B) COIMBRA

O PRINCÍPIO «NEMO AUDITUR ALLEGANS TURPITUDINEM SUAM»

Relatório apresentado pelo DR. PINTO CARNEIRO

O conhecido adágio latino «*nemo auditur allegans turpitudinem suam*» filha raízes no Direito romano e, mais ou menos acentuadamente, influenciou os ordenamentos jurídicos posteriores.

Porque não interessa demasiado ao nosso objectivo e até porque seria algo fastidioso, deixaremos a história do aludido princípio em remansoso silêncio. Apenas, e ainda desta vez em bosquejo conciso, faremos a sua exposição crítica.

Nesta matéria, como em tantas outras, mais uma vez tem cabimento a já clássica distinção de *jure constituendo* e de *jure constituto*.

I

DE JURE CONSTITUENDO

Toda a filosofia jurídica vazada no tão celebrado princípio reduz-se a dois quesitos fundamentais:

a) Deverá alguém ser ouvido em juízo na alegação da ilicitude do próprio acto?

b) Em caso afirmativo, poderá alguém exigir o cumprimento de um contrato ilícito ou a restituição feita como consequência de um negócio daquela natureza?

A solução destes dois problemas constitui, na sua fria nudez, o núcleo central do brocardo que é objecto do nosso estudo crítico.

São várias as hipóteses que podemos formular, umas de natureza mais teórica, outras surpreendidas na vida real, que esclarecem o ponto vertente.

I) Estão neste caso todas as hipóteses de simulação absoluta em que os simuladores aparecem a invocar a nulidade do próprio acto.

II) Enquadram-se também neste ponto de vista os numerosos casos de fraude à lei.

Concretizemos :

O art.º 1.769.º do Código Civil português considera nulas as disposições *mortis-causa* feitas pela enferma a favor do médico que lhe assistiu na doença final. Contornando a disposição legal, o médico pode atingir o mesmo fim casando *in articulo mortis* com a doente. Na verdade, nos termos do § único do citado artigo, a disposição legal não tem cabimento se o médico for marido da moribunda. O casamento é um acto inteiramente lícito, desde que não haja obstáculos à lei. Mas neste caso, o médico, usando de um processo fraudulento, uma vez que a sua intenção era apenas tornar-se herdeiro ou legatário, contrariou o espírito da disposição do art.º 1.769.º. *Quid juris*, se o suposto marido vem a juízo alegar a nulidade do casamento com base em fraude à lei ?

Mais : O art.º 1.452.º do nosso Código Civil dispõe que as dívidas provenientes do jogo não podem ser exigidas judicialmente. Ora um indivíduo, credor de outro por dívidas desta natureza, leva o devedor a aceitar letras de câmbio, títulos transmissíveis por endosso, no valor do montante da dívida. Deverá ser ouvido em juízo o credor se amanhã vier alegar a iliceidade do seu acto ?

Vejamos um caso da vida real :

Certo indivíduo, casado em regime de comunhão geral, quis vender um prédio rústico para o que não conseguiu consentimento da mulher nem o devido suprimento judicial. Que fez então o nosso homem ? Deixou de pagar a contribuição predial. Combinou-se depois com o chefe da respectiva Secção de Finanças para executar aquele imóvel e preveniu o comprador para lançar na praça o preço ajustado. Desta forma iludiu a lei e conseguiu ainda que o comprador pagasse apenas metade da sisa. Se o interessado vier a tribunal pedir que todas as coisas sejam repostas no seu primitivo estado, alegando

e provando o processo fraudulento de que lançou mão, deverá ser atendido?

Pelo projecto do nosso Código Civil, nesta parte da autoria do Professor Pires de Lima, é instaurado o instituto da adopção. Se um indivíduo adoptou outro sòmente para que este não pague o imposto sucessório dos bens que daquele receber, poderá o adoptante invocar a nulidade do acto?

Um casal que, à face da lei portuguesa, só pode deserdar os filhos nos casos taxativamente previstos no art.º 1.876.º do Código Civil, pode iludir esta disposição, naturalizando-se na Inglaterra onde a faculdade de testar não sofre restrições.

Quid juris, se amanhã o dito casal alegar em juízo o carácter simulado da naturalização?

Vejamos, por fim, mais este caso de flagrante realidade.

O art.º 1.480.º do Código Civil proibe as doações feitas pelo homem casado à sua concubina.

Ora determinado indivíduo, impedido legalmente de fazer liberalidades desta natureza, procurou frustrar a eficiência daquela disposição, fazendo uma doação à ascendente da sua amante, para que por morte daquela, já de provecta idade, os bens viessem por sucessão legítima à posse da cúmplice do seu adultério.

Poderá ser atendível a alegação em juízo feita pelo doador do vício de que enferma a liberalidade feita?

Muitas outras hipóteses poderíamos formular, o que julgamos desnecessário, por serem aquelas já sobejamente elucidativas.

E não se pense que são raros os casos desta natureza. Em todos os ordenamentos jurídicos, por mais perfeitos que se ostentem, o homem usando de expedientes ilícitos, tem sempre maior ou menor possibilidade de frustrar a eficiência da lei. Em todos os sistemas legislativos há-de surgir, de uma forma embora latente, o conflito resultante da sobreposição do interesse individual ou geral, como brilhantemente observa Lereuge (1), ou como em formas magistrais, expõe Von Hiering (2).

A essência do nosso problema reside em averiguar se em todos

---

(1) Théorie de la fraude fiscal.

(2) L'esprit du droit romain.

os casos expostos e noutros similares, poderão ser ouvidos em juízo os perpetrantes da «turpitudo».

De forma nenhuma, podemos concordar *de jure constituendo* com o princípio *nemo auditur allegans turpitudinem suam*, designadamente nos termos amplos em que tem sido aceite. É certo que não deixa de ser plausível o objectivo por ele visado, ou seja, a denegação da tutela jurídica a quem procura valer-se do favor da lei quando se cai na perniciosa alçada da conduta imoral para que se concorreu. Mas também não é menos certo que a lei desprotegendo uma dessas partes, tutela outra colocada em idênticas condições, se a *turpitudo* é bilateral.

Assim, se A cumpriu para com B certa prestação, como consequência de um acto ilícito bilateral, a lei deixa de proteger o primeiro contraente, negando-se a ouvi-lo, mas não se repara que a inércia da lei, neste caso, favorece o segundo contraente que usufrui dos benefícios de uma prestação a que não tem legítimo direito. Perante a lei, a culpa de A e de B deve ter o mesmo tratamento.

Nestas circunstâncias parece que só uma atitude legal seria louvável: declarar a nulidade do negócio e, na medida do possível, aplicar sanções aos seus autores.

É até este, também, um dos argumentos utilizáveis pela doutrina que propugna a invocação da simulação pelos seus próprios agentes, nos sistemas jurídicos onde não há norma expressa em contrário, como acontece no Código brasileiro e no Código argentino.

Neste mesmo sentido, embora também com outros argumentos que nem sempre se apresentam procedentes e que não importa referir neste lugar, se pronunciaram Raynal (1), Wagner (2) e Savery-Casard (3).

No Código italiano, e bem assim no Código francês, não existe um texto semelhante ao art.º 692.º do nosso Código Civil. Apesar desta lacuna, o problema não tem sido descurado nem pela doutrina nem pela jurisprudência, embora com soluções bastante divergentes.

Vários autores italianos acordam em que as partes podem alegar a nulidade do próprio negócio ilícito, mesmo quando lhes seja impu-

---

(1) Étude sur les conventions imorales.

(2) De la nulité de cause illicite.

(3) Le refus d'action pour cause d'indignité.

tada a torpeza do acto praticado. Desta forma se pronunciaram Allora e Ruggiero.

Mas a hipótese, como claramente se infere do que fica exposto, complica-se quando uma das partes ao mesmo tempo que invoca a nulidade, pede a restituição da prestação feita.

Ainda aqui teremos de distinguir dois casos, conforme a parte que reclama é autora *única* da iliceidade ou ambos os contraentes são comparticipantes na *turpitudo*. Se é o autor da iliceidade que reclama a restituição da prestação, a doutrina italiana admite neste caso a realidade do princípio *nemo auditur*, pois não faz sentido que o indivíduo viole a lei e depois tenha ainda o desplante de invocar, eficazmente, a seu favor a própria violação.

Mas como resolver o problema se a ilicitude do negócio se radica no procedimento comum das partes?

Coviello (1) e Ruggiero (2), equiparando o negócio oriundo de causa ilícita ao negócio sem causa, identificam as duas situações.

Para eles, será permitido o pedido de restituição da prestação tanto quando a ileiceidade advém do procedimento de quem recebera essa prestação, como quando provém de comportamento comum. É que, segundo o seu pensar, o ordenamento jurídico não concede a sua tutela a quem pede a execução de um negócio ilícito como ainda autoriza a anulação de tudo o que se fez para efectivá-lo.

Ferrara (3) argumentando com a *irrepetitio indebita* nas dívidas de jogo, chegou à conclusão que, neste caso, também se não poderia exigir a prestação adimpleta.

Por sua vez Ennecerus (4), baseado na letra do art.º 2.035.º do Código Civil, cuja disposição está formulada nos seguintes termos, «aquele que cumprir uma prestação para um fim que, também por sua parte, constitui ofensa aos bons costumes não pode repetir o que pagou», defende a irrepetibilidade da prestação, mas só em caso em que a ilicitude seja comum ao solvente e as accipiente.

---

(1) Manuale di dirito.

(2) Cit. por Carraro en «Il negozio in frode alla lege».

(3) Della simulazzione.

(4) Cit. por Carraro.

Carrara (1), interpretando essa mesma disposição à luz dos trabalhos preparatórios do Código Civil, chega à conclusão de que ela não tem carácter inovador em relação à doutrina predominante que admite a irrepetibilidade da prestação feita para fim ilícito, só por parte do solvente.

Este caso, segundo Carraro, deverá ficar sujeito à mesma disciplina daquele em que a iliceidade é comum ao solvente e ao accipiente.

É, todavia, conveniente frisar esta curiosa particularidade: é que a doutrina italiana admite a irrepetibilidade nos termos expostos, sòmente quando a prestação é contra os *bons costumes*. Se o fim do negócio ilícito é *contra a lei*, já a repetibilidade é admitida.

Parece estranha esta disparidade de atitudes e já lhe têm sido movidas algumas críticas. No entanto, a doutrina italiana tem procurado justificar a distinção. É que no negócio *contrário à lei*, tudo volta ao *statu quo ante*, à situação primitiva, admitindo a repetibilidade.

Uma vez que se restaure a situação inicial, termina o estado de violação da lei. Com os *bons costumes*, as coisas passam-se de forma diferente, uma vez que a restituição inicial não poderá recompor-se jamais. E é por isso que no negócio fraudulento, já a repetibilidade é admitida, uma vez que a doutrina italiana, ao contrário de parte de doutrina francesa, admite que a fraude, como tal, é contrária à lei e não aos bons costumes.

II

DE JURE CONSTITUTO

No Direito português há uma norma expressa sobre o problema que se debate. É o art.º 692.º do Código Civil que diz o seguinte: «se o contrato tiver por causa ou fim algum facto criminoso, ou reprovado, em que ambos os contraentes sejam coniventes, nenhum deles será ouvido em juízo acerca de tal contrato; mas, se só um dos

(1) Pág. 89-91.

contraentes for de má fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver prometido, nem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado».

Não obstante a sua aparente simplicidade, não é todavia isenta de dificuldades a interpretação de tal texto.

O art.º 692.º hauriu a sua estrutura doutrinal nos art.os 1.192.º e 1.193.º do Projecto do Código Civil espanhol, como se pode ver em Goyena.

Nas Actas do Código, a doutrina sintetizada no art.º 692.º estava dispersa por dois textos legais: o art.º 785.º e o art.º 786.º.

O primeiro determinava que se o contrato tivesse por causa, ou fim, algum facto criminoso em que ambos os contraentes fossem coniventes, nenhum deles seria ouvido em juízo acerca de tal contrato; todavia, se só algum dos contraentes fosse culpado, poderia o outro reclamar o que lhe fosse prestado e não seria obrigado a cumprir o que houvesse prometido.

A primeira parte deste artigo, era a consagração do princípio exarado no Digesto: «*ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatu, non posse repeti dicimus*». Era a negação da *acctio ob turpem causam* no caso de comum iliceidade negocial. O Código alemão no seu art.º 817.º e o suíço no art.º 66.º também aceitaram este princípio.

O art.º 786.º, acima referido, dispunha que se o contrato tivesse por causa, ou fim, algum acto simplesmente reprovado e ambos os contraentes fossem coniventes, nenhum deles poderia reclamar o cumprimento de prometido nem a restituição do que houvesse dado; mas se algum dos contraentes sòmente houvesse incorrido no facto reprovado, poderia o outro reclamar o que houvesse prestado e não seria obrigado ao que houvesse prometido. Esta última disposição, em rigor, era uma reduplicação da primeira. A diferença estava apenas na causa ou fim do contrato. Com efeito, enquanto na primeira se falava em «*facto criminoso*», na segunda alude-se a «*facto reprovado*».

Foi certamente este motivo que levou a sessão de 21 de Dezembro de 1860 a deliberar, entre outras coisas, a fusão dos dois artigos o que foi posto em execução pelo Visconde Seabra que na sessão de 24 do mesmo mês e ano, apresentou a redacção única constante do actual art.º 692.º.

O art.º 692.º fala em *causa* do contrato. Ora em que sentido estará empregada aquela palavra?

Uma breve notícia sobre o assunto será suficente para esclarecer o problema.

Os autores que estudaram a teoria de causa dos negócios jurídicos, podem enquadrar-se dentro das seguintes posições:

1) Teoria da *causa-função* defendida por aqueles que constroem o conceito de causa em bases objectivas, independentes da vontade do agente.

2) Teoria clássica que é subjectiva e bifurca-se: uns procuram o conceito de causa ligando-a a elementos psicológicos de agente, mas separando-a, todavia, dos motivos; para outros, a causa e os motivos fundem-se numa identidade de conceito. Alguns autores ainda distinguem a *causa final* constituída por motivos imediatos, essenciais, típicos de cada negócio, independentes da vontade dos contraentes e causa *ocasional* constituída por motivos secundários, particulares e que variam em função dos contraentes.

Para Aubry e Rau, os motivos essenciais e típicos constituem a *causa próxima*; os secundários e particulares, a *causa remota*.

Capitant, que dedicou um dos seus importantes trabalhos (1) ao estudo de causa de negócio jurídico, define-a como sendo «o fim imediato visado pelas partes».

Modernamente toma relevo a teoria de *causa-motivo*, isto é, a causa de um negócio é o móbil determinante do agente.

O Código Civil português fala em causa nos art.os 657.º, 658.º, 659.º, 660.º, 692.º, 1.745.º e 1.746.º. Os dois últimos textos referem-se aos testamentos; os outros respeitam a matéria contratual.

Os professores Paulo Cunha (2) e Cabral de Moncada (3) pensam que a palavra causa nos artigos respeitantes a matéria contratual tem um duplo sentido: *motivo* e *natureza* do negócio.

Por sua vez, Guilherme Moreira (4) opina que a palavra causa apenas significa *motivo*.

Parece-nos, todavia, que o critério mais plausível é o de investi-

---

(1) De la cause dos obligations.

(2) Lições do 2.º ano jurídico.

(3) Lições de Direito Civil.

(4) Instituições.

gar o sentido da palavra, não em cada artigo considerado isoladamente, mas sim o que ressalta dos textos legais tomados em conjunto.

Neste sentido se pronunciaram José Tavares (1) e Taborda Ferreira (2). Lançando mão deste critério, Taborda Ferreira chegou à conclusão que a noção de *causa-motivo* «é o único conceito de causa actuante no Direito português».

Cunha Gonçalves considera a causa no direito português, como sendo o motivo ou fim que levou os contraentes a darem o seu consentimento; o facto ou circunstância *sine qua non*, isto é, sem o qual o contratante não teria celebrado o contrato.

Do que fica exposto, conclui-se, com clareza meridiana, que o sentido de causa no art.º 692.º é subjectivo, ligado a motivos psicológicos, volitivos, finalistas.

Mas qual será a amplitude do domínio de aplicação do art.º 692.º? Da disposição citada deduzem-se as seguintes conclusões:

1) Se a iliceidade provém de procedimento comum, nenhuma das patres será ouvida e a prestação, consequentemente, será irrepetível.

2) Se a iliceidade provém apenas de uma das partes, então o contraente que originou a iliceidade não poderá:

a) exigir a execução do contrato;

b) exigir a repetição da prestação feita.

Portanto, o art.º 692.º consagra a irrepetibilidade desfavorável à parte de má fé.

Quanto à parte de boa-fé, haverá repetibilidade de prestação, como se infere de parte final do art.º, que diz «poderá exigir o que houver prestado».

Mas isto só, não basta. Para averiguarmos com rigor a amplitude do art.º 692.º, teremos de distinguir entre a alegação de nulidade e a exigência de cumprimento do contrato ou a restituição de prestação feita.

Ora, segundo se deduz com segurança da segunda parte do artigo, ele só se aplica à execução do contrato ou à restituição da prestação feita. Neste sentido se pronunciaram também Guilherme

---

(1) Princípios fundamentais.

(2) Causa dos negócios jurídicos.

Moreira (1), Reis Maia (2), Paulo Cunha (3), Beleza dos Santos (4) e Cunha Gonçalves (5).

Ora isto tem uma importância capital. É que, sendo assim, então o princípio, criticável de *jure constituendo*, já não tem aplicação à simulação tanto civil, como processual. Mas não só isto; de uma forma geral, pode dizer-se que o princípio não deverá jamais aplicar-se todas as vezes que os agentes invoquem apenas a nulidade do negócio, sem, todavia, reclamarem o seu cumprimento.

Diga-se em abono da verdade que a redacção deste artigo, à primeira vista tão clara, parece conter na segunda parte certas incoerências, como já insinuou Cunha Gonçalves (6). Na verdade, parece supérflua a faculdade concedida ao contratante de boa-fé de «não cumprir o que houver prestado» uma vez que o contraente de má-fé não *será ouvido em juízo*.

E o mesmo se diga da última parte. O contraente de boa-fé «poderá exigir o que houver prestado». Neste caso, instaurada a devida acção processual, o juiz terá forçosamente de ouvir o réu na sua possível contestação ou defesa.

Ainda a-propósito do art.º 692.º, um outro problema pode surgir.

Será, para estes efeitos, aceitável a doutrina italiana que distingue entre negócio contrário aos bons costumes e negócio contrário à lei?

Parece-me que de forma nenhuma a poderemos considerar admissível de *jure condito*. Efectivamente, quais são os actos que a lei considera ilícitos ou reprovados? Di-lo o art.º 671.º, n.º 4: «actos contrários à moral pública ou às obrigações impostas por lei». Uns e outros estão colocados no mesmo plano. Mercê do art.º 671.º os preceitos que constituem a moral pública adquirem força de jurisdicidade. Por isso, entre nós, não tem cabimento a distinção da doutrina italiana.

---

(1) Instituições.
(2) Direito Geral das Obrigações.
(3) Simulação processual e anulação do caso julgado.
(4) Simulação.
(5) Tratado, V.
(6) Ob. cit.

Estamos chegados ao fim. Resta condensar em síntese as conclusões:

a) *De jure constituendo*, o adágio *nemo auditur*, é, em princípio, inaceitável, designadamente no sentido amplo que os termos comportam.

b) *De jure constituto*, o art.º 692.º não deve aplicar-se aos casos em que os agentes do negócio ilícito apenas invoquem a sua nulidade.

c) Deve dominar todas as hipóteses em que as partes exijam o cumprimento do negócio ilícito ou, então, reclamem a restituição de prestação feita em virtude de um negócio daquela natureza.

PINTO CARNEIRO