

# DO DOLO EM GERAL E DO DOLO INSTRUMENTAL EM ESPECIAL NO PROCESSO CIVIL

Pela Dr.<sup>a</sup> CECÍLIA DA SILVA DE SOUSA RIBEIRO

## CAPÍTULO I

### DOLO PROCESSUAL EM GERAL

#### § 1.<sup>o</sup> — *Má fé e dolo processual*

##### SUMARIO:

1. — *Generalidades.*
2. — *A má fé em geral.*
3. — *Má fé processual (conceito e extensão).*
4. — *Má fé processual e abuso do direito de acção.*
5. — *Posição relativa que no mundo jurídico ocupam as noções de má fé processual e de dolo processual.*
6. — *Da questão de saber se existe o dever jurídico de dizer a verdade em juízo.*

1. — Todo o direito processual civil se desenvolve na base de uma relação jurídica, que se estabelece entre o Estado, representado pelo juiz e os litigantes, no exercício da função jurisdiccional.

Como sujeitos dessa relação, juiz e litigantes praticam actos jurídicos na efectivação de poderes e no cumprimento de deveres que, como tais, lhes cabem. E não só eles, pois também oficiais de justiça e terceiros, chamados a intervir para que a função

jurisdicional se realize e a justiça se faça, praticam actos que se prendem com a relação jurídica processual.

Mas esses actos processuais, como qualquer acto jurídico, podem ter vícios. É de um deles, o dolo, que vamos ocupar-nos.

Antes, porém, de entrar pròpriamente no campo do dolo, focaremos alguns problemas gerais a respeito da má fé e, depois, a posição que o dolo ocupa, em relação à figura mais ampla da má fé processual.

Quanto a este último ponto, notaremos desde já que é muito frequente ver empregadas indiferentemente as duas expressões, para exprimir a mesma e única noção de conduta enganosa desenvolvida no processo. É o que sucede, inclusivamente, com o nosso Código de Processo Civil, do qual nos limitamos a citar, a título de exemplo, o art. 1.427.º, n.º 2.

O mesmo se verifica também nos domínios do direito privado, em que, igualmente, encontramos as figuras do dolo e da má-fé. Mas a distinção que aqui se faz entre uma e outra não nos serve para as suas homónimas do direito processual.

Tanto aqui como ali, podemos ir buscar à definição de Sérvio — «*Machinatio quaedam alterius decipiendi causa*» (D., 4, 3, 1, § 2.º) — um fundo comum à má fé e ao dolo, mas enquanto, no ponto de vista do direito privado, a má fé processual se distingue do dolo porque a «*Machinatio*» consiste, num caso, numa passividade (má fé), no outro caso, numa actividade (dolo), no ponto de vista processual, desde que se verifique o «*animus decipiendi*», ou seja, o intuito enganador, é indiferente, para o efeito da distinção, que ele se manifeste por uma actividade ou por uma passividade: estamos sempre no campo do dolo e no campo da má fé.

2. — A norma jurídica é quase sempre uma norma de moral. Só não o é quando as exigências que ela imediatamente visa satisfazer, porque são próprias do seu objecto — a certeza e a segurança nas relações sociais — fazem que ela legitime o afastamento do homem, da realização do Bem e da Justiça, para que deve tender.

Eis porque, qualquer que seja o estudo que se faça no mundo do direito, não se pode deixar de ser influenciado, e muito, pelas

ciências morais pròpriamente ditas. Elas fornecem-nos material importantíssimo para a construção jurídica, o que bem se comprehende se pensarmos que o homem como ser social não é mais que um meio de realização dos fins inerentes à personalidade individual — estádio último das aspirações das ciências morais em geral, incluindo o próprio direito.

Vem isto para dizer que as noções de boa e má fé encontram como substracto os correlativos conceitos que a moral nos dá.

Boa fé, dizem as fontes (D., 16, 3, 31, §§ 1.º e 7.º; D., 17, 2, 3, § 3.º), é «normal sentimento e íntima consciência de lealdade, honestidade e justiça do próprio comportamento».

Má fé, como diz Zani, é sinónimo de deshonestidade, tanto no campo do direito, como fora dele.

Se quisermos precisar este conceito, diremos que a má fé em geral abrange todo o comportamento intencionalmente desenvolvido para prejudicar os outros quer se trate de uma actividade imoral, mas juridicamente não ilícita, quer de actividades anti-jurídicas.

Num conceito restrito, jurídico, má fé será a actividade intencionalmente exercida para prejudicar outrém, desde que por lei seja declarada ilícita. Só quando se violam normas jurídicas específicas, em determinadas circunstâncias, existe má fé juridicamente relevante.

A noção de má fé em geral determina-se, subjectivamente, pela intenção de prejudicar, a que já nos referimos, e, objectivamente, pela referência ao «normal sentimento do homem médio» (1). De facto, na averiguação da má fé há que tomar como ponto de referência a actividade desenvolvida pelo homem normalmente constituído, o procedimento normal do indivíduo em geral, sem atender às qualidades pessoais do agente, em cada caso concreto. Aqui, como em tantos outros sectores do direito, o subjectivismo, quando exagerado, pode dar lugar à incerteza e ao arbítrio.

3. — Será admissível no campo do processo esta figura de má fé? Poder-se-á falar em *má fé processual*?

---

(1) Gino Zani, in *La mala fede nel processo civile*, págs. 71 e segs.

A questão, que não é tão simples, como poderá parecer a quem dela se ocupe ligeira ou precipitadamente, tem sido muito discutida.

Tem-se dito, em contrário, que, excluído da má fé aquilo que nela haja de violador da lei, ela não é admissível no processo, inversamente ao que sucede com as relações jurídico-privadas.

É que — dizem certos autores — o processo é uma luta, através da qual se pretende atingir um fim que é antes de mais, social: a realização da justiça. Ora, a melhor forma de atingi-lo, de averiguar onde está a razão e o direito, está em conceder aos litigantes a máxima liberdade de movimentos (liberdade e não anarquia, naturalmente...); do encontro das duas forças, manifestando-se na plenitude do seu poder combativo, a verdade saltará com maior facilidade do que se lhes opuzessem o limite de boa fé.

Além disso — acrescentam — o controle do juiz e o contraditório, como meios de corrigir o comportamento mal intencionado, e a dificuldade em averiguar se ele será verdadeiramente desleal, são outras tantas razões que pugnam pela rejeição da má fé no processo, nos termos em que ela é geralmente admitida.

Entendemos, porém, com Zani, Albanese e outros autores ainda, que tal orientação não é de perfilhar.

O processo é, na verdade, uma luta e, como diz Cernelutti, no conceito de luta está ínsita a astúcia; trata-se de uma luta entre homens, logo, ela há de reflectir os seus defeitos e imperfeições. Concordamos, ainda, em que seja necessária a liberdade de movimentos para atingir a finalidade do processo, mas não vemos em que se deva levar esse princípio ao exagero de admitir atitudes, condenadas pela moral e que nem a natureza do processo podem justificar, nem a certeza, a segurança ou a justiça, aconselham. Os argumentos apresentados têm de ser reduzidos às suas verdadeiras proporções: eles têm apenas o alcance de limitar o princípio da conduta processual honesta.

Além disso, o admitir-se o contrôlo do juiz como meio de corrigir o comportamento malévolos é ver já, de certo modo, na má fé, um elemento prejudicial ao regular andamento do processo, pois não há que corrigir o que está certo e, mais ainda, aquilo que o direito não condena.

O argumento do contraditório também não convence, já que à outra parte é, às vezes, humanamente impossível surpreender o que no fôro íntimo do agente se está passando, quando é certo que o verdadeiro dolo é exactamente caracterizado pela intensa potência enganosa dos meios empregados. E a verdade é, também, que se o contraditório visa criar o paralelismo e igualdade de posições para a lide processual, ele não tem infelizmente a eficácia de obter a igualdade sob o ponto de vista pecuniário...

Em suma, não é também essa a orientação, que pode estar de acordo com a finalidade de verdade e justiça, que domina o processo.

É, de resto, esta a opinião que colhe hoje a maioria dos votos dos escritores e é consagrada pelas legislações, de modo que pode afirmar-se como princípio assente o da conduta processual honesta. Quere dizer, entre os deveres que da relação jurídica processual emergem, está o da conduta processual honesta.

Eis porque dissemos que má fé, em sentido restrito, é a actividade exercida para prejudicar outrém, desde que seja ilícita, isto é, desde que viole o dever de conduta honesta imposto pelas normas processuais.

Autores há que, negando a existência de uma relação jurídica entre as partes, afirmam que não há que falar em boa ou má fé quanto a elas, mas apenas quanto ao juiz ou terceiros que venham ao processo. Mas, parece-nos que não têm razão, porque ainda que tal dever não viva numa relação jurídica processual entre as partes, que esses autores negam e, de facto, não existe, ele vive na relação jurídica que se estabelece entre eles e o juiz, obrigando-se a manterem-se, no decorrer do litígio, dentro dos limites de boa-fé, reduzida esta às suas razoáveis proporções, como adiante veremos. Logo que se transponham tais limites, entra-se no campo do ilícito processual.

Dir-se-á também que, sendo o direito de acção, como hoje de uma maneira geral se afirma, independente do direito substancial, não importa, juridicamente, a má fé no seu exercício, mórmente a que respeita ao próprio mérito da causa.

É certo que a relação processual, nascida do exercício do direito de acção, é autónoma, pois é «independente do contrato

que lhe deu causa ou do direito violado» (1) e que o exercício desse direito, não podendo ser condicionado pela existência de uma pretensão justificada, pois é a demonstração dessa existência ou inexistência que constitui o seu objecto, é sempre legítimo.

Mas, tal independência e legitimidade do direito em si, não pode abranger toda e qualquer forma por que ele se exerça, como sejam o intuito de fazer valer uma pretensão infundada e caluniosa ou a utilização dolosa dos meios processuais de actuação. Nem se compreende que, se os tribunais têm por missão aplicar a lei, para o que precisam de conhecer a verdade dos factos, perante eles se pudessem lícitamente empregar a mentira, a fraude, o dolo.

O nosso Código de Processo Civil, aliás, expressamente estabelece sanções para as várias formas de exercício doloso do direito de acção, como adiante veremos.

Não temos, pois, aqui, que fazer mais do que invocar os princípios comuns segundo os quais o dolo e a culpa grave constituem ilícito.

Quere dizer, nós vemos um conjunto de princípios impondo o dever de proceder com boa fé na prática dos actos jurídicos, que domina o direito em geral; a violação deles, bem como dos preceitos que expressamente reprovam o comportamento intencionalmente maléfico, constitui ilícito e provoca a reacção da ordem jurídica, que consiste na aplicação de sanções.

Posto isto, podemos agora definir o que seja *má-fé processual* em sentido jurídico, que é o verdadeiro e próprio; é toda a actividade deshonesta, cavilosa, proteladora (para cansar o adversário), unilateral ou bilateral, verificada no exercício do direito de acção, quando desenvolvida com a intenção de prejudicar outrém, quer ela respeite ao próprio mérito da causa (lide caluniosa, fraudulenta, etc.), quer às medidas instrumentais, desde que seja ilícita, isto é, violadora das normas gerais e específicas da conduta processual, tendentes a criar as condições favoráveis a uma boa e justa decisão do pleito.

Encontramos, assim, sob certo aspecto, estes dois elementos,

---

(1) Gerardo Albanese, in *Il dolo processuale*, págs. 3 e segs.

na má fé processual: um elemento subjectivo, consistente na violação dos princípios que dominam o processo e as normas positivas que especificamente proíbem o uso doloso do direito de acção.

4. — Quanto à questão de saber se a má fé representará uso abusivo do direito de acção, decidimo-nos pela negativa.

Diz Zani que onde houver culpa ou dolo juridicamente relevantes não há necessidade de lançar mão da teoria do abuso do direito, para qualificar de ilícitas atitudes que por eles estão viciadas, pois, para tanto, basta a simples invocação de tais figuras, já que elas constituem ilícito e são, como tal, reprovadas. E parece-nos que tem, de facto, razão.

Não é que não admitamos a teoria do abuso do direito: admitimo-la e defendemo-la no nosso direito, em vista do art. 13.º do Código Civil e, inclusivamente, em matéria de processo, dado o fim social que o orienta. Na verdade, não é de admitir o exercício do direito de acção só para prejudicar ou vexar o adversário. E, sendo assim, logo que o uso do direito de acção revista essas características, passa a qualificar-se de abusivo e desencadeia, consequentemente, as sanções legais, se bem que se torne difícil determinar quais elas sejam.

Vejam, porém, em que consiste o abuso do direito. Ele dá-se, quando no exercício de um direito se pratica um acto cuja proibição não está juridicamente estabelecida, mas que, pela intenção com que é praticado (critérios subjectivos) ou pelas suas consequências (critérios objectivos) é considerado ilícito. Trata-se de um acto que, por ser praticado em conformidade com o direito, isto é, no uso de poderes contidos na esfera dele, é aparentemente legal; o acto não está expressamente contemplado numa norma jurídica que o proíba, de modo que só recorrendo à teoria do abuso do direito se poderá qualificá-lo de ilícito.

Ora não é isto que se passa com a má fé processual, pois, como vimos, a má fé juridicamente relevante no processo é a que se traduz na violação das normas que expressamente exigem das partes um honesto comportamento. Pode haver má fé em sentido geral, mas se ela não implicar a violação dos deveres processuais nesta matéria, não há má fé relevante, não há conduta ilícita.

É mister, porém, que a ordem jurídica reaja perante situações que, não constituindo, na sua materialidade, uma violação da lei, pois são mesmo o exercício dum direito, no entanto, dela se afastam pelo fim que se pretende atingir. Por isso, quando a figura da má fé se mostra insuficiente, então é que há necessidade de lançar mão da citada teoria, para através dela não só considerar o acto ilícito, como aplicar-lhe uma sanção, recorrendo, inclusivamente, às normas de integração das lacunas da lei.

Vemos assim que o abuso do direito de acção se reduz à actividade emulatória, isto é, à actividade exercida dentro dos limites do direito subjectivo e, portanto, não ilícita sob este aspecto, mas sem uma utilidade ou interesse próprio do agente, que apenas tem em vista vexar ou prejudicar o adversário. Todos os mais casos caracterizados pela intenção malévola caem na alçada do art. 465.º do Código de Processo Civil. A verdade é, porém, que na prática é difícil provar o abuso do direito.

Como exemplo de uso abusivo do direito de acção, citarei o caso de propositura de uma acção por causa de uma obrigação sem prazo certo, sem ter sido feita previamente a interpelação do devedor, nos termos do art. 711.º, n.º 2, do Código Civil, ou, então, a propositura de várias acções consecutivas, por causa da mesma dívida, limitando cada uma delas a certa parcela desta. Isto, desde que se verifique o já citado elemento intencional. Haverá aqui, má fé em sentido moral, mas não má fé juridicamente relevante. São hipóteses de uso abusivo do direito de acção.

5. — Vamos agora focar a posição relativa que no domínio processual ocupam o dolo e a má fé.

É frequente vermos, em terminologia jurídica pouco rigorosa, as duas expressões «dolo» e «má fé» empregadas indiferentemente; no entanto, elas não se identificam.

É que a figura da má fé processual é mais ampla do que a do dolo, se bem que este constitua a sua parte essencial e, por isso, característica; nele quase se esgota o estudo da má fé processual.

Suponhamos dois círculos concêntricos: o mais amplo representará a má fé; o mais reduzido, o dolo; a zona compreendida entre a periferia das duas figuras corresponderá a outras modali-



dades de má fé. Isto é, se todo o dolo é má fé, nem toda a má fé constitui dolo.

Podemos compreender na má fé processual três compartimentos distintos :

a) — *Actividades com um conteúdo enganador ou fraudulento*. Correspondem à noção de dolo processual, de que a seguir nos ocuparemos.

b) — *Actividades de conteúdo ilícito mas não enganador*, caracterizadas pela intencional e clara violação das normas processuais sobre competência, termos, etc., na coacção exercida sobre o adversário para levá-lo a praticar acto ou actos facultativos prejudiciais, como seja reconhecer uma dívida que não contraíu, uma doação que não fez, uma venda que não efectuou, na propositura consecutiva de acções por causa de uma mesma dívida, limitando cada uma delas a uma parcela da quantia devida, etc., tudo isto acompanhado do elemento intencional característico da má fé.

c) — *Actividades em que se misturam as características das duas espécies apontadas*, como, por exemplo, o dolo de uma das partes resultantes da coacção exercida pelo adversário.

A distinção entre as várias modalidades que a má fé pode revestir oferece, porém, um interesse mais sistemático do que prático, pois em todas elas se verifica um elemento intencional perigoso, por susceptível de subverter os princípios em que assenta o processo civil, quer levando o tribunal a convicção errónea e consequente defraudação dos direitos alheios, quer aviltando a própria função jurisdicional, utilizada unicamente com o fim de perturbar a tranquilidade e ofender a dignidade de cada um.

É, contudo, mais frequente no processo a actividade fraudulenta do que a meramente ilícita, quase infinita a variedade de meios que emprega, de disfarces com que procura dissimular-se para, veladamente, conseguir os seus fins e, portanto, é para ela, isto é, para o dolo processual que convergem as atenções dos juristas. Por isso, se é certo que seria menos exacto restringir o

conceito de má fé ao dolo processual, não é menos verdadeiro que ele constitui a sua parte característica, não sendo de admirar que por tantas leis e doutrinas andem confundidos.

A ele dedicaremos também, após estas considerações introdutórias sobre a má fé, o § 2.º e o Cap. II deste trabalho.

6. — Para terminar esta rápida digressão pelos domínios da má fé em geral, vamos ocupar-nos da questão muito discutida de saber se existe o dever jurídico de dizer a verdade em juízo.

De uma maneira geral, autores e legislações vão no sentido de afirmar a existência do dever de dizer a verdade.

Os romanos, demonstrando, ainda neste ponto, a sua eminente vocação para as coisas jurídicas, proibiam nas suas leis as falsas alegações em juízo e estabeleciam sanções para aqueles que a elas recorriam.

Modernamente, «de jure condendo», argumenta-se com o perigo de ver frustrado o fim do processo, quando a sentença tem na sua base uma falsificação da verdade.

É esta a opinião defendida na Áustria por Francisco Klein. Diz ele: «se a verdade é exigida em qualquer relação jurídica, a *fortiori* deve constituir a base da relação processual».

Em França, defende-a Chauveau, entre outros.

Parece-nos, também, ser esta a opinião preferível. É, de resto, a que está de harmonia com a orientação defendida por nós a respeito do dever de boa fé.

Em contrário, porém, têm dito alguns autores que tal princípio vem destruir estoutro não menos importante: o da liberdade das partes. Mas se se reparar, como já notámos, em que essa liberdade é simples meio de tornar possível aos litigantes o emprego das armas ao seu alcance para que, do conjunto das vitórias obtidas e dos revezes sofridos pelos litigantes, o juiz possa inferir, sopesando-os, de que lado está a verdade e a justiça, não se pode entender que, pela justificação da mentira processual, ela própria se torne, afinal, num meio de frustrar todo o mecanismo do processo.

O dever de dizer a verdade está consagrado no art. 264.º do Código de Processo Civil: «A iniciativa e impulso processual

incumbem às partes; mas estas têm o *dever de, conscientemente, não articular factos contrários à verdade...*)».

A infracção do disposto neste artigo tem como consequência responsabilidade resultante da má fé no litígio, dando, assim, lugar à aplicação das sanções previstas, em geral, no art. 465.º e, em especial, noutros artigos.

Mas, existirá o dever de dizer *toda a verdade*?

Se bem que a afirmativa traduza a orientação que melhor se harmoniza com a finalidade do processo, parece que, na realidade, não se pode ir tão longe. As partes são apenas obrigadas a dizer a verdade.

## § 2.º — *Dolo processual*

### SUMARIO:

1. — *Conceito e elementos.*
2. — *Delimitação do âmbito do dolo processual.*
3. — *Da questão de saber se o dolo processual e o dolo de direito privado serão noções independentes, cada uma regida por princípios próprios.*
4. — *Classificações doutrinárias do dolo processual.*
5. — *O dolo processual perante o Código de Processo Civil Português e o Estatuto Judiciário. Generalidades.*

1. — O *dolo processual* consiste na actividade de conteúdo enganador, intencionalmente exercida para prejudicar a parte contrária, por meio da corrupção dos elementos da relação processual, com o fim de obter do juiz uma sentença favorável à própria expectativa.

É, aproximadamente, esta a definição dada por Stefano Costa, que nos parece de aceitar (1).

O *dolo processual* é, portanto, caracterizado por dois elementos: um elemento subjectivo — o «*animus decipiendi*» —, e um elemento objectivo — a actividade («*machinatio*»), que pode revestir muitas modalidades, inclusivé a simples abstenção. É, ver-

---

(1) *Il dolo processual in Tema civile e penale*, págs. 48 e segs.

dadeiramente, no primeiro destes elementos que se consubstancia a noção do dolo, havendo até autores que brevemente o definem por «intuito de enganar».

2. — Como se comporta a noção de dolo perante a necessidade de uma correcta atitude moral (e jurídica) no desenvolver das actividades em juízo?

Vimos já que a relação processual, como e mais até do que qualquer outra, deve ser dominada pela boa fé, e a íntima relação que existe entre ela e a finalidade de verdade e de justiça que, modernamente, anima o processo, designadamente por influência da concepção publicística do mesmo.

Como diz o Prof. Dr. Paulo Cunha, o que se pretende obter com ele, é não «uma justiça convencional», «ad usum judicorum», «mas, sim, uma justiça verdadeira» (1).

Ora, é evidente que, para atingir este «desideratum», a má fé e a fraude não são caminhos aconselháveis; é mister obstruí-los e orientar as partes pelos da boa fé.

Mas, tal princípio, certo quanto à sua existência, como vimos, levanta sérias dúvidas quanto à extensão: até onde se pode considerar honesta, ou lícita, já que, aqui, o problema da honestidade se resolve num problema de licitude, a conduta dos litigantes?

O processo é uma luta; e, no conceito de luta, está ínsito o de astúcia (Carnelutti — «Contro il processo fraudolento, in Revista di diritto processuale civile»). Quere dizer: os litigantes têm como objectivo final vencer; para tanto, eles usarão de todos os meios ao seu alcance; não perdoarão ao adversário as fraquezas, negligências, erros, esquecimentos; pelo contrário, procurarão valer-se deles, para vencer. Isto, para focar apenas a parte mais injusta, digamos assim, da luta processual.

Mas, é preciso não exagerar e ver quanto há de natural e humanamente justificável, em tudo isso. E é porque no direito processual se considera esta circunstância, que não se postula aí o dever de boa fé em termos absolutos, admitindo-se até meios de

---

(1) *Simulação processual e anulação do caso julgado*, págs. 17 e segs.

defesa puramente processual que nem sempre se coadunam com um conceito estrito de boa fé.

Estamos, agora, aptos a responder à pergunta feita : a conduta passa a ser deshonesta, ilícita, quando a astúcia ultrapassa as exigências naturais e normais da luta, quando o seu natural correctivo — o contraditório — não basta para estabelecer o equilíbrio das forças em presença, quando a normal sagacidade do adversário ou do juiz não pode surpreender o manejo da parte contrária, devido à intensidade do meio empregado : «*dolus malus est ille tantum quo prudentes viri circumveniri possent et decipi*». Quere dizer : a intensão não basta ; é necessária também uma certa intensidade do meio empregado (1).

Apesar do carácter autónomo e público da relação jurídica processual, que a torna substancialmente diferente da relação de direito privado, podemos, como aqui, falar em «*dolus bonus*» e «*dolus malus*» : só «*dolus malus*» será dolo processual ilícito ou, simplesmente, dolo processual. Haverá «*dolus bonus*», na medida em que a malícia é permitida pelo direito.

«*Dolus malus*» é definido por Sêrvio como «*machinatio quaedam alterius decipiendi causa*». Quere dizer, a sua fundamental característica é a intenção de enganar. E, na definição de Labeão e Ulpiano, «*dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitum*» (D., 4, 3, 1, §§ 2.º e 3.º).

«*Dolus bonus*» é aquilo a que o nosso Código Civil chama no art. 667.º «*considerações vagas ou gerais*».

Diz o Prof. Dr. Cabral de Moncada que se trata de «*argumentos em cuja veracidade há sempre que se descontar o acréscimo de ilusórias vantagens ou inconvenientes de praticar ou evitar certo acto. Há em todo o comércio um mínimo de fraude, de insinceridade egoista que é considerado lícito*» (2).

Diz-se ainda, em direito privado, que se trata de considerações gerais que fazem parte, inevitavelmente, do *ambiente normal* em que toda a vida jurídica decorre ; que actuam igualmente em

---

(1) Carnelutti, in *Studi di diritto processuale*, II, 1928, págs. 25 e segs.

(2) *Lições de direito civil (parte geral)*, vol. II, págs. 318 e segs.

todos os negócios jurídicos e que, assim, não vão viciar especialmente alguns deles: só por via do «dolus malus» e não do «dolus bonus» se induz alguém em erro juridicamente relevante.

Tudo isto se pode aplicar «mutatis mutandis», ao direito processual: assim como no campo do direito privado não é reprovado o «dolus bonus», assim no campo processual não é qualquer atitude «habilitosa», digamos assim, dos litigantes, que implica a violação do princípio da conduta processual honesta, dado o ambiente normal do processo, mas aquela atitude que tenda a vencer a normal sagacidade das partes e do juiz.

Como diz, e bem, Albanese, dolo processual lícito e ilícito têm um mesmo e único fim, que é desviar o processo do seu rumo normal, só variando a intensidade dos meios empregados (1).

3. — Vejamos, agora, a questão de saber se o dolo processual terá a mesma natureza do dolo de direito privado ou se, pelo contrário, será uma entidade com vida própria, informada por princípios específicos.

Há escritores que, com este ou aquele fundamento, defendem a unificação do dolo e negam, portanto, ao dolo processual a natureza de entidade «a se».

Assim, há os que, fundando-se no carácter contratual que atribuem ao processo, dizem que, assim como os contratos se rescindem por dolo ou fraude, visto estar implícita em todos eles a cláusula, vinda já do direito romano, «dolum malum abesse, adfuturumque esse», o mesmo aconteceria com o processo. É esta a opinião de Mattiolo e a defendida no célebre Relatório de Pisanelli (n.º 359).

Mortara, adepto, igualmente, da corrente a favor da citada unificação, defende-a, porém, com fundamento diverso: repudia a opinião segundo a qual o processo seria um contrato ou mesmo quase contrato, mas diz que tanto no campo contratual como no campo processual, o dolo tem por fim iludir uma vontade — ali, a do outro contraente; aqui, a do juiz.

(1) *Ob. cit.*, págs. 3 e segs.

A primeira destas opiniões, parece-nos de afastar desde já. Na verdade, é sabido como os sistemas processuais contratuais «*lato sensu*», com base na «*litiscontestatio*» romana, foram abandonados e substituídos pelo sistema actual em que, segundo a melhor concepção, o processo assume a configuração de uma relação jurídica de carácter público, a qual se estabelece entre autor e Estado, por um lado, e entre o réu e o Estado, por outro, relação jurídica bilateral, como logicamente se infere do facto de ela representar o objecto imediato do direito de acção do autor e do réu. Não há, assim, qualquer relação jurídica entre as partes : elas não falam entre si, mas ao juiz (Carnelutti).

A opinião de Mortara também não nos parece de aceitar.

Nós entendemos que não há uma absoluta cisão entre os conceitos privado e processual de dolo, como defende, por exemplo, Lipari, pois a ideia que lhes está na base é só uma e a mesma ; simplesmente, ela toma colorações jurídicas diferentes, consoante o prisma em que nos colocarmos, o que nos permite atribuir ao dolo processual uma natureza própria. Quando a olhamos do ponto de vista do direito privado, vemo-la como uma actividade intencionalmente posta em prática para viciar vontades privadas, para ofender interesses meramente particulares, e nada mais. Quando nos situamos no ponto de vista do direito processual, que o mesmo é dizer do direito público, o dolo aparece-nos com uma virtualidade específica muito mais grave, como seja a de frustrar o mecanismo processual, com nociva repercussão na própria função estadual de dirimir os litígios de harmonia com a justiça — função jurisdicional — e de modo a obter a paz pública. É nisto que, segundo cremos, reside o «*facies*», permita-se-nos a expressão, do dolo processual.

O que se pretende com o dolo processual não é apenas surpreender a boa fé da parte contrária, mas sim, a deformação do convencimento do tribunal quer mediatamente, através da prática de um acto facultativo prejudicial pela parte ludibriada, quer agindo imediatamente sobre ele. O que se pretende sempre, em última análise, é desviar a sentença da justiça, ou porque se deseja obter, de qualquer modo, uma decisão favorável, ou porque as partes, através de um conluio, se propõem prejudicar terceiros, ou atingir os fins mais diversos.

O que há de específico no dolo processual é a sua tendência para desviar a decisão jurisdicional da verdade, para transformar, como diz Stefano Costa, a falsidade processual em falsidade judicial, tornando, deste modo, precária a própria intervenção estadual (1).

Quere dizer: o dolo de direito privado e o dolo processual coincidem quanto ao fim em vista: prejudicar outrém, mas divergem quanto aos meios de que se servem para o atingir; ali, o meio consiste unicamente na viciação da vontade privada; aqui, ele consiste na deformação da vontade jurisdicional e é, por isso, muito mais grave. Esta diversidade de meios consideramo-la tão importante, que somos por ela levada a reservar compartimentos separados, para as duas figuras, dentro deste importante sector do mundo jurídico: o dolo.

Mas há mais. Como resulta das ideias postas, enquanto o negócio jurídico de direito privado, viciado por dolo, pode ser anulado por na sua base se encontrar uma divergência entre a vontade real e a declaração, no campo processual a repressão do dolo funda-se não na viciação da vontade da parte prejudicada ou do juiz, mas no carácter injusto da sentença proferida: o que, fundamentalmente, constitui objecto de protecção jurídica contra o dolo processual, é a realização da verdade e da justiça.

Nem podemos esquecer que a vontade desempenha no acto processual um papel de importância muito mais reduzida do que no acto jurídico-privado, de maneira que o vício de que, porventura, enferme, só tem relevância, na medida em que possa vir a influir na decisão final.

Sucede mesmo, no nosso direito positivo processual, que não há possibilidade de atacar directamente o acto facultativo prejudicial. Se este influir na decisão final, cai-se na possibilidade geral de recurso; há, também, a sanção de multa e de indemnização à parte contrária, mas, a ideia que está na base destas medidas é, visivelmente, muito diferente da que inspira os remédios contra o dolo, em direito privado.

E, sob o ponto de vista dos sujeitos, haverá diferença entre o dolo contratual e o dolo processual?

---

(1) *Ob. cit.*, págs. 48 e segs.



O sujeito activo é o mesmo: a pessoa que se serve de meios enganosos para prejudicar outrém.

O sujeito passivo é que já não é o mesmo.

Para Stefano Costa, o sujeito passivo do dolo processual é sempre e unicamente o juiz. Parece ser também esta a opinião de Albanese.

Mas, não nos parece que seja, de facto, assim. Na verdade, se é certo que o juiz, ou melhor, o tribunal, é sempre sujeito passivo do dolo, no entanto, pode, em certos casos, haver outro sujeito passivo além dele. Assim, suponhamos que A dolosamente leva B a praticar um acto prejudicial, donde resulta uma sentença injusta, favorável a A. Neste caso, B foi a pessoa directamente visada ou enganada pelo dolo; o tribunal foi indirectamente iludido na formação do seu convencimento, mas ambos foram sujeitos passivos do dolo.

Isto é, naqueles casos em que o comportamento fraudulento visa directamente obter do adversário a prática de um acto prejudicial à respectiva pretensão, não poderá dizer-se que o sujeito passivo foi unicamente o juiz.

Entendamos, portanto, que, se o juiz é sempre sujeito passivo necessário do dolo, ele, umas vezes, comporta-se como sujeito passivo imediato — quando a actividade enganosa se dirige directamente à sua vontade — e, então, será o único sujeito passivo do dolo, outras vezes, como sujeito passivo mediato — quando tal actividade visa directamente o adversário, e só através dele, o juiz.

Os autores que vêm no tribunal o único sujeito passivo do dolo, tomam uma posição que, não sendo fundamentalmente errada, se apresenta, pelo menos, divorciada da realidade.

Além disso, quando se diga que o juiz é sempre sujeito passivo necessário do dolo, deve fazer-se a reserva de que se emprega a palavra juiz no sentido de tribunal, por se estar a pensar na hipótese normal de as duas entidades aparecerem confundidas, pois, a não ser assim, ficarão por explicar os casos de dolo do próprio juiz, visto ele não poder ser sujeito passivo de si mesmo. De facto, nesses casos o sujeito passivo do dolo é, não o juiz, mas o tribunal, considerado como órgão abstracto da função jurisdiccional, como entidade distinta do juiz, se bem que com ele ande

normalmente (é o que acontece em todas as outras modalidades do dolo, para o efeito da determinação do sujeito passivo) confundida.

Albanese apresenta para fundamento da sua opinião, segundo a qual a parte prejudicada nunca é sujeito passivo do dolo, o facto de no art. 491.º, n.º 1, do Código de Processo Civil italiano, não se falar em dolo exercido directamente sobre a outra parte, mas de «dolo com dano para a outra parte. E, então, diz que «esta não é sujeito passivo de um engano, mas a pessoa atingida pela consequência prática de um comportamento doloso».

Ora a verdade é que a lei não tinha que falar em dolo exercido directamente sobre a outra parte, visto que, como vimos, há casos em que o sujeito passivo do dolo é só o tribunal. O legislador limitou-se a referir dois elementos do dolo juridicamente relevante: a intenção enganosa e o facto danoso.

De tudo isto se conclui que, também quanto ao sujeito passivo, há diferença entre o dolo substancial (Albanese) e o dolo processual, pois, enquanto o sujeito passivo do primeiro só pode ser o outro contraente, no segundo intervem um elemento novo, o tribunal, que é o seu sujeito passivo necessário e, às vezes, o único sujeito passivo do dolo processual.

Deverá, porém, ter-se sempre presente nesta matéria a necessidade de um nexo de causalidade entre o dolo e o acto facultativo prejudicial, no dolo indirecto, e entre o dolo e a decisão jurisdicional, no dolo directo, pois, caso contrário, não haverá dolo juridicamente relevante.

Ainda outra diferença entre as duas citadas categorias consiste em que, enquanto o dolo de direito privado só pode ser unilateral, o dolo processual pode também ser bilateral, como veremos.

Para concluir, não queremos deixar de nos referir à circunstância de que, tratando-se embora de categorias distintas, o fundo comum em que assentam justifica, em certos casos, a aplicação analógica das regras do dolo contratual ao dolo processual.

4. — Classificações doutriniais do dolo processual: a classificação mais importante, é a que distingue o dolo unilateral do dolo bilateral, e, ainda, dentro daquela modalidade, o dolo substancial do dolo instrumental.

Dolo unilateral é, por definição, aquele que procede de uma só das partes.

A ele se pode aplicar «de pleno» a noção de dolo dada por Pisanelli no seu Relatório: «todo o embuste, todo o artifício, todo o fingimento pelo qual se torna impossível ao adversário a defesa, inhabilitando-se o juiz para uma decisão justa».

Na verdade, com o dolo unilateral, o litigante de má fé pretende obter do adversário uma actividade processual favorável à própria pretensão e, sempre, em última análise, a deformação do convencimento do juiz nesse mesmo sentido.

O dolo unilateral que tende a vencer o natural e normal correctivo da malícia processual — o contraditório —, pode ainda revestir duas modalidades: substancial e instrumental.

Dolo substancial é o que se reporta ao próprio mérito da causa. Estamos na zona da «injusta petitio», do «improbis litigator», da lide temerária e caluniosa, ou, na terminologia do art. 121.º do Código de Processo Civil de 1876, na do «litígio de má fé».

Dolo instrumental é o que se refere ao uso dos meios e poderes processuais.

As suas modalidades são diversíssimas: desvio e corrupção da prova, dilacção maliciosa do processo, com o fim, designadamente, de cansar o adversário, actividades no sentido de levar a parte contrária à prática de actos prejudiciais, etc.

Em suma, o que se pretende, aqui, também, é desviar a sentença do caminho justo e verdadeiro.

Nestas várias modalidades de dolo unilateral, o processo, pela sua própria essência e força das circunstâncias, fornece meios preventivos de defesa contra a má fé das partes. Na verdade, o contraditório é a arma mais eficaz das que nesse sentido possam ser empregadas: como adversários, que são, autor e réu empregam toda a sua atenção e diligência, e até o dolo, para neutralizar os efeitos do ataque inimigo, para surpreender e desmascarar os seus ardis, enfim, para vencer. Sob este aspecto, pode, portanto, dizer-se com Carnelutti, que a fraude unilateral é um fenómeno pertinente à «fisiologia processual».

Com o dolo bilateral, que vamos agora examinar, as coisas passam-se de maneira muito diferente. De facto, na medida em

que ele existir, não haverá já luta, posições adversas, interesses opostos, logo, o contraditório não será mais um meio de impedir a eficiência processual dos meios dolosos empregados.

Trata-se de um conluio e, por isso, lhe chamaram já colusão, da «collusio» romana — destinado a submeter à apreciação dos tribunais um litígio inexistente, ou existente, mas de natureza jurídica diversa daquela que em juízo se lhe atribui, ou desfigurada nos seus elementos, qualquer que seja o fim que por esse meio pretende atingir-se.

É no campo do dolo bilateral que se situam as categorias processuais da simulação processual, ou lide simulada, e da lide fraudulenta.

Entende-se por simulação processual a «divergência intencional, por entendimento oculto das partes no processo, entre a vontade real delas e as suas actividades processuais formalmente contraditórias, divergência dirigida a enganar o juiz ou terceiros» (1).

Se o fim que, com a simulação, as partes procuram atingir, for fraudulento, caímos no domínio da lide fraudulenta.

O dolo bilateral pode preexistir ao processo ou surgir no decurso dele.

Pode, também, resultar da vontade das partes, formando-se livremente, ou, pelo contrário, resultar ele mesmo de dolo ou coacção.

Trata-se, porém, sempre dum vício muito grave, mesmo mais grave e perigoso, como vimos, do que o dolo unilateral, que encontra como poderoso antídoto a irredutibilidade das partes, aqui inexistente.

Como nota, e bem, Carnelutti, o dolo bilateral é sempre um «fenómeno patológico» do processo.

Outra classificação do dolo, atendendo à categoria processual das pessoas, distingue as seguintes modalidades:

- a) — Dolo das partes, que, como sabemos, pode ser unilateral ou bilateral;

---

(1) Prof. Dr. Paulo Cunha, in *Simulação processual e anulação do caso julgado*, págs. 172 e segs.

b) — Dolo do juiz («qui litem suam facit»). Neste caso, trata-se, não de actividade fraudulenta das partes, mas do próprio juiz, tendendo a viciar a sentença no ponto de vista da justiça. Distingue-se das outras modalidades de dolo pela razão de o sujeito passivo ser o tribunal como entidade abstracta, distinta da entidade — juiz.

Seguem-se outras modalidades de menor importância :

- c) — Dolo dos funcionários judiciais;
- d) — Dolo dos auxiliares processuais (testemunhas, peritos, arbitradores, informadores, intérpretes, etc.);
- e) — Dolo de terceiros estranhos ao processo (cumplidade na falsificação de instrumentos ou actos judiciais, prestação de informações propositadamente erradas a algumas das partes, etc.).

Finalmente, há a acrescentar que, na prática, muitas vezes sucede aparecerem, combinadamente, algumas destas modalidades, originando figuras mixtas.

5. — O Código de Processo Civil de 1939 apresenta, nesta matéria, um grande progresso em relação ao seu antecessor, como veremos no decorrer destas ligeiras considerações.

Procurou-se, aí, tanto quanto possível, fazer do processo uma luta leal, dominada pela boa fé, para o que se fixaram, com clareza, princípios necessários e se cominaram, para a hipótese da violação deles, sanções, quer gerais, quer especiais.

Como diz o Prof. Dr. Alberto dos Reis, o actual Código pretende «tornar efectiva e real a responsabilidade do litigante de má fé que até aqui tem sido quase letra morta. Já porque as disposições dos arts. 121.º e segs. do Código anterior eram imperfeitas e deficientes, já porque a brandura dos nossos costumes oferece uma grande resistência à imposição de sanções enérgicas, mesmo quando são justas, o certo é que é de todos os dias o espectáculo lamentável de um litigante se servir de todos os meios para cansar e moer o adversário, cheio de razão, sem que a tão conde-

nável procedimento os tribunais apliquem o correctivo necessário» (1).

Assim, enquanto os arts. 121.º e segs. do Código de 1876 se limitavam a estabelecer que, quando o juiz entendesse que a parte vencida tinha litigado com má fé, ser-lhe-ia aplicada determinada multa e seria obrigada a pagar à outra parte uma indemnização, o actual Código, no art. 465.º, desenvolveu o conceito de má fé com certa precisão e, ao mesmo tempo, imprimiu-lhe a virtualidade necessária para abranger as variadas modalidades desta figura processual.

Vê-se por este artigo que o Código não se limitou a perseguir o dolo (e já seria tanto, seria, mesmo, quase tudo), mas a ideia mais ampla da má fé.

A disposição citada abrange o dolo unilateral, como o dolo bilateral, o dolo substancial, quando diz «deve considerar-se litigante de má fé, não só o que tiver deduzido pretensão ou opposição cuja falta de fundamento não podia razoavelmente desconhecer, como também o que tiver conscientemente alterado a verdade dos factos ou omitido factos essenciais».

Refere-se ao dolo instrumental, quando, continuando, diz: «... e o que tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal ou de entorpecer a acção da justiça ou de impedir a descoberta da verdade».

Ao contrário, o art. 121.º do Código anterior referia-se apenas ao dolo no mérito da causa. Na verdade, anteriormente ao Código de Processo Civil, a jurisprudência, em várias disposições, pronunciou-se no sentido de que «litiga de má fé aquele que intenta a demanda, convencido de que não tem o direito que invoca; aquele que dela se defende convencido de que tem a obrigação cujo cumprimento lhe é exigido; e, ainda, aquele que alega factos pertinentes à causa e necessários para a resolver, sabendo que são falsos, ou propositadamente os oculta, pretendendo assim iludir o tribunal e prejudicar o adversário» (2).

(1) Código de Processo Civil anotado, pág. 327.

(2) Prof. Dr. Barbosa de Magalhães, in *Processo Civil e Comercial*, págs. 339 e segs. *Litigar de má fé*, in «Gazeta da Relação de Lisboa», t. 20, pág. 401.

Do sistema do Código anterior resultava, portanto, que, por mais desleal que fosse a conduta da parte vencedora, no tocante aos meios e poderes processuais, ela nunca podia ser considerada como litigante de má fé — situação injusta, a que o § único do art. 465.º veio pôr termo: «A parte vencedora pode ser considerada como litigante de má fé, mesmo na causa principal, quando tenha procedido com dolo instrumental».

E, ainda, outras medidas foram tomadas em obediência à mesma orientação de defender o processo contra os bacilos da fraude, da mentira, da chicana processual (Código de Processo Civil anotado, págs. 327 a 329).

O dolo bilateral está contemplado, fundamentalmente, nos arts. 665.º e 778.º Este último estabelece como reacção contra a sentença com trânsito em julgado, proferida em processo simulado, o recurso de opposição de terceiro, quando o juiz não tenha feito uso do poder conferido pelo art. 665.º, ou seja, obstado, com a sua decisão, ao fim anormal, que com o processo pretende conseguir-se.

Referem-se, também, à má fé, os arts. 113.º, 495.º, § 2.º, 980.º, 1.152.º, 1.269.º

Em relação com tudo o que acabamos de dizer, está o art. 264.º do Código de Processo Civil, em que se impõe às partes o dever de boa fé. Trata-se, na verdade, de um dever e não de um simples ónus, como já se tem afirmado, pois o seu não cumprimento tem como consequência não apenas a perda de vantagens, mas uma verdadeira responsabilidade de perdas e danos, como resulta dos arts. 465.º e segs. do Código.

De uma maneira geral, a sanção para o litígio de má fé consta de multa e indemnização, nos termos deste artigo, mas, às vezes, há sanções especiais: arts. 370.º, 411.º, 553.º, 981.º, 998.º, § único, 1.048.º, 1.427.º, n.º 2, etc. Algumas destas disposições, porém, não se referem expressamente à má fé.

O incidente de falsidade, estabelecido nos arts. 365.º a 375.º constitui, também, um meio de luta contra a má fé.

Também no Estatuto Judiciário de 1944 há preceitos que se referem a este assunto: arts. 103.º, n.º 6, 106.º, n.º 12.º, 109.º, 548.º, 549.º, n.ºs 1, 5, 8. Estes são, apenas com alterações de

pormenor, a reprodução de preceitos do Estatuto Judiciário anterior.

Em suma, o dolo processual, atentando contra o regular, contra o «são» exercício da função jurisdicional, introduz nele um elemento patológico e, está, portanto, em oposição com todo o sistema jurídico; é uma conduta ilegal. Há meios expressamente estabelecidos na lei para o evitar e reprimi-lo, mas, independentemente disso, «há uma vontade latente na lei que reprova e condena o dolo processual». (1).

Passamos, agora, a ocupar-nos do Cap. II do nosso trabalho, em que trataremos de alguns aspectos doutrinários e legais do dolo instrumental, por ser esta a modalidade de dolo processual que maior interesse suscita, conforme se verá.

## CAPÍTULO II

### DOLO INSTRUMENTAL

#### § 1.º — *Aspectos doutrinários do dolo instrumental*

##### SUMARIO:

1. — *Importância.*
2. — *Conceito e elementos.*
3. — *A chicana processual.*

1. — O estudo do dolo instrumental tem, como reconhecem os autores (2), maior importância que o do dolo substancial. De facto, o dolo substancial só terá eficácia prática quando acompanhado de medidas instrumentais eficazes, para produzir no tribunal a falsa representação da verdade dos factos, já que é actualmente princípio dominante em processo civil o de que o juiz se pronuncia «juxta allegata et probata».

---

(1) Prof. Dr. Paulo Cunha, in *Simulação processual e anulação do caso julgado*, págs. 45 e segs.

(2) Zani, *ob. cit.*, págs. 101 e segs.



Quere dizer: o autor poderá demandar, convencido de que não tem o direito que invoca; poderá o réu defender-se, convencido de que assumiu a obrigação cujo cumprimento lhe exigem; poderão ainda um e outro, alegar factos falsos, mas nada conseguirão, se não empregarem meios processuais adequados, para provar em juizo o direito que não se tem, a inexistência da obrigação que se contraíu ou a verdade dos factos inexistentes ou diferentes dos que se alegam.

Em suma, é no dolo instrumental que se resume a actividade ilicitamente dolosa no processo. As ordens jurídicas procuram reprimí-la por todos os modos, principalmente nos últimos tempos, para que o processo não se torne uma fantasia e a verdade e a justiça ideais longínquos, de difícil, se não impossível, realização no processo.

2. — O dolo instrumental consiste no ilícito comportamento das partes no desenvolvimento do processo, para impedir ao adversário a defesa ou levá-lo à prática de um ou mais actos facultativos prejudiciais, e para levar o juiz a proferir uma sentença injusta.

As formas que pode revestir são variadíssimas.

O dolo instrumental, como qualquer das modalidades do dolo, e constituído por dois elementos: o «animus decipiendi», que é um elemento subjectivo, e a sua manifestação exterior, aquilo a que Zani, numa expressão feliz, chama a «mise-en-scène», que é um elemento objectivo.

Trata-se de dois requisitos indispensáveis para que determinado comportamento possa classificar-se de doloso.

Além disso, a relevância jurídica do dolo depende da efectiva deformação da vontade da parte ou do juiz. Quando não tenha chegado a produzir-se tal consequência, não há que falar em dolo juridicamente relevante, pois tratar-se-á de uma falta de veracidade meramente subjectiva. O direito apenas reage perante a falta de veracidade objectiva, já que só esta pode fazer sentir os seus perniciosos efeitos no processo. Como diz Gerardo Albanese, «a fraude é a síntese do dolo e do dano», como claramente se infere da seguinte passagem de Paulo: «post veterum autori-

tatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutem fuerit» (1).

Também, como vimos anteriormente, não é qualquer astúcia ou habilidade no desenvolver da actividade em juízo, que pode revestir a natureza do dolo instrumental, mas só aquela que a normal compreensão e entendimento das partes ou do juiz não consiga surpreender, deixando-os, assim, sem defesa, perante a actividade fraudulenta.

Mas, examinemos, agora, os dois citados elementos do dolo, separadamente :

a) — *elemento subjectivo.*

A propósito do «animus decipiendi», como elemento do dolo instrumental, põem-se, principalmente, duas questões.

Assim, há quem afirme que não é de admitir tal «animus» no processo, dado o ambiente desfavorável à produção dos seus efeitos. Diz-se que não é possível o emprego de meios processuais idóneos para levar o tribunal a uma errada convicção, dado o permanente contróle do juiz e da parte contrária e, também, o próprio ambiente de dúvida, de desconfiança, em que se desenrola a lide processual.

Ora, que tal afirmação é infundada, está a prática a revelá-lo frequentemente e foi, exactamente, para pôr termo à perniciosa influência do dolo, que surgiram nas legislações meios de combatê-lo.

Tem-se, ainda, objectado que é muito difícil averiguar o «animus decipiendi» na actividade processual, em virtude da paixão da lide, do facto de a dúvida poder levar a afirmações menos verdadeiras; cita-se também o argumento da liberdade das partes, como princípio necessário no processo.

Vimos já, porém, como estes argumentos apenas têm eficácia de reduzir a exigência da boa fé e o critério que deve presidir à justa fixação dos seus limites. Também, nem sempre é difícil

---

(1) *Ob. cit.*, págs. 35 e segs.

descobrir o «animus decipiendi»; quando isso não seja conseguido no momento em que é posto em execução, sê-lo-á, muitas vezes, através de factos e indagações subseqüentes.

b) — *elemento objectivo.*

É constituído pela attitude dolosa exterior, tendente à efectivação do «animus decipiendi», a qual pode ser positiva (acção) ou negativa (abstenção).

Põem-se aqui as questões relativas à idoneidade do meio empregado e do nexo de causalidade entre ele e o erro produzido.

Quanto à idoneidade do meio utilizado para induzir em erro a parte contrária ou o juiz, apenas há que recordar o que dissemos àcerca da extensão e limites do dolo no processo: só será meio idóneo aquele que fôr particularmente intenso e grave. Tudo o mais será «dolus bonus», matéria lícita, se bem que represente conduta desonesta, imoral, e não «dolus malus», má fé jurìdicamente relevante.

É isto que, aliás, resulta de uma das passagens do próprio Digesto «nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de doli actio dari» (D., 4, 3, 7, § 10.º, Ceciliano, id., Pomponio, id., Ulpiano).

A questão do nexo de causalidade entre o dolo e o erro produzido, resume-se no seguinte: para haver dolo jurìdicamente relevante, é necessário que o erro da parte ou do juiz, seja consequência do comportamento doloso, de tal maneira que, se não fôra este, a respectiva vontade não se teria formado em certo sentido. De facto, pode a vontade da parte estar viciada por razões intrínsecas ou extrínsecas, mas independentes do dolo e, portanto, não se verificar uma das condições da existência dele: a efectiva deformação de uma vontade.

3. — Vejamos a questão da chicana processual. Consiste ella numa intencional dilação do pleito, designadamente para cansar o adversário, inserindo ou fazendo inserir no processo termos ou documentos desnecessários, ou solicitando a prática de actos ou diligências escusadas, por não interessarem para a descoberta da

verdade, tudo isto com o fim de obter uma sentença a próprio favor.

Enunciados os princípios que dominam o processo, e definido o conceito de dolo nas suas principais modalidades, vê-se que a chicana entra no conceito de dolo instrumental: a chicana serve-se de meios processuais, em si lícitos, mas empregados para um fim, que está em flagrante contraste com a finalidade de verdade e de justiça, que anima o processo.

Segundo o jurista austríaco Francisco Klein, já no direito romano existia uma calúnia especial, que consistia em demorar a decisão do pleito, pela forma indicada.

Também no Código de Processo Civil português a figura está contemplada e, através da sua qualificação como dolo instrumental, podemos aí encontrar a respectiva sanção.

Na verdade, entre os deveres que pelo art. 264.º são impostos às partes, está o de «não requerer diligências meramente dilatórias». Ora, se conjugarmos com esta disposição a do art. 465.º do mesmo Código, que qualifica como litigante de má fé aquele que «tiver feito dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal», como o objectivo que se tem em vista com a chicana se traduz na violação do dever enunciado no art. 264.º, vemos que ela é reprimida por constituir uma das formas da má fé, ou seja, dolo instrumental.

A dificuldade está em averiguar, na prática, se houve, da parte do litigante que requereu uma diligência meramente dilatória, a intenção que caracteriza o dolo e, por isso, em muitos casos, ela ficará impune.

Trata-se, aliás, de uma dificuldade, que domina toda a matéria de má fé no processo.

Ainda como reflexo da intenção do legislador de banir do processo as execrências inúteis e de tornar expedita a resolução dos litígios, encontramos no art. 266.º o poder conferido ao juiz, com carácter de imposição e não de simples faculdade, de recusar «o que for impertinente ou meramente dilatatório». E não se trata, segundo cremos, de recusar, apenas quando a diligência requerida se limitaria a confirmar uma prova já existente: o juiz deverá fazê-lo, ainda que nenhuma certeza haja àcerca do facto que com

a diligência se pretendia provar, desde que o considere irrelevante ou sem qualquer influência para a decisão da causa.

Um dos meios de evitar a chicana consiste na proibição de recorrer, para além dos limites estabelecidos na lei, evitando, assim, que as questões se arrastem indefinidamente pelos tribunais e, ainda, nas desvantagens cominadas para a revelia do réu. Mas, nestes casos, prescinde-se de indagação acêrca do intuito da parte, tomando-se perante a questão uma posição objectiva.

## § 2.º — *Medidas contra o dolo instrumental no Código de Processo Civil português*

### SUMÁRIO:

1. — *Medidas preventivas.*
2. — *Medidas repressivas.*

1. — *a)* A mais importante das medidas preventivas é o contraditório. De facto, a melhor forma de combater o dolo, evitando a produção dos seus efeitos, é a que se baseia no antagonismo das partes, confiando na sua natural diligência e atenção; cada um dos litigantes, no seu interesse, procurará opôr à astúcia a própria astúcia, desmascarar os manejos desleais do adversário e neutralizar, pela sua acção, os efeitos dolosos dos seus actos. De maneira que, se o carácter egoísta da luta processual tende a viciá-la de excessos condenáveis, na sua essência e mecanismo vem, também, afinal, a encontrar-se a forma de anular os seus efeitos.

Por isso, um dos princípios fundamentais em matéria de direito processual civil, é o de que o processo declarativo assenta no contraditório e, daí, também, a necessidade de citação, cuja falta implica a nulidade de tudo o que se processar depois da petição inicial, nos termos do art. 197.º do Código de Processo Civil. Também, um dos fundamentos da opposição em processo de execução, consiste na «falta ou nulidade de primeira citação para a acção, quando o réu não tenha intervindo no processo» — art. 813.º, n.º 5, do mesmo Código.

*b)* Será admitida no nosso direito processual, a impugnação do acto facultativo prejudicial, resultante de dolo?

«De jure condendo», parece ser boa a doutrina que a admite desde que se prove o nexo de causalidade entre o dolo e o erro, por analogia com o que sucede em direito privado. Não é, porém, esta que o nosso Código de Processo Civil consagra.

É sabido, na verdade, que, em matéria de actos processuais, se atende sempre, salvo casos excepcionais, à vontade declarada, não só porque a indagação dos elementos intencionais da actualiação das partes, como regra, tornaria o processo moroso, como lhe diminuiria a segurança e certeza. Eis porque no nosso Código de Processo Civil se restringiu essa indagação aos negócios jurídicos processuais (confissão, desistência, transacção) art. 306.º — e à má fé processual, na medida em que durante o desenvolvimento da causa, e por causa dele, o tribunal se apercebe dela.

No entanto, em face do art. 201.º do mesmo Código, parece-nos que, naqueles casos em que o acto prejudicial se baseia num acto doloso da parte contrária, este pode ser anulado e, conseqüentemente, de harmonia com o mesmo artigo, aquele se-lo-á também. Mas, para isso, será preciso que a parte prejudicada (art. 203.º) prove que a irregularidade cometida pode influir na decisão da causa.

Também existe no nosso direito o incidente de falsidade de documentos e de actos judiciais, questão esta, que também se prende com a averiguação da intenção do agente. Neste caso, levantado o incidente, e se fôr julgado procedente, ficará sem efeito o acto prejudicial que, entretanto, a parte contrária tiver praticado na sua base, isto é, quando ainda não se tinha descoberto a fraude.

Além destes casos, em que o acto resultante de dolo fica sem efeito, por ter desaparecido aquele em que se baseia, não vemos que a lei permita que ele possa ser anulado por efeito de impugnação directa, salvo se se tratar de negócio jurídico processual, como dissemos.

Finalmente, apontaremos ainda os poderes do juiz como elemento importante na luta preventiva contra o dolo.

Depois do que dissemos àcerca das medidas preventivas contra o dolo instrumental, parece-nos não ser errado concluir que o sistema do nosso Código de Processo Civil nada perderia admitindo a impugnação directa do acto prejudicial, pois nem sempre

os meios processuais referidos são eficazes, como seria para desejar. Trata-se, é certo, de uma questão melindrosa, por implicar com a necessidade de certeza e segurança jurídica, mas os princípios informadores do Código não são incompatíveis com a sua admissão, dentro de certos limites.

2. — Vejamos, agora, as medidas repressivas, de que o vencido se pode socorrer. Em primeiro lugar, surge o meio ordinário de impugnação, ou seja, o recurso ordinário.

Pode, porém, suceder que não haja lugar a recurso ordinário, pois como sabemos, entre nós, ele nem sempre é admitido, ou que o dolo tenha sido empregado já no julgamento do 2.º grau, de que não caiba recurso, ou que a parte vencida só se tenha apercebido do dolo depois de a sentença ter transitado em julgado. Em qualquer destes casos, se se tratar de dolo do juiz e se conseguir prová-lo por sentença condenatória passada em julgado em processo criminal, ou de dolo de uma das partes, por falsificação de documento ou acto judicial em que a sentença se tenha fundado, poderá ser utilizado o recurso de revisão, que é um recurso extraordinário — dirige-se contra uma sentença já transitada em julgado — com fundamento, respectivamente, nos n.ºs 1 e 2 do art. 771.º do Código de Processo Civil.

Afora destes casos, haverá, ainda, a possibilidade de desfazer a sentença viciada pela fraude ?

Parece-nos que sim. De facto, se o vencido conseguir provar a má fé do vencedor, em acção de simples apreciação ou declaração intentada com esse fim (art. 4.º, alínea *a*) do Código de Processo Civil), e obtiver sentença que a reconheça, poderá, com esse documento, invocar o n.º 3. do art. 771.º e, se aquela tiver sido determinante da sentença injusta, obter a anulação do caso julgado.

*Cecília da Silva de Sousa Ribeiro*