dá a esse artigo levaria ao absurdo de a lei, para castigar a prática dum acto censurável e ilegal (e — também criminoso, acrescentamos nós), impedir que os próprios autores desse acto o

(1) No Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, t. 19, pág. 374 e segs.

(2) Sumariado na *Rev. de Just.*, t. 29, pág. 176.

(3) O Prof. I. Galvão Teles também se refere ao problema sem o discutir, dizendo apenas: — «As suas razões (as que aduzimos no artigo publicado nesta *Rev.*, porém, ainda que engenhosas, não procedem, como o demonstrou o Prof. Paulo Cunha em trabalho publicado n' *O Direito*, para o qual remetemos o leitor, pois damos o nosso aplauso à argumentação aí expendida».

fizessem declarar sem efeito, forçando assim à persistência duma situação imoral, que ela mesma não admite.»

É, que o digno juiz esquece que, como já atrás frisámos, a mesma consideração cabe quando se trata de acto verdadeiro, que tenha por causa ou fim um acto criminoso, donde resulta que a doutrina, que a Sent. consigna, permite que um dos autores desse acto possa pedir em juízo a sua anulação, — doutrina esta que é, manifesta e absolutamente, de repelir.

A consideração de ordem geral, que a Sent. produz é a de que — «constituem objectivo da lei o respeito pelos direitos de cada um, a verdade nas relações jurídicas e a restauração desta e daqueles quando violados forem.»

A falta de tempo só nos permite dizer que, salvo o devido respeito, esse *lugar comum* não traz contribuição alguma para a resolução do problema em debate, e para se ver como ele está longe de ser absoluto, permitimo-nos recordar aqui o que sobre a *mentira* e a *simulação* como factores de direito expôs com todo o brilho Jossierand na notável conferência, que fez há anos na Faculdade de Direito de Lisboa, e o que, sobre o mesmo assunto e sobre a *aparência* como teoria jurídica, dissemos na conferência que em 1940 fizemos na Ordem dos Advogados e que inserimos nos nossos Estudos sobre o *novo Código de Proc. Civ.* (1).

Quanto ao Ac. da Rel. de Lisboa de 22 de Janeiro de 1944, como vem apenas sumariado na *Rev. de Just.*, não sabemos se aduziu algum argumento novo, mas cremos bem que não — ter-se-ia limitado à cómoda solução de seguir a corrente estabelecida, como fizeram os Acs. do Sup. Trib. de Just. de 6 de Outubro e de 21 de Dezembro de 1945 (2).

Mas outras decisões têm seguido a doutrina, que combatemos. Tais são:

— O Ac. da Rel. de Coimbra de 22 de Janeiro de 1944 (no *Bol. Of.*, t. 4.º, pág. 243), que se limita a dizer «hoje, a jurisprudência se

---

(1) Vol. 1.º, pág. 305 e segs.

(2) Respectivamente no *Bol. Of.*, t. 5.º, pág. 389, e na *Vida Jud.*, t. 8.º, pág. 98. O 1.º Ac. recaiu sobre um caso de simulação inocente, mas referiu-se também à fraudulenta.

define no sentido de que o próprio simulador, com base no art.º 671.º, n.º 4.º do Cód. Civ., também pode requerer a anulação do acto ou contrato simulado».

— O Ac. da Rel. do Porto de 7 de Fevereiro de 1945 (no *Bol. Of.*, t. 5.º, pág. 558), que, embora se refira à divergência da doutrina na solução do problema, apenas reedita argumentos já empregados.

— O Ac. da mesma Rel. de 20 de Outubro de 1947 (no *Bol. do M. da J.*, n.º 6, pág. 248, que merece menção especial; está publicado sem o relatório, o que não permite ver bem a hipótese sobre que recaiu; mas, como foi confirmado pelo Ac. do Sup. Trib. de Just. de 4 de Maio de 1948 (no *Bol. do M. da J.*, n.º 7, pág. 251; na *Vida Jud.*, t. 10.º, pág. 272; *Rev. Leg. e Jur.*, t. 81, pág. 149), por este se pode ver qual ela era: — A. vendeu a B. um prédio e B., seguidamente, vendeu-a C.; A. veio arguir a simulação do 1.º contrato, a qual teve por fim, segundo alega, permitir a A. vender a C., seu filho, o prédio, sem quebra do disposto no art.º 1.565.º do Cód. Civ., por ser moroso o suprimento do consentimento de um outro filho, residente no Brasil, e pede a declaração da nulidade desse contrato e, consequentemente, a da venda do prédio feita por B. a C.

Os 2 Acs. julgam a simulação inocente (!), quando o próprio simulador alegava que foi feita para defraudar a lei e, possivelmente, o outro seu filho..., mas diz o Ac. da Rel., «mesmo na simulação fraudulenta a doutrina dominante admite que o simulador a invoque», e o Ac. do Sup. Trib. repete: — «é jurisprudência corrente que o simulador, ainda que fraudulento, pode intentar a acção de simulação».

O que é curioso é que o Ac. da Rel., referindo-se ao 2.º contrato, cuja anulação era pedida como consequência da anulação do 1.º, formula este argumento: — «É sem dúvida (o autor) um «terceiro» relativamente ao contrato (o 2.º), em que não teve intervenção, e, para o anular, necessário se lhe torna conseguir a anulação daquele (o 1.º), que deu margem a que o 2.º, — no caso dos autos o de 1940 — se pudesse praticar».

Ora, quanto ao 2.º contrato — venda do prédio por B. a C. — não vemos nos 2 Acs. que fosse alegada a má fé de C. e, portanto, se ele estava de boa fé, a arguição de simulação do 1.º contrato não podia produzir efeitos contra ele (vide acima o n.º 7).

O Ac. do Sup. Trib. de Just. de 19 de Novembro de 1948 (no

*Bol. do M. da J.*, n.º 10, pág. 292; e na *Vida Jud.*, t. 10.º, pág. 54) nem sequer aludiu ao problema.

Reservámos para o fim a citação do Ac. do Sup. Trib. de Just. de 4 de Julho de 1947 (no *Bol. do M. da J.*, n.º 2, pág. 244; na *Rev. Leg. Jur.*, t. 80, pág. 350; e na *Rev. dos Trib.*, t. 65, pág. 314), porque a hipótese, sobre que recaiu, é verdadeiramente espantosa e, só por si, mostra a plena luz como a doutrina que combatemos, leva às maiores imoralidades e indecências.

A. foi a juízo requerer a anulação do reconhecimento e legitimação que fez de B. e C., alegando que foi induzido em erro pela mãe dos legitimados; foi dado por provado, pelos tribunais da instância, que, ao contrário do alegado, o autor sabia que B. e C. não eram seus filhos; e o Ac. do Sup. Trib. de Just., afirmando que «por isso, legitimando-as (a B. e C.), falseou a verdade, simulando um acto que não pode subsistir», confirmou a decisão da Relação, que anulou, com esse fundamento, a legitimação!

O Ac. tem um voto de vencido, que além de, com razão, discordar do Ac. noutros pontos, neste, relativo à simulação, diz o seguinte:

«E porque não pode subsistir, reconhece-se ao simulador e falso declarante, sem discussão, o direito de fazer anular a declaração, apesar de não viciada de erro, ou dolo, que aquele expontânea e voluntariamente fez!

«O Ac., na verdade, esqueceu-se de apontar a base jurídica da sua decisão, pois os preceitos legais, que cita, serviram apenas para justificar o interesse do autor na acção ou seja a sua legitimidade — e não o direito, que ele se arroga e se lhe reconheceu.

«E mesmo assim, ao aplicar tais preceitos legais, incorreu o Ac. em duplo erro.»

---

«O maior erro, porém, foi o de desprezar o imperioso princípio ético e jurídico, de a ninguém poderem aproveitar as suas próprias torpezas, pois, segundo creio, não haverá quem não considere uma ignóbil torpeza o que o autor fez: legitimar solenemente duas menores, que ele afirma não serem, nem poderem ser, suas filhas.

«No entanto, tudo se sanou, a pedido de tão repugnante mistificador!»

«Protesta a minha consciência contra uma tal anomalia, à qual

por isso não adiro, sem quebra, aliás, do respeito, que me merecem as decisões alheias, por mais injustificáveis, que as considere.»

Então não seria aplicável ao caso o art.º 692.º do Cód. Civ. ? !

Justifica-se que se interprete restritamente e forçadamente esse artigo para o não aplicar a casos dessa ordem ? !

Vem a propósito lembrar que o art.º 201.º, n.º 3.º do Cód. de Proc. Civ. brasileiro permite que o réu seja absolvido da instância a requerimento seu, quando da exposição dos factos e da indicação das provas, em que se fundar a pretensão do autor, resultar que o seu interesse é imoral ou ilícito.

**24.** Terminámos o nosso já por vezes citado artigo afirmando que a jurisprudência recente não tem sido unânime, e citando o Ac. do Sup. Trib. de Just. de 7 de Janeiro de 1938 e o da Rel. de Lisboa de 12 de Outubro de 1940.

O Doutor Paulo Cunha opõe: — quanto ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, que ele se refere à reserva mental e não à simulação *stricto sensu*, «terminando por forma que logo ressalta que a sua doutrina nada tem que ver com o problema da arguição da simulação por um simulador contra o outro»; — e, quanto ao Ac. da Rel. de Lisboa, que o sumário inserto na Rev. de Just., sobretudo se se confrontar o 1.º § com o 2.º, não permite aquilatar com rigor qual a sua doutrina.

O Ac. do Sup. Trib. de Just. decidiu, é certo, que o caso *sub-judice* era de reserva mental e não de simulação e, por isso, terminou por forma que não abrange o problema, que aqui discutimos, mas certo é também que nele se lê o seguinte:

«É perfeitamente aceitável e lícito, em face dos art.ºs 1.031.º e § único, 2.425.º, 2.426.º e outros do Cód. Civ., que quando terceiros prejudicados recorrem a juízo para combater a prova de documentos autênticos, se sirvam de quaisquer elementos ou meios de prova.

«Ao próprio simulador é defeso seguir esse caminho, visto que não pode ser havido como um terceiro prejudicado, e a lei só a este dá plena liberdade de prova.»

Se destas palavras se pode deduzir que o Ac. apenas se refere ao problema da prova, das considerações que depois faz, na sua parte final, considerando inadmissível a alegação do devedor de que a sua declaração não representa a sua verdadeira vontade, porque



não pode prevalecer-se da própria culpa, se deduz que também entende que o próprio simulador não pode arguir a simulação.

O Ac. da Rel. de Lisboa decidiu, como está bem expresso na 1.<sup>a</sup> parte do sumário, que não é por forma alguma contrariada pela 2.<sup>a</sup>, que — «o filho que instigou, concorreu directamente para a simulação e dela tirou imediato benefício, não pode pedir a anulação.»

E a acrescentar a esses dois Acs. e a contrapor aos anteriormente citados em sentido contrário, podemos citar estes, que constituem jurisprudência assente no sentido de não poder o próprio simulador arguir a simulação processual: — da Rel. da Nova Goa de 9 de Junho de 1942 (na *Rev. de Justo.*, t. 28, pág. 126) e do Sup. Trib. de Just. de 25 de Janeiro de 1944 (na *Rev. e t. cit.*, pág. 116, e no *Bol. Of.*, t. 4.<sup>o</sup>, pág. 39) e de 30 de Maio de 1944 (no *Bol. Of.*, t. 4.<sup>o</sup> pág. 274, e no *Bol. da Fac. de Dir. de Coimbra*, sup. VI, pág. 283).

Entendemos dever repetir — se a simulação de actos processuais não pode ser arguida pelo próprio simulador, muito menos o pode ser a simulação de actos substantivos, que não tem a importância e gravidade daquela.

**25.** Está finda a nossa tarefa de demonstrar a inanidade dos golpes, que aliás, com tanta argúcia, desferiu o ilustre Prof. Doutor Paulo Cunha.

É-nos grato prestar homenagem ao seu mérito, mas quanto mais reconhecemos a valia do seu trabalho, mais nos convencemos da verdade e da justiça da nossa doutrina, que pode fàcilmente resistir a tão vigoroso combate (1).

## BARBOSA DE MAGALHÃES

---

(1) Este artigo estava há bastante tempo para ser publicado no 1.<sup>o</sup> número duma revista que o distinto advogado e escritor jurídico Dr. José Pinto Loureiro tencionava publicar, mas que não chegou a sair, por motivo independente da sua vontade, ficando, assim, privada a ciência jurídica portuguesa de mais uma contribuição, que, como era legítimo esperar, seria valiosa.

O artigo ficou, por isso, esquecido numa gaveta, porque outros assuntos preocuparam então o nosso espírito, até que um prezado colega, tendo dele conhecimento, nos incitou a publicá-lo.