



PEDRO MIGUEL VAZ SILVA

**O uso anormal do processo: problemas antigos e recentes
à luz do atual Código de Processo Civil**

Dissertação com vista à
obtenção do grau de Mestre
em Direito, na especialidade
de Direito Forense e
Arbitragem.

Orientador:

Doutor JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, Professor da Nova School of Law

Março de 2022

Declaro, em conformidade com o art.º 22.º do Regulamento do 2.º ciclo aplicável ao mestrado em Direito Forense e Arbitragem, que o texto que se segue é da minha exclusiva autoria e que todos os contributos alheios se encontram devidamente assinalados.

Pedro M. Vg Silva

Aos meus Pais e Avós

Modo de citar

1. Informações gerais

- a) As citações de textos escritos em língua estrangeira estão traduzidas para português, sendo a tradução da responsabilidade do autor.
- b) Na citação de textos anteriores ao Acordo Ortográfico de 1990 ou que não o sigam, mantém-se a grafia original.
- c) São seguidas as Normas Portuguesas 405-1 e 405-4, do Instituto Português de Qualidade, adaptadas quanto à apresentação e à ordem dos elementos de acordo com as notas abaixo indicadas.

2. Citações em notas de rodapé

2.1. Livros

- a) Na primeira citação indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es), título e subtítulo, edição, volume, ano e página(s).
- b) Em caso de coautoria, é seguida a ordem adotada na fonte.
- c) Nas citações subsequentes indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es), título abreviado e página(s). São fornecidos dados adicionais (como a edição, o volume ou o ano) no caso de se tornar necessário distinguir entre diferentes edições ou volumes da mesma obra.

2.2. Artigos em livros

- a) Na primeira citação indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es) do artigo, título e subtítulo do artigo, nome(s) e sobrenome(s)

do(s) autor(es) ou coordenador(es) do livro, título e subtítulo do livro, edição, volume, ano e página(s).

- b) Em caso de coautoria, é seguida a ordem adotada na fonte.
- c) Nas citações subsequentes indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es) do artigo, título abreviado do artigo e página(s).

2.3. Dissertações

- a) Na primeira citação indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do autor, título e subtítulo, ano e página(s).
- b) Nas citações subsequentes indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do autor, título abreviado e página(s).

2.4. Artigos em publicações periódicas

- a) Na primeira citação indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es), título e subtítulo do artigo, nome da publicação periódica, número e/ou outra informação que a identifique, ano e página(s).
- b) Em caso de coautoria, é seguida a ordem adotada na fonte.
- c) Nas citações subsequentes indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es), título abreviado do artigo e página(s).

2.5. Jurisprudência

- a) Indicam-se: tribunal que proferiu a decisão, data e número de processo.

2.6. Textos disponíveis em linha

- a) Indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es) ou nome da entidade responsável, título do texto, título da base de dados de que consta o texto (se for o caso), menção de que se encontra disponível

em linha, ano de publicação (se disponível), data do último acesso, páginas(s) (se existirem), endereço.

3. Citações na lista bibliográfica

3.1. Livros

- a)* Indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es), título e subtítulo, edição, local de publicação, editor, ano e volume.
- b)* Em caso de coautoria, é seguida a ordem adotada na fonte.
- c)* Se forem citados vários textos do mesmo autor, a ordem de apresentação é cronológica.

3.2. Artigos em livros

- a)* Indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es) do artigo, título e subtítulo do artigo, nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es) ou coordenador(es) do livro, título e subtítulo do livro, edição, local de publicação, editor, ano e volume.
- b)* Em caso de coautoria, é seguida a ordem adotada na fonte.
- c)* Se forem citados vários textos do mesmo autor, a ordem de apresentação é cronológica.

3.3. Dissertações

- a)* Indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do autor, título e subtítulo, local de publicação, ano e tipo de dissertação.
- b)* Se forem citados vários textos do mesmo autor, a ordem de apresentação é cronológica.

3.4. Artigos em publicações periódicas

- a) Indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es), título e subtítulo do artigo, nome da publicação periódica, número e/ou outra informação que a identifique, ano e páginas em que se encontra o artigo.
- b) Em caso de coautoria, é seguida a ordem adotada na fonte.
- c) Se forem citados vários textos do mesmo autor, a ordem de apresentação é cronológica.

3.5. Jurisprudência

- a) Indicam-se: tribunal que proferiu a decisão, data e número de processo.
- b) Na jurisprudência dos tribunais portugueses, menciona-se ainda o nome do relator.
- c) Se a decisão estiver disponível em linha, é indicado o endereço da respetiva base de dados; caso contrário, é indicado o nome da publicação, volume, ano e páginas.
- d) As decisões são organizadas por tribunal, e, dentro do mesmo tribunal, apresentam-se por ordem cronológica.

3.6. Textos disponíveis em linha

- a) Indicam-se: nome(s) e sobrenome(s) do(s) autor(es) ou nome da entidade responsável, título do texto, título da base de dados de que consta o texto (se for o caso), menção de que se encontra disponível em linha, ano de publicação (se disponível), data do último acesso, endereço.

Abreviaturas

AR	Assembleia da República
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EFJ	Estatuto dos Funcionários de Justiça
EMJ	Estatuto dos Magistrados Judiciais
EMP	Estatuto do Ministério Público
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
EUA	Estados Unidos da América
MP	Ministério Público
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

O corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 198.502 caracteres.

Resumo

Há muitos séculos que existem registos de processos judiciais em que as partes não se defrontam verdadeiramente, *i.e.*, em que, fruto de um conluio entre o autor e o réu, o litígio é ficcionado com vários fins possíveis, tais como o simples engano de terceiros, o seu prejuízo ou a fraude a normas imperativas.

A doutrina engloba-os historicamente no conceito de simulação processual (sendo que certos autores admitem ainda a existência de um conceito autónomo de fraude processual). Partilham efetivamente alguns traços com a simulação civil – figura que lhes emprestou o nome – embora com ela não se confundam.

A simulação processual consiste na desconformidade entre o litígio exteriorizado pelas partes e a sua verdadeira inexistência, por combinação secreta daquelas, com vista a enganar terceiros. É, porém, preferível falar em uso anormal do processo. Não só é este o conceito referido no art.º 612.º CPC como é também o que melhor traduz o motivo da inaceitabilidade destas situações: o facto de constituírem um desvio orquestrado pelas partes às finalidades do processo civil, na medida em que instrumentalizam os mecanismos processuais para prosseguirem determinados fins próprios.

A prevenção destes comportamentos é difícil, mas é possível e crucial reprimi-los. Antes do trânsito em julgado, o juiz dispõe do poder de absolver o réu da instância atribuído pelo art.º 612.º; após o trânsito em julgado, o terceiro que se veja prejudicado pode interpor recurso de revisão com base no art.º 696.º, g). Contudo, a letra da lei não é absolutamente clara nem exaustiva quanto ao funcionamento destas providências, tornando-se pertinente estudá-las e explicá-las de uma maneira mais aprofundada.

Quem faz uso anormal do processo está também a litigar de má-fé e pode incorrer em responsabilidade civil, além de sofrer sanções disciplinares. Já se

afigura mais discutível a ligação do uso anormal do processo à figura do abuso do direito de ação.

Abstract

There are records spanning many centuries of court cases where parties are not true adversaries, *i.e.*, in which, due to collusion between plaintiff and defendant, the dispute is fictitious – with various possible goals, such as simply deceiving third parties, causing them damages, or defrauding imperative legal norms.

Authors have historically studied them under the name “simulation of legal process” (with some admitting the existence of “fraud in legal process” as an autonomous concept). While sharing several traits with the civil concept of simulation, which lent them their name, they should not be confused with it.

“Simulation of legal process” may be defined as the discrepancy between an apparent conflict acted out by the parties and its actual non-existence, by a secret agreement of those parties with the aim of deceiving others. It is, however, preferable to speak of an “abnormal use of process”. Not only is this the concept referred to in article 612 of the Portuguese Civil Procedure Code, but it is also the one which best conveys why such situations are unacceptable: the fact that they represent a hijacking of civil proceedings and their respective goals, carried out by the parties, who in this manner manipulate the court case in question to further their own ends.

Preventing such situations from occurring is difficult; nevertheless, stopping them once underway is both possible and crucial. Before the *res judicata* effect comes into play, the judge may use his or her power under article 612 to dismiss the case without a decision on the merits. After the *res judicata* effect becomes applicable to a decision stemming from a collusive suit, an aggrieved third party may challenge said decision by invoking article 696, g) to

have it annulled. However, the letter of the law is not entirely clear nor complete on the inner workings of these mechanisms, and it is therefore important to study and explain them on a more profound level.

Anyone who partakes in a collusive suit is also litigating in bad faith, may be liable for damages caused, and could suffer disciplinary sanctions as well. The link between collusive suits and abuse of process, however, is not as clear-cut.

1. INTRODUÇÃO

O art.º 612.º CPC – cuja epígrafe é “*Uso anormal do processo*” – estabelece que, quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam no julgador a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para a prática de um ato simulado ou a consecução de um fim ilegal, a decisão deve obstar a esse intento.

A partir desta disposição, é já possível identificar os contornos essenciais da realidade que nos propomos estudar. Com efeito, o que está em causa é a instrumentalização do processo civil pelas partes – publicamente desavindas, mas secretamente conluiadas – de maneira a, através dele, enganarem terceiros ou violarem a lei substantiva.

Pense-se, por exemplo, no filho que reivindica em juízo um bem valioso do pai, com a anuência deste, para o subtraírem à legítima de uma irmã malquerida.

São ocorrências graves, sobretudo porque, como veremos, importam sempre um desvio indevido a um ponto nevralgico do processo – nada menos do que a sua função – e portanto representam também um gasto evitável de meios, além de, em muitos casos, as partes visarem infligir sérios prejuízos a terceiros, fazendo dos próprios tribunais palcos dessas encenações e assim “convidando” o órgão de soberania incumbido de realizar a justiça a apadrinhar as mais intoleráveis injustiças.

Não obstante a especial danosidade destas situações, e conforme observa ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO¹, a doutrina portuguesa não lhes tem dedicado particular atenção.

¹ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação no Direito Civil*, 1.ª ed., 2014, p. 144, nota 432.

Na verdade, o uso anormal do processo não é um só problema. Encerra um leque de questões – algumas antiquíssimas, como o seu cabimento na ação executiva (que, contudo, tem sido debatido em vários acórdãos nos últimos anos)², outras menos distantes (como as polémicas consequências para este tema da reforma dos recursos cíveis em 2007) e outras ainda muito recentes (mais concretamente as suscitadas pela Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a, entrada na AR em maio de 2021, que no entanto caducou com a dissolução do Parlamento em dezembro do mesmo ano).

De uma forma geral são temas pouco discutidos, mas nem por isso consensuais. Para lhes responder, começaremos com uma breve aproximação ao nosso objeto de estudo, além de uma viagem resumida às suas raízes históricas, ponto que julgamos indispensável à compreensão do presente regime. Cuidaremos depois de definir o conceito de simulação processual, cujas leituras doutrinárias são variáveis³ e que historicamente precede o de uso anormal do processo, para em seguida definirmos este último.

Fixados os conceitos relevantes, estaremos em condições de avançar para o estudo do combate ao uso anormal do processo. Trataremos aí de abordar com maior detalhe o porquê da intolerabilidade destes comportamentos e de equacionar a possibilidade da sua prevenção.

Dedicaremos mais tempo, porém, à análise dos meios reativos, tanto antes como após o trânsito em julgado – nomeadamente determinando quais as consequências legalmente prescritas quando o juiz detete uma destas situações no decorrer do processo (e que a lei não clarifica); se as pode desencadear na ação executiva; em que termos poderão fundamentar um recurso extraordinário de revisão (por exemplo, quem tem legitimidade para recorrer e se é necessária uma ação preparatória); entre outros aspetos, a fim de, identificado o universo das situações abarcadas, esclarecermos os modos

² V. *infra*, 5.3.4.

³ E cujas leituras jurisprudenciais são praticamente inexistentes – v. *infra*, 4.2.3. Daí que, nesta parte do trabalho, predominem as fontes doutrinárias.

como aquelas podem e devem ser eficazmente reprimidas em defesa dos fins do processo e do normal funcionamento do sistema jurídico.

2. UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

2.1. O processo civil: função e objeto

O processo civil pode entender-se como uma sequência de atos; atos esses que não são praticados de forma aleatória, e sim condicionados e ordenados a um dado fim: a justa composição de um litígio⁴.

Por seu turno, o objeto do processo pode ser visto como o conflito de interesses que lhe subjaz, aliado à pretensão formulada pelo autor⁵. Esse conflito é indispensável ao processo civil. Vejamos o art.º 3.º CPC, assim epigrafado: “*Necessidade do pedido e da contradição*”. O n.º 1 deste artigo é claro quanto ao “*conflito de interesses que a ação pressupõe*”.

Repare-se que, à luz do art.º 202.º, n.ºs 1. e 2. CRP, os tribunais (além de administrarem a justiça em nome do povo e defenderem os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos) estão incumbidos de dirimir os *conflitos de interesses*, designadamente – no que respeita ao processo civil – os de natureza privada.

⁴ Neste sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, 4.ª ed., 2017, pp. 17 e 18 e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, 1.ª ed., vol. 1, 2012, p. 27.

⁵ FRANCESCO CARNELUTTI concebeu o processo civil como tendo por objeto o litígio, pressupondo este um elemento material (o conflito de interesses) e um elemento formal (binómio pretensão-resistência) – v. FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, 1.ª ed., 1942, p. 95. Embora matricial, esta noção tem sofrido evoluções e não é uma construção acolhida sem reservas pela nossa doutrina. Por exemplo, JOÃO DE CASTRO MENDES deixou cair o requisito da resistência – ou pelo menos da resistência atual (JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito...*, p. 27) –, tal como JOSÉ LEBRE DE FREITAS, que aliás vê simplesmente na pretensão o objeto do processo (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, pp. 61 e 62). Acerca das diferentes concepções doutrinárias do objeto do processo, v. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2002, pp. 25 ss.

2.2. Possíveis desvios à função e ao objeto do processo mediante um conluio entre as partes

Ora, pode suceder que as partes não estejam realmente desavindas, agindo no entanto em juízo como se o estivessem, numa espécie de representação teatral que pode ser motivada por diferentes fins.

Considere-se, por exemplo, a seguinte situação: António deve uma soma avultada a Bento. Sem qualquer intenção de pagar, mas não querendo ver penhorada uma quinta que está na família há várias gerações, pede a Carla, uma amiga próxima, que proponha contra si uma ação de reivindicação do referido prédio. António não contesta, permitindo a Carla ganhar a ação; mas, proferida a sentença, tudo continua a passar-se como se a quinta fosse de António.

Ou então: António e a sua irmã Dalila são comproprietários de um terreno agrícola. Sabendo que os terrenos de cultivo não podem, por lei, fracionar-se em área inferior à unidade de cultura⁶, mas também que essa proibição de fracionamento é suscetível de ser ultrapassada no caso de se adquirir uma parcela por usucapião⁷, encontram uma forma de contornar o disposto no Código Civil. Acordam ambos que António demandará Dalila, invocando na petição inicial

⁶ Art.º 1376.º CC.

⁷ A Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, veio cominar com nulidade (em vez de anulabilidade, como antes sucedia) o fracionamento realizado em violação do art.º 1376.º CC. Por seu turno, a Lei n.º 89/2019, de 3 de setembro, de caráter interpretativo, estabeleceu que o regime da usucapião não prevalece sobre o do fracionamento de terrenos aptos para cultura, em resposta a uma prolongada discussão doutrinária e jurisprudencial. Porém, alguma jurisprudência tem chamado a atenção para os seguintes aspetos: a necessidade (ao abrigo do art.º 13.º, 1. CC) de conservar certos efeitos já produzidos; a circunstância de a lei interpretada ser a Lei n.º 111/2015, devendo portanto fixar-se na sua entrada em vigor o limite da retroatividade da lei interpretativa; a retroatividade dos efeitos da usucapião até à data do início da posse, à luz do art.º 1288.º CC, pelo que seria olhando à luz da lei vigente a essa data que se deveria verificar se as normas relativas ao fracionamento foram ou não infringidas. Neste sentido, v. o Ac. TRG de 14/01/2021, n.º proc. 4240/19.0T8VCT.G1, que admitiu a prevalência do regime da usucapião num caso em que a divisão e início de posse remontavam a 1998, bem como o Ac. STJ de 24/10/2019, n.º proc. 317/15.0T8TVD.L1.S2 e o Ac. TRG de 30/04/2020, n.º proc. 1334/10.1TBVVD.G1. Sobre o assunto, v. também LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Processos Especiais de Divisão de Coisa Comum e de Prestação de Contas*, 2.ª ed., 2020, pp. 94 ss.

factos falsos que sustentam a aquisição originária de uma parte do terreno. Dalila contesta para manter as aparências, mas acaba por ser celebrada uma transação com o reconhecimento da usucapião e a delimitação dos novos prédios.

Mais uma situação (improvável, é certo): dois eminentes professores de direito estão em desacordo quanto à interpretação a dar a uma norma obscura e que, tanto quanto sabem, nunca foi aplicada a um caso concreto. Movidos pela curiosidade, combinam que um proporá uma ação contra o outro e que o objetivo final será levarem o STJ a pronunciar-se sobre a norma em questão.

Como destes exemplos se pode desde já retirar, nas palavras de PAULO CUNHA, a divergência pressuposta pela ação judicial é em certos casos *“apenas aparente, porque secretamente as partes estão de acordo”*⁸. Assim, tal como nota JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *“pode suceder que o processo, em vez de ser utilizado para a solução dum litígio segundo o direito constituído, seja aproveitado para a prática de ato simulado ou para a consecução de fim ilegal”*⁹.

O que temos é de algum modo comparável a um evento desportivo em que as equipas que se defrontam conhecem à partida o resultado, pois este foi combinado entre a equipa vencedora e a vencida, e a ambas convém.

Quando tal acontece, o processo civil é atacado num ponto nuclear: a sua própria função. Para isto alertam JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE:

*“A função do processo civil seria frustrada se às partes fosse consentido ficcionar a existência dum litígio inexistente para obter uma sentença que, aparentemente tutelando direitos ou interesses legalmente protegidos, na realidade proporcionasse a obtenção dum resultado proibido por lei ou o engano de terceiros sobre as situações jurídicas das partes”*¹⁰.

⁸ PAULO CUNHA, *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*, 1.^a ed., 1935, p. 66.

⁹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.^a ed., vol. 5, 2012, p. 101.

¹⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.^a ed., vol. 2, 2017, p. 726.

Com efeito, quando existe um conluio dessa natureza entre as partes, os meios processuais são por elas desencadeados e utilizados para fins que não aqueles a que em princípio se destinam, *i.e.*, a resolução de um conflito de interesses. Por outras palavras, a finalidade do processo é desviada; o mesmo é usurpado para prosseguir objetivos que lhe são estranhos.

Em cada uma das situações apresentadas, é possível identificar um *uso anormal do processo*. Embora, como veremos, a delimitação deste conceito careça de uma explicação mais rigorosa e possa abranger um conjunto mais ou menos amplo de comportamentos, o nosso estudo incide sobre o uso anormal do processo no sentido que a lei de processo historicamente dá à expressão e que está patente no atual art.º 612.º CPC. Isto é, estudá-lo-emos, *grosso modo*, como uma manifestação de má-fé processual bilateral ou um conluio entre dois ou mais litigantes.

3. APONTAMENTO HISTÓRICO

3.1. A antiguidade do problema e o silêncio do legislador nacional

Esta espécie de comportamento é por certo tão antiga quanto os próprios tribunais. No direito romano caía sob o chapéu da *collusio*, entendida como um acordo secreto com vista a obter um ganho ilegal ou prejudicar uma terceira pessoa¹¹.

No *Codex* de Justiniano, contido no *Corpus Juris Civilis*, é retratada uma hipótese flagrante de *collusio* (que, curiosamente, não parece hoje condenável à luz de uma concepção moderna de justiça, antes pelo contrário): um convénio entre um escravo e o seu senhor para que, sob um falso pretexto, aquele fosse declarado homem nascido livre por um juiz, o que lhe daria acesso a um diferente e mais vantajoso estatuto político e socioeconómico em relação a um escravo liberto¹².

Uma outra faceta interessante do direito romano é a previsão da figura da *in jure cessio*, que retomaremos¹³ e que exprimia um consentimento do próprio direito ao uso do processo para a celebração de negócios jurídicos, a fim de colmatar incompletudes no sistema¹⁴.

Num artigo recente, WILLIAM EVES estudou o uso da ação de *mort d'ancestor* no direito inglês medieval naquilo que apelida de litígios fictícios ou colusivos. Surgida no final do século XII, esta ação veio permitir a certos sucessores reclamar a posse de um *tenement* (lote) que tivesse pertencido ao *ancestor*

¹¹ BRUCE W. FRIER, *The Codex of Justinian: A New Annotated Translation*, 1.ª ed., 2016, p. 3057.

¹² BRUCE W. FRIER, *The Codex...*, pp. 1849 a 1851.

¹³ V. *infra*, 4.2.9., c).

¹⁴ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 135, nota 1 e FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo Processual Bilateral*, 1948, p. 96.

(pessoa falecida) contra alguém que dele se houvesse ilegítimamente apropriado¹⁵.

Na verdade, num número significativo dos casos cujos registos sobreviveram, detetou-se que havia um recurso à *mort d'ancestor* quando a real intenção das partes era a de realizar uma compra e venda ou doação. Simplesmente, ao simularem um litígio e chegarem a acordo no contexto deste, obtinham um documento (*final concord* ou *fine*) com força equivalente à de uma sentença de um tribunal régio. Tal conferia às partes um maior grau de segurança, pois, além de receberem um suporte escrito, conseguiam que os termos do acordo passassem a valer de futuro não só entre ambos os litigantes como ainda em relação a qualquer terceiro que não contestasse a *final concord* no período de tempo concedido para o efeito¹⁶.

Este tipo de comportamento não passou ao lado do nosso país, tanto que, num dicionário português do século XIX, a colusão era definida como "*concerto, e ajuste entre os litigantes adversários, para enganarem ao juiz, em prejuízo de terceiro*"¹⁷.

Não obstante serem estas práticas sem sombra de dúvida extremamente antigas, elas não mereceram durante largo tempo uma resposta expressa do legislador português, designadamente nas Ordenações ou no CPC 1876. Tanto que, a propósito do Código de 1876, deu nota FERNANDO LOPES DE MELO da impotência em que o juiz era abandonado pela lei ante comportamentos deste tipo, estando-lhe vedada a produção de qualquer prova que pudesse substituir a que as partes não fornecessem – a ponto que "*o juiz manequim tinha de assistir, de braços cruzados, à vitória da manobra fraudulenta*"¹⁸.

Entretanto, de Itália, chegavam os ecos do caso D'Angelo-Pecoraino, objeto de uma decisão pela *Corte di Cassazione* em 1925. Anna D'Angelo, com

¹⁵ WILLIAM EVES, *Collusive Litigation in the Early Years of the English Common Law: The Use of Mort D'Ancestor for Conveyancing Purposes c. 1198–1230*, in *The Journal of Legal History*, vol. 3, 2021, p. 231.

¹⁶ WILLIAM EVES, *Collusive Litigation...*, pp. 231 e 232.

¹⁷ ANTÓNIO DE MORAES SILVA, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 7.^a ed., tomo I, 1877, p. 113.

¹⁸ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 101 e 102.

fundamento na falta de consentimento livre por parte da sua mãe (por alegada violência), arguiu a nulidade do seu próprio casamento. O marido, com quem estava conluiada para dissolver aquele vínculo tido por indissolúvel aos olhos da lei, em nada contradisse a pretensão, levando o juiz de 1.^a instância a declarar o casamento nulo. Mais tarde, D'Angelo arrependeu-se e confessou o artifício, mas a *Corte di Cassazione* recusou-se a reverter a situação¹⁹.

Em meados dos anos 1930, retratando aquele que reputava de caso típico mais flagrante nos nossos tribunais, PAULO CUNHA denunciou o que ocorria em inúmeras ações de investigação de paternidade ilegítima: os filhos menores viam a ação proposta em seu nome pelo representante legal – em regra a mãe, que, conluiada com o pretenso pai, concordava, a troco de uma dada importância, comportar-se de modo a perder o processo. O objetivo, naturalmente, passava por “fazer esgotar o direito de investigação de paternidade por meio de uma sentença de meritis absolutória”. Com o trânsito em julgado da sentença formava-se caso julgado, o qual impedia, de futuro, os filhos de fazerem valer os seus direitos²⁰.

JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO, ilustrando *a posteriori* o panorama do Código de 1876, assinalou também o caso do processo de inventário, em que “raramente a partilha feita corresponde à real”, isto porque os interessados procuravam furtar-se ao agravamento do imposto sucessório, manobra fraudulenta carecida àquela época de uma solução clara²¹.

¹⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro Il Processo Fraudolento*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 3, parte 2, 1926, p. 14.

²⁰ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 242 ss.

²¹ JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO, *A Simulação Processual e os Recursos de Revisão e Oposição de Terceiro no Novo Código de Processo Civil*, 1.^a ed., 1962, p. 19. O problema fora identificado ainda no século XIX por JOSÉ DIAS FERREIRA, que, a propósito do art.º 2031.º do Código de Seabra (que versava sobre a aceitação da herança a benefício de inventário), admitia a rescisão da sentença com fundamento em fraude quando houvesse dolo ou conluio das partes para prejudicar um terceiro (JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Anotado*, 1.^a ed., vol. 4, 1875, p. 389).

3.2. Uma proposta de solução: Reis Maia e o art.º 1031.º do Código de Seabra

Ainda na vigência do CPC 1876, e não encontrando naquela codificação uma resposta para o problema, JOSÉ DOS REIS MAIA voltou-se para a lei substantiva, ao sustentar a possibilidade de impugnação de sentenças que resultassem de processos simulados com fundamento no art.º 1031.º do Código de Seabra – o qual permitia, através de uma ação de simulação, atacar os atos e contratos simulados para prejudicar terceiros²².

O seu argumento de que a sentença objeto de simulação processual consubstanciava um ato jurídico privado – faltando-lhe, pois, força de caso julgado – foi em geral rejeitado na época, segundo ADELINO PALMA CARLOS. Este autor observou também que a sentença não deveria ser anulada pelo motivo de haver sido simulada, visto que o real objeto da simulação não seria a sentença e sim a atividade processual das partes²³.

3.3. Outra proposta: Paulo Cunha e a anulação do caso julgado

PAULO CUNHA assinou uma importante obra sobre a figura da simulação processual, entendida por si como uma divergência intencional e enganosa entre o acordo oculto das partes e o seu desacordo aparente²⁴. Defendeu que, *de jure constituto*, a deteção de tais casos deveria conduzir à anulação do caso julgado. Nas suas palavras:

²² JOSÉ DOS REIS MAIA, *Direito Geral das Obrigações*, 1.ª ed., 1926, pp. 505 ss.

²³ ADELINO PALMA CARLOS, *Direito Processual Civil: Dos Recursos*, 1.ª ed., 1969, p. 283.

²⁴ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 172 e 173.

*"Não há preceito legal expresso que o declare; mas nem por isso se afigura menos certa a existência de uma vontade legal latente e operosa que reprova e condena a simulação processual em si mesma, estabelecendo de um modo genérico a sua ilicitude"*²⁵.

Ao qualificar estes casos como manifestações particularmente graves de dolo processual (na medida em que envolviam necessariamente um dolo bilateral) e acrescentar, em suma, que constituíam um desvio da função normal do processo civil, desvirtuavam o caso julgado e frustravam o contraditório, tratou de justificar a respetiva ilicitude. Aqui chegado, defendeu que a simulação processual, quando detetada no decorrer do processo, deveria ser encarada como fundamento para a absolvição da instância²⁶; e, que, quando descoberta após o trânsito em julgado, seria fundamento de anulação do caso julgado²⁷.

A primeira destas soluções – i.e., a absolvição da instância nos processos que estivessem ainda em curso (antes do trânsito em julgado) quando fosse detetado o conluio – fundava-se na exceção dilatória de ilegitimidade das partes.

Entendendo ser a simulação processual alheia ao mérito da questão, o autor via-a como um problema relacionado com os pressupostos processuais, e, aí, com a legitimidade das partes: *"(...) quando as partes se encontram ocultamente de acordo sobre o mérito da causa e na realidade não têm entre si nenhum diferendo a dirimir, não se pode dizer que estão devidamente em juízo"*. Confrontado com esta ilegitimidade, o caminho a seguir pelo juiz seria o da absolvição da instância²⁸.

A segunda ideia – ou seja, a de possibilidade de anulação do caso julgado – era a tese central defendida por PAULO CUNHA, e carece de uma explicação mais aprofundada.

²⁵ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 179.

²⁶ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 206 ss.

²⁷ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 220 ss.

²⁸ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 206.

Os fundamentos (taxativos)²⁹ estavam previstos no art.º 148.º do CPC 1876, que rezava: “*A sentença passada em julgado só pode ser annullada, em nova acção, por algum dos fundamentos seguintes: (...)*”.

À primeira vista, observava o autor, apenas se encontravam abrangidas as situações em que houvesse dolo tanto do juiz como das partes, na medida em que configuravam uma sentença proferida por prevaricação do juiz (ou ainda por peita, suborno ou corrupção), enquadrável no n.º 1. Ora, tal de pouco servia, pois, na prática, na maior parte dos casos, o juiz não participava no conluio; seria normalmente uma vítima ou instrumento incauto dessa combinação.

Sucede que o art.º 148.º, n.º 3 possibilitava também a anulação nas seguintes circunstâncias: “*quando se apresentar documento novo, que a parte não pudesse ter ao tempo em que se proferiu a sentença, e que, por si só, seja sufficiente para destruir a prova em que ella se fundou*”. Com base neste n.º 3, PAULO CUNHA propôs uma engenhosa solução bipartida a fim de superar o imbróglio provocado pelo silêncio do legislador e pela taxatividade do art.º 148.º.

Num primeiro momento, o interessado na anulação deveria instaurar uma ação preparatória, com o fito único de declarar ter existido simulação no processo em causa. Num segundo momento, poderia lançar mão de uma ação anulatória ou rescisória. Enquanto documento novo exigido pelo art.º 148.º, 3. para essa ação de anulação, encontrar-se-ia já em condições de apresentar “*a certidão ou carta comprovativa do trânsito em julgado*” da ação preparatória³⁰.

ADELINO PALMA CARLOS reputou de duvidosa esta solução, não só por as ações de simples apreciação só serem admitidas no CPC 1876 nos casos expressamente previstos na lei, mas também porque o documento novo em questão precisava de destruir a prova em que se fundava a sentença – ora, quando

²⁹ Assim entendia a doutrina da época, e o mesmo se depreende do emprego do advérbio “só” – v., por ex., EDUARDO ALVES DE SÁ, *Comentário ao Código do Processo Civil Portuguez*, 1.ª ed., vol. 2, 1877, pp. 395 a 397.

³⁰ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 298.

os simuladores quisessem a improcedência da ação por falta de prova dos fundamentos, não haveria prova alguma para destruir³¹.

3.4. A primeira resposta legal expressa com o Código de 1939: o uso anormal do processo e o recurso de oposição de terceiro

Com o CPC de 1939, o problema foi pela primeira vez tratado de forma expressa na lei processual. Nos trabalhos preparatórios, foi debatida a multiplicação dos conluíus em torno de ações de investigação de paternidade ilegítima, e, nesta linha, sublinhada a necessidade de se criarem mecanismos de combate à simulação processual³².

Assim, por um lado, o art.º 665.º (com a epígrafe "*uso anormal do processo*"), localizado na secção respeitante à elaboração da sentença, veio estabelecer que, quando a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa produzissem a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou lograr um fim proibido por lei, deveria a decisão do juiz obstar ao objetivo anormal prosseguido pelas partes.

Por outro lado, foi criado um novo recurso extraordinário: o recurso de oposição de terceiro, regulado nos arts. 778.º a 782.º, o qual foi influenciado quer pela doutrina de PAULO CUNHA, quer pelos direitos francês e italiano³³.

Nos casos em que as partes se tivessem servido do processo para praticar um ato simulado e o tribunal não houvesse feito uso do poder conferido pelo art.º 665.º por não se ter apercebido da fraude, o art.º 778.º abria a porta a que uma

³¹ ADELINO PALMA CARLOS, *Direito...*, pp. 284 e 285.

³² JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil Anotado*, 1.ª ed., vol. 3, 2003, p. 208.

³³ Na *tierce opposition* (francesa) e na *opposizione di terzo* (italiana), permitia-se a oposição a uma sentença por um terceiro que a decisão lesasse – inclusive (mas não apenas) em casos de dolo ou conluio para esse efeito. Sobre o tema, v. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 6, 1981, pp. 413 a 418.

decisão transitada em julgado fosse impugnada por via deste recurso, quando proferida em prejuízo do terceiro recorrente.

Numa versão embrionária do preceito, constante dos projetos de 1935 e 1936 (da autoria de JOSÉ ALBERTO DOS REIS), a legitimidade cabia somente aos credores e herdeiros legitimários das partes – restrição que desapareceu na versão final, por assim ter optado a Comissão Revisora³⁴. Ensinou mais tarde JOSÉ ALBERTO DOS REIS que *“terceiro é aquele que não interveio no processo de que emana a sentença a impugnar, nem representa quem nele decaiu”*, o que foi também defendido por JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES³⁵.

Para que houvesse prejuízo, na opinião dos autores referidos no parágrafo anterior, o terceiro precisaria de ser abrangido pela eficácia da sentença, ou seja, teriam de se lhe estender, jurídica ou factualmente, os efeitos do caso julgado. Por este motivo, não poderia o recurso ser interposto por um terceiro que quisesse obter o reconhecimento, contra as partes de um processo já findo, de um direito incompatível com o reconhecido naquele processo. Quando muito, poderia ser viável o incidente de oposição, a deduzir na pendência da ação³⁶.

Em rigor, como alvitrava JOSÉ ALBERTO DOS REIS, o titular de um direito incompatível não tinha verdadeiramente necessidade de se opor à sentença, visto que o caso julgado não atingia esse direito, deixando-o intacto. Assim, *“o recurso foi instituído para tutela dos terceiros sujeitos à eficácia reflexa do caso julgado, para os terceiros prejudicados não nos seus direitos, mas nos seus interesses patrimoniais, pela declaração contida na sentença”*³⁷.

³⁴ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 6, pp. 410 ss., ADELINO PALMA CARLOS, *Direito...*, p. 285, e, ainda, JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código...*, 1.^a ed., vol. 3, 2003, p. 209. Nesta última obra é feita referência à discussão, nos trabalhos preparatórios, em torno da importância de abranger as ações de estado, em que a sentença constituía caso julgado *erga omnes* (e ainda constitui, nos termos do art.º 622.º CPC).

³⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código...*, 1.^a ed., vol. 3, 2003, p. 209.

³⁶ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 6, pp. 424 e 425 e JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código...*, 1.^a ed., vol. 3, 2003, pp. 209 e 210.

³⁷ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 6, p. 426. Note-se que a eficácia reflexa do caso julgado se dá quando *“a acção decorreu entre todos os interessados directos (...) e, portanto, esgotou os sujeitos com legitimidade para discutir a tutela judicial de uma situação jurídica, pelo que aquilo que ficou definido entre os legítimos contraditores (...) deve ser aceite por*

As situações em que a simulação houvesse efetivamente prejudicado algum terceiro mas em que não tivesse sido essa a finalidade visada pelos simuladores (seja porque não queriam prejudicar quem quer que fosse, seja porque esse *animus nocendi* se dirigia a outrem) eram tornadas duvidosas pela parte final do art.º 780.º, que fazia impender sobre o recorrente o ónus de mostrar que a simulação “*teve por fim obter uma sentença que lhe causasse prejuízo*”.

Opinava JOSÉ ALBERTO DOS REIS que a legitimidade para recorrer assistia deste modo apenas a um terceiro compreendido na categoria de pessoas que as partes visaram prejudicar (ainda que a intenção não se dirigisse individualmente *àquele* terceiro)³⁸.

Embora o mesmo autor deixasse claro que os acórdãos do STJ e das Relações podiam ser impugnados por esta via³⁹, entendia também que a competência para conhecer do recurso pertencia sempre ao tribunal de 1.ª instância, isto porque, olhando o art.º 778.º, o recurso não poderia ser interposto enquanto a sentença não houvesse transitado em julgado e o processo não baixasse *àquele*⁴⁰.

Quanto ao prazo para a interposição do recurso, o mesmo era de trinta dias desde a baixa do processo à 1.ª instância ou da data em que o recorrente tomasse conhecimento da sentença (e, interposto o recurso nos seis meses seguintes à baixa do processo, presumia-se que o recorrente só conhecia a decisão trinta dias antes da data da interposição). Prevvia-se também um prazo máximo de cinco anos sobre o trânsito em julgado. Veja-se, a este respeito, o art.º 779.º, § único.

Sobre o recorrente, sob pena de o recurso não ser admitido (art.º 781.º), impendia o ónus de justificar a sua qualidade de terceiro, o prejuízo invocado e os factos demonstrativos de o processo ter encoberto um ato simulado, além de

qualquer terceiro” (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., 1997, p. 590).

³⁸ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 6, p. 431.

³⁹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 6, p. 432.

⁴⁰ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 6, pp. 436 e 437. De acordo com o então art.º 719.º, não havendo recurso de um acórdão da Relação, o processo baixava à 1.ª instância (ainda é assim, pois este preceito corresponde ao atual art.º 669.º).

haver a simulação sido levada a cabo com a finalidade de obter uma sentença que o prejudicasse (art.º 780.º).

Admitido o recurso, facultava-se às partes um prazo de 10 dias para responderem, após o que seria tempo de decidir dar ou não seguimento ao recurso. Nesta fase, poderia exigir-se prova sumária dos respetivos fundamentos e proceder-se às diligências entendidas por necessárias. Tendo o recurso seguimento, obedecia aos termos do processo correspondente à ação em que a sentença houvesse sido proferida (art.º 782.º).

O § único do art.º 782.º remetia para o art.º 777.º, inserido no conjunto de normas que regulavam o recurso de revisão, e em que se lia que, estando pendente ou sendo promovida a execução da sentença, não poderia o exequente ou qualquer credor ser pago em dinheiro ou em bens mobiliários sem prestar caução.

3.5. A reforma de 1961 e a exigência de uma ação preparatória

A reforma processual de 1961 deixou o art.º 665.º, para todos os efeitos, intocado⁴¹.

Todavia, olhando para a redação dos preceitos relativos à oposição de terceiro na redação de 1961, é evidente que aquele recurso sofreu alterações importantes a vários níveis. Por exemplo, o art.º 778.º, que cuidava do fundamento do recurso, referia-se antes a uma sentença que podia ser impugnada se “*proferida em prejuízo do recorrente*”; passou, com a reforma, a expressamente admitir a impugnação quando o terceiro tivesse por ela sido prejudicado. Não foi uma alteração inconsequente. Desta forma, eliminaram-se

⁴¹ Onde antes se lia “*a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa*” passou a ler-se “*a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa*”. Desta troca de uma conjunção não se podem retirar quaisquer consequências práticas.

as dúvidas sobre se a proteção dada pelo recurso se estendia, para além das pessoas diretamente visadas pela simulação, às que não o fossem mas se vissem atingidas de modo indireto – como observou JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO⁴².

No art.º 778.º, 2., estabeleceu-se que o recurso deveria ser dirigido ao tribunal que houvesse proferido a decisão (seguindo os termos do agravo, no caso de ser dirigido à Relação ou ao Supremo, e requisitando-se à 1.ª instância as diligências de prova que não pudessem ter lugar naqueles tribunais – v. art.º 782.º, 1. e 2.).

Além do mais, acrescentou-se um n.º 3 ao art.º 778.º, clarificando que era considerado como terceiro o incapaz que houvesse tido intervenção no processo como parte, embora por intermédio de representante legal⁴³.

De suma importância era a nova redação do art.º 779.º, 1., de onde ressaltava que o recurso passaria a ser necessariamente instruído com uma sentença transitada em julgado declarando que a decisão recorrida não só havia sido fruto de simulação processual pelas partes, mas também envolvia prejuízo para terceiro. Por outras palavras, num momento anterior ao recurso em si, passava a exigir-se uma ação preparatória.

Neste aspeto, as semelhanças com a construção doutrinária aventada por PAULO CUNHA na década de 30 são claras. Porém, se essa construção fora pensada como uma maneira criativa de superar as injustiças decorrentes do elenco taxativo de fundamentos para a anulação do caso julgado numa altura em que não existia ainda uma solução legal à medida para os casos de simulação no processo, é certo que na origem da nova versão do art.º 779.º, 1. terão estado

⁴² JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO, *A Simulação...*, pp. 14 e 15. O autor exemplificava com um divórcio simulado a fim de alterar o regime de bens, sem intuito de prejudicar, mas de que acabavam por resultar prejuízos para um credor. Referia que, aos olhos da Comissão Revisora, um tal credor merecia tutela igual à de um terceiro diretamente visado, “*por todos serem vítimas do mesmo acto fraudulento*”.

⁴³ Esta solução relacionava-se com as ações de investigação da paternidade a que aludimos *supra*, 3.1., e justificava-se plenamente: negar a via da oposição de terceiro ao filho que, por incapacidade, houvesse sido representado no processo por pessoa conluiada com o pretenso pai daria azo a situações de uma injustiça gritante.

forçosamente motivações diversas. A tramitação que vimos para a oposição de terceiro no CPC 1939 era altamente expedita e não terá sido afinal considerada satisfatória para a prova da simulação processual. É essa a explicação mais plausível para a modificação introduzida e também a que é avançada em acórdão do TRP⁴⁴.

À luz do art.º 779.º, 2, o recorrente era admitido a demonstrar o seu prejuízo no próprio recurso caso não tivesse intervindo na ação preparatória, o que favorecia a economia processual, evitando uma nova ação.

A remissão operada pelo art.º 782.º, § único do CPC 1939 para o art.º 777.º foi suprimida, apesar de este último artigo, que estabelecia para o recurso de revisão a exigência de pagamento de caução ao exequente ou credor que se pretendessem ver pagos, se ter mantido na reforma de 1961.

Alguns autores, como JACINTO RODRIGUES BASTOS, bem como JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, inclinavam-se (corretamente, parece-nos) para ter sido eliminada a exigência da caução na oposição de terceiro⁴⁵, designadamente por, numa opção consciente, o legislador haver deixado de remeter para o art.º 777.º. Outra parte da doutrina considerava que a caução continuava a ser exigida, *ex vi* art.º 47.º, 3., que aqui reproduzimos: *“Enquanto a sentença estiver pendente de recurso, não pode o exequente ou qualquer credor ser pago sem prestar caução”*. Neste último sentido iam ADELINO PALMA CARLOS⁴⁶ e FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA⁴⁷.

O disposto quanto a prazos foi adaptado às modificações já referidas. Assim, no CPC resultante da reforma de 1961, o recurso havia de ser interposto nos três meses subsequentes ao trânsito em julgado da sentença proferida na ação de simulação (olhando ao art.º 780.º, 1.). Já os cinco anos decorridos desde o trânsito em julgado da sentença recorrida passariam a servir de limite máximo

⁴⁴ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1.

⁴⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código...*, 1.ª ed., vol. 3, 2003, p. 214 e JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, 3.ª ed., vol. 3, 2001, pp. 329 e 330.

⁴⁶ ADELINO PALMA CARLOS, *Direito...*, p. 291.

⁴⁷ FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, ..., p. 372.

para intentar a ação declaratória de simulação, acrescentando-se que, estando esta parada mais de três meses por culpa do autor, se continuaria a contar o prazo já decorrido até à propositura da ação (art.º 780.º, 2.).

O n.º 3 do art.º 780.º veio completar o já referido art.º 778.º, 3.: tendo deixado claro que o incapaz que houvesse intervindo no processo por intermédio de representante legal era terceiro para efeitos de legitimidade para recorrer, o legislador veio ainda estender o prazo de propositura da ação de simulação para até um ano sobre a aquisição da capacidade de exercício pelo incapaz, ou sobre a mudança do seu representante legal. É uma solução que se entende, olhando à particularidade destes casos e às injustiças que potencialmente sobreviriam caso tal não se admitisse⁴⁸.

Admitido o recurso, eram os requeridos notificados pessoalmente para responderem em dez dias, dispondo em seguida cada uma das partes de um prazo de oito dias para alegar, findo o qual era proferida a decisão (art.º 781.º, 1. e 2.)⁴⁹. O efeito do recurso era meramente devolutivo (art.º 781.º, 3.).

3.6. A reforma dos recursos cíveis em 2007 e o fim do recurso de oposição de terceiro

O CPC foi objeto de uma revisão importante em 1995-96, seguindo-se a reforma da ação executiva em 2003, mas nenhuma incidiu sobre o art.º 665.º nem sobre o regime do recurso de oposição de terceiro.

⁴⁸ JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO emitiu a este respeito um parecer particularmente impressivo: “[Apenas] quando se trate de menores se compreende que à mãe ou a outro representante não seja lícito alienar o próprio direito à investigação, quiçá mediante prato de lentilhas devorado pela progenitora ou representante, sem proveito para o menor” (JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO, *Simulação...*, p. 25).

⁴⁹ Consoante referia ADELINO PALMA CARLOS, o recurso comportava assim três fases: a de admissão, a de seguimento e a de julgamento (ADELINO PALMA CARLOS, *Direito...*, p. 290).

Com a reforma dos recursos cíveis introduzida pelo DL 303/2007, o recurso extraordinário de oposição de terceiro deixou de existir – ou, sob outra perspetiva, fundiu-se com o recurso extraordinário de revisão⁵⁰ (ou foi integrado neste)⁵¹.

Os preceitos que regiam a oposição de terceiro (arts. 778.º a 782.º) foram revogados e, em simultâneo, entre os fundamentos para o recurso de revisão elencados nas alíneas do art.º 771.º, passou a constar a al. g), abarcando casos em que o litígio *"assente sobre ato simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665.º, por se não ter apercebido da fraude"*. Assim, os casos que antes serviam de fundamento à oposição de terceiro passaram a fundamentar a revisão. A expressão utilizada é, aliás, idêntica à do revogado art.º 778.º.

Foram ainda adaptadas várias outras normas para as compatibilizar com estas alterações. Para começar, o art.º 680.º, 3. passou a esclarecer que a legitimidade para o recurso de revisão com fundamento em ato simulado das partes caberia a qualquer terceiro prejudicado com a sentença, incluindo-se neste lote o incapaz que houvesse intervindo no processo como parte por intermédio do seu representante legal.

A alínea c) aditada ao art.º 772.º, 2. fixou um prazo de cinco anos para a interposição a contar do conhecimento da sentença pelo recorrente. Do art.º 773.º, 1., passou a constar o ónus para o requerente de alegar o prejuízo adveniente da simulação processual; e, do art.º 775.º, a indicação de que se deveriam seguir os termos do processo sumário após a resposta dos recorridos ou o termo do prazo respetivo. Por fim, o novo n.º 2 do art.º 776.º estabeleceu que, sendo dado provimento ao recurso, a decisão recorrida seria anulada.

⁵⁰ Sobre essa “fusão”, v. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *As Sucessivas Reformas do Processo Civil Português*, in *Julgar*, n.º 16, 2012, p. 90.

⁵¹ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1.

3.7. A alteração proposta ao art.º 612.º CPC

O CPC de 2013 não trouxe novidades no domínio do uso anormal do processo (fora o referido *infra*, 5.4.4. e 5.4.6.), alterando, porém a numeração dos artigos (por exemplo, os antigos arts. 665.º e 771.º correspondem aos atuais 612.º e 696.º).

A Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a, que caducou com a dissolução da AR⁵² em dezembro de 2021, continha diversas alterações ao CPC, entre as quais uma nova redação para o art.º 612.º, cuja epígrafe – "*Uso anormal do processo*" – se manteria. Caso se houvesse consumado, teria sido a primeira modificação de relevo sofrida pelo artigo desde que foi introduzido pelo Código de 1939. Na versão que hoje vigora, que é essencialmente idêntica à original de 1939, prevê-se que, quando a conduta das partes ou outras circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão obste ao objetivo anormal prosseguido. Ora, na Proposta de Lei a que nos referimos, o texto era o seguinte:

"O juiz deve extinguir a instância por uso anormal do processo quando se aperceba de que:

- a) As partes simularam o litígio com o intuito de prejudicar terceiros;*
- b) Alguma das partes exerce ou exerceu coação ou violência sobre uma outra parte;*
- c) Alguma das partes procura, sozinha ou em conluio com outra ou outras, fraudar a lei ou conseguir um fim por ela proibido."*

⁵² Nos termos do art.º 167.º, 5. CRP, parte final.

Para lá da nova estrutura por alíneas, a maior novidade parecia, à primeira vista, residir na alínea b): a coação ou violência exercidas sobre a contraparte seriam, *ex novo*, consideradas manifestações de uso anormal do processo para efeitos do art.º 612.º. Todavia, as alterações eram profundas e iam muito além disso.

De momento há uma simples referência a autor e réu aproveitarem-se dos meios processuais para praticar um ato simulado; a Proposta de Lei exigia uma simulação do litígio com o intuito de prejudicar terceiros. Se por ora o CPC se refere a autor e réu prosseguirem um fim proibido por lei, a Proposta abrangia todos os casos em que uma ou mais partes procurassem fraudar a lei ou conseguir um fim por ela proibido. A alusão à convicção segura do juiz era abandonada. E a própria estatuição normativa era alterada: a atual é algo enigmática, impondo tão-só ao juiz que obste ao objetivo anormal, sem explicar por que meios haverá de fazê-lo; já a Proposta de Lei em causa trazia mais clareza a este respeito, esclarecendo que a consequência do uso anormal do processo seria a extinção da instância.

As alterações propostas, ainda que goradas, são pertinentes para a generalidade dos temas que aprofundaremos e há que, ademais, considerar a real possibilidade de virem a ser renovadas no futuro⁵³, pelo que retomaremos em maior detalhe vários dos aspetos a que agora aludimos em pontos diferentes da nossa exposição.

⁵³ Esta não foi, aliás, a primeira vez que o Governo propôs a nova redação do art.º 612.º CPC, pois já o havia feito, com texto idêntico, na Proposta de Lei n.º 202/XIII/4.^a. Esta respeitava ao processo de inventário e viria a ser aprovada, mas com a supressão das mudanças no artigo do CPC em causa.

4. DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS RELEVANTES À LUZ DO CPC

4.1. A necessidade de uma sistematização de conceitos

Uma das primeiras impressões a retirar da análise de textos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema é que, para qualificar situações em que as partes fingem uma contenda onde ela não existe, prosseguindo através do processo civil fins distintos da resolução de um litígio, se empregam com frequência termos como uso anormal do processo, simulação processual, fraude processual, má-fé processual bilateral ou lide simulada.

Ora, o significado atribuído a cada um destes termos nem sempre é unívoco. A doutrina portuguesa que versa sobre estes assuntos, como referimos desde o início, é bastante rara fora dos manuais de processo civil e códigos anotados, pelo que se encontram pouco debatidos e sistematizados.

Importa, nesta fase, definir com o maior rigor possível os conceitos relevantes para o nosso estudo e que servirão de referencial para os capítulos subsequentes.

4.2. A simulação processual

4.2.1. O cabimento da figura da simulação no domínio processual

a) Noção genérica de simulação

Em sentido corrente, a simulação pode dizer-se um fingimento, um disfarce, uma falsa aparência ou uma imitação⁵⁴. Num contexto jurídico, quem fala apenas em simulação estará à partida a referir-se à simulação civil, cuja noção nos é dada pelo art.º 240.º, 1. CC: “*Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado*”.

E no domínio do processo civil? De uma forma genérica, em casos nos quais as partes estão de acordo quanto ao mérito mas se comportam como se estivessem desavindas, não se regista um fenómeno comparável? Por outras palavras, faz sentido a figura da simulação processual?

b) Doutrinas que rejeitam a ideia de simulação processual

Na verdade, historicamente, num ceticismo bem documentado por PAULO CUNHA⁵⁵ e FERNANDO LOPES DE MELO⁵⁶, vários autores recusavam *in limine* a possibilidade de existência da simulação processual. Para uns, devido ao carácter trilateral da relação processual e à não participação do juiz no conluio, deveria falar-se em reserva mental e não simulação; reserva essa tida como juridicamente irrelevante. Defendiam esta conceção FRANCESCO FERRARA⁵⁷ e JOSEF KOHLER⁵⁸.

Sob outra perspetiva, nomeadamente a adotada por JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, haveria também reserva mental, mas relevante e com efeitos análogos aos da simulação⁵⁹.

⁵⁴ *Simulação*, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha] [últ. acesso: 22/01/2022], disponível em: <https://dicionario.priberam.org/simula%C3%A7%C3%A3o>.

⁵⁵ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 75 ss.

⁵⁶ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 49 ss.

⁵⁷ FRANCESCO FERRARA, *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, 1.ª ed., 1909, pp. 100 a 102. O autor afasta a possibilidade de forma categórica: “*A simulação é impossível no processo*”.

⁵⁸ JOSEF KOHLER, *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß*, 1.ª ed., 1893, p. 15.

⁵⁹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, 1.ª ed., vol. 1, 1921, p. 221.

Noutra perspetiva ainda – a de GIUSEPPE MESSINA – o princípio da autorresponsabilidade das partes ditaria que as partes suportassem as consequências da sua conduta, valendo a aparência por si criada⁶⁰.

Por fim, FRANCESCO LIPARI recusava a simulação por considerar que, nos casos que outros assim denominavam, existia na verdade uma mera conjugação de dolos unilaterais em vez de um verdadeiro dolo bilateral⁶¹.

c) Doutrinas intermédias

Para outro grupo de autores, a cujas doutrinas PAULO CUNHA chamou *intermédias* (designação que julgamos adequada), a simulação processual seria possível, mas apenas em casos relativamente restritos⁶². Assim, por exemplo, GUSTAV SENTENIS admitia-a quando houvesse conivência do juiz, superando-se assim o óbice da trilateralidade da relação processual⁶³.

Já GINO ZANI preferia falar em simulação no processo ou lide simulada, sem que contudo reconhecesse a este figurino qualquer relevância jurídica, dada a prevalência da forma sobre a substância no paradigma do processo civil da época⁶⁴.

d) Doutrinas que acolhem a simulação processual

⁶⁰ GIUSEPPE MESSINA, *Contributo alla Dottrina della Confessione*, 1.^a ed., 1902, p. 32.

⁶¹ FRANCESCO LIPARI, *Appunti sul Dolo Processuale Bilaterale*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 5, 1928, p. 285.

⁶² PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 85.

⁶³ GUSTAV SENTENIS, *Der Simulirte Prozeß*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß*, vol. 30, 1902, pp. 371 ss.

⁶⁴ GINO ZANI, *La Mala Fede nel Processo Civile*, 1.^a ed., 1931, pp. 114 ss.

As correntes de que tratámos até aqui acabaram por se tornar claramente minoritárias ainda na primeira metade do século XX⁶⁵; e é hoje pacífica, entre nós, a possibilidade de se falar em simulação processual.

A figura foi acolhida, na doutrina portuguesa, em obras como as de LUÍS DA CUNHA GONÇALVES⁶⁶ e PAULO CUNHA⁶⁷, surgindo já como realidade inquestionada em autores como JOSÉ ALBERTO DOS REIS⁶⁸ e MANUEL DE ANDRADE⁶⁹.

Além do mais, a expressão "*ato simulado*" consta dos arts. 612.º e 696.º, g), o que denota um acolhimento da noção pelo legislador, e que já é, aliás, antigo, visto que a mesma expressão data do anterior Código, onde se podia encontrar nos arts. 612.º e 778.º.

e) Exame das críticas à ideia de simulação processual

Ainda assim, importa perceber por que motivos não procedem as objeções apontadas outrora ao reconhecimento da simulação processual.

As principais críticas centravam-se em dois aspetos: a trilateralidade da relação processual (que levaria à impossibilidade da simulação processual ou, pelo menos, à sua restrição aos casos de convivência do juiz) e o cariz formal do processo (que estaria ligado a uma autorresponsabilidade das partes).

A primeira crítica foi rebatida por PAULO CUNHA com o argumento de que se foca em excesso na relação processual, esquecendo que o processo é uma

⁶⁵ Escreveu PAULO CUNHA: "*A quase totalidade dos autores contemporâneos inclina-se antes para a admissão da simulação processual como categoria possível e realmente existente, mesmo fora do caso especialíssimo da cumplicidade do juiz*" (PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 91).

⁶⁶ LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, 1.ª ed., vol. 6, 1933, p. 721.

⁶⁷ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 111 ss.

⁶⁸ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, 2012, p. 101.

⁶⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1.ª ed., 1949, p. 113.

sequência de atos e que o juiz *"não é necessariamente sujeito, declarante, autor de todos esses atos cuja conjugação forma o processo"*⁷⁰.

Temos apenas a acrescentar que é também uma crítica que se apegue sobremaneira à noção civilística de simulação e se mostra desadequada à realidade do processo, não fazendo sentido encarar a relação das partes com o juiz sob a mesma lógica e obedecendo às mesmas regras que valem nas relações jurídicas de direito privado.

A segunda crítica está, à luz do processo civil moderno, totalmente ultrapassada. Que o processo seja um espaço de puro formalismo é uma ideia inaceitável, por colidir de frente com o ideal de justiça que visa prosseguir. Não obstante o seu caráter instrumental ou adjetivo (é certo que *"não regula os conflitos substanciais de interesses suscitados entre os particulares"*⁷¹ – esse é o papel do direito civil), o processo não é nem deve ser totalmente estanque, alheio a preocupações materiais. Assim se explicam, entre nós, institutos como a litigância de má-fé e o abuso do direito de ação.

4.2.2. A simulação processual definida na doutrina

a) Doutrinas que autonomizam a fraude processual

A maior parte da doutrina tende a separar a simulação e a fraude processuais, encarando-as como noções autônomas uma da outra, ainda que aparentadas.

FRANCESCO CARNELUTTI fez questão de marcar esta diferença, distinguindo entre processo simulado e processo fraudulento⁷². Sustentava que, nos casos de

⁷⁰ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 122.

⁷¹ JORGE PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 9.^a ed., p. 17.

⁷² Ao estudar o processo fraudulento, começa por afirmar: *"Processo fraudulento, digo; não processo simulado. Frequentemente os termos são usados promiscuamente; mas não deveriam. Pode haver coincidência, mas também pode haver divergência, também no processo, entre a fraude e a simulação"* (FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro...*, p. 17).

simulação, o processo e o seu resultado existiriam, destinando-se porém a operar somente em relação a terceiros e não entre as partes, mediante conluio destas⁷³ (parece-nos que assim ocorre, por exemplo, num divórcio simulado para enganar terceiros e lesá-los nos seus interesses patrimoniais, continuando as pessoas divorciadas a comportar-se como casal).

O autor preocupava-se apenas verdadeiramente com as situações em que, estando as partes também envolvidas no fingimento de um litígio, o resultado do processo devesse valer tanto entre as partes como nas relações com terceiros, levando-se assim a cabo uma fraude (como na ação de nulidade do casamento a fim de contornar, àquela época, a indissolubilidade do vínculo matrimonial). Nesta perspectiva, *“a fraude bilateral é sempre um fenómeno patológico”*, dado que *“o poder salutar do contraditório está completamente ausente; na verdade, o contraditório reduz-se a uma aparência”*; daqui concluía que *“é contra esta variedade da maleita que os remédios legais são mais necessários e menos eficazes”*⁷⁴.

Por certo inspirando-se na distinção carneluttiana, JOSÉ ALBERTO DOS REIS referia-se ao processo simulado e ao processo fraudulento. Para si, havia lugar ao processo simulado quando as partes entrassem numa maquinação *“para obter determinado resultado real, diverso do resultado aparente do processo”*; já o processo fraudulento dar-se-ia quando o resultado efetivamente visado coincidissem com o resultado aparente, mas mediante o uso de fraude à lei pelas partes⁷⁵. Esta conceção é partilhada, e aliás citada, por JORGE PAIS DE AMARAL⁷⁶.

JOSÉ MIGUEL BEZERRA, JOSÉ SAMPAIO E NORA e JOÃO ANTUNES VARELA apontavam a simulação processual como principal foco da norma contida no atual art.º 612.º CPC e acrescentavam que, ao lado destas hipóteses, ela abrangia

⁷³ Este seria, na sua visão (que não se pode sustentar do ponto de vista do processo civil atual), um problema *“que se resolve segundo as exigências que determinam a prevalência da forma sobre a vontade nos atos e, em particular, nos negócios processuais; (...) por outras palavras, a simulação é indiferente no que respeita ao resultado do processo”* (FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro...*, pp. 17 a 19).

⁷⁴ FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro...*, p. 16.

⁷⁵ J. ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 101.

⁷⁶ JORGE PAIS DE AMARAL, *Direito...*, p. 401.

também as situações em que as partes intentassem prosseguir um fim que lhes fosse vedado pela lei⁷⁷.

Quanto a JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, a simulação processual ocorre sempre que as partes, por acordo, “*criam a aparência dum litígio inexistente para obter uma sentença cujo efeito apenas querem relativamente a terceiros, mas não entre si*”. Já na fraude processual, a seu ver, as partes realmente querem para si os efeitos da sentença, mas lesam o direito de um terceiro ou uma lei imperativa que tutela o interesse geral. Ponto interessante é que os autores referem ainda que em ambos os casos (na simulação e na fraude processuais) se dá uma simulação do litígio⁷⁸.

b) Doutrinas que não autonomizam a fraude processual

Um segundo grupo de autores não encara a fraude processual como um fenómeno independente da simulação.

Assim, a simulação processual era vista por GIUSEPPE CHIOVENDA enquanto “*emprego do processo para alcançar um resultado prático correspondente a um negócio que se não pode validamente constituir (por exemplo, a doação entre cônjuges); ou de fazer crer existente um estado jurídico que as partes entre si reconhecem como inexistente*”⁷⁹. Assim, escolhia abranger situações que, para outros autores, em rigor, seriam de fraude.

Por sua vez, PAULO CUNHA, numa fórmula que colocava o acento tónico na divergência entre a vontade real e a vontade declarada (importada da noção

⁷⁷ Na altura, art.º 665.º – v., a respeito, JOSÉ MIGUEL BEZERRA; JOSÉ SAMPAIO E NORA; JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., p. 695.

⁷⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código...*, vol. 2., pp. 726 e 727. Na presente dissertação, qualquer referência a simular-se um litígio deve ser entendida simplesmente como sinónima do (nosso) conceito de simulação processual.

⁷⁹ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile...*, 2.ª ed., 1923, p. 66.

tradicional de simulação de negócios jurídicos)⁸⁰, definia a simulação processual como “*a divergência intencional, por entendimento oculto das partes no processo, entre a vontade real delas e as suas atividades processuais formalmente contraditórias, divergência dirigida a enganar o juiz ou terceiros*”⁸¹.

Deste modo, desaparecia a preocupação em saber se o intuito das partes era que os efeitos da sentença valessem só para terceiros e não entre si, ou se, pelo contrário, os efeitos eram também pretendidos *inter partes*. Nesta concepção havia simulação processual em ambos os casos, desde que os restantes pressupostos estivessem verificados.

Tal ficava a dever-se à convicção do autor de que a simulação processual vinha sendo problematizada de maneira incorreta pelos juristas que a estudavam, na medida em que olhavam mais ao resultado do processo do que à desconformidade entre declaração e vontade que viciava os atos processuais: “*em vez de dizer em que consiste o próprio vício da simulação processual, limitam-se a referir os fins com que as partes fingem o processo*”⁸².

Foi, assim, já plenamente dentro do conceito de simulação processual que o autor identificou três possibilidades: uma hipótese máxima (ou sentença simulada, em que o juiz participa no conluio e o resultado do processo apenas vale para terceiros); uma hipótese mínima (em que as partes visam um resultado processual que deve valer mesmo entre si); e, por fim, uma hipótese média (ou resultado processual simulado, em que os efeitos queridos pelas partes devem valer apenas em relação a terceiros)⁸³.

Na definição de ADELINO PALMA CARLOS, dá-se a simulação quando se tenha procurado, através do processo, alcançar um objetivo contrário ao direito; e a

⁸⁰ Refletida no atual art.º 240.º CC (“*divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante*”).

⁸¹ Ou, numa fórmula simplificada, “*a divergência intencional e enganosa entre o acordo oculto das partes e o seu desacordo aparente, formalmente resultante deste último do próprio caráter contraditório do processo*” – v. PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 174.

⁸² PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 139 ss. Secundando este reparo, PEDRO MELANDA, *O Divórcio Simulado*, 2003, p. 93.

⁸³ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 145 ss.

simulação relevante aos olhos da lei é a bilateral, ou seja, aquela em que “*seja simulada a atividade processual de ambas as partes e não apenas a duma*”, o que implica um entendimento oculto, isto é, um *pactum simulationis* ou *concilium fraudis*⁸⁴.

Já para ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO são de simulação processual as situações em que “*dois ou mais sujeitos, mancomunados, recorrem aos tribunais, criando uma aparência de um litígio inexistente, com o propósito de obter uma decisão judicial que lhes proporcione um resultado proibido por lei ou o engano de terceiros*”. Numa particularidade interessante, refuta a ideia de uma divergência entre vontade real e exteriorizada. Identifica nestes casos apenas uma vontade: a de conseguir uma sentença, algo que as partes não só aparentam desejar como de facto desejam, embora tudo se baseie naquilo a que denomina um “*falso litígio*”⁸⁵.

4.2.3. O porquê de não estudarmos a simulação processual definida na jurisprudência

Um sobrevoo da jurisprudência portuguesa sobre o tema revela, acima de tudo, que a definição da simulação processual tem sido uma preocupação secundária. Os problemas jurídicos discutidos na maioria dos acórdãos prendem-se, sobretudo, com os mecanismos reativos. Quanto à delimitação da figura, a maior parte dos acórdãos fica-se por citar neste aspeto os principais códigos

⁸⁴ ADELINO PALMA CARLOS, *Direito...*, p. 286.

⁸⁵ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, pp. 144 e 145.

anotados⁸⁶, encontrando-se por vezes afirmações contraditórias quanto à integração ou não dos casos de fraude no conceito de simulação processual⁸⁷.

Não julgamos, portanto, que mereça a pena aprofundar em espaço autónomo a abordagem da jurisprudência neste particular. Ainda assim, faremos referência a alguns acórdãos relevantes nos pontos que se seguem.

4.2.4. Traços necessários

a) O acordo oculto entre as partes

O acordo oculto entre as partes é invariavelmente apontado como requisito da simulação processual pelos autores que se debruçam sobre o tema. Assim, na doutrina, leem-se referências ao “*entendimento oculto das partes*”⁸⁸, a um conluio entre as mesmas⁸⁹, a um comum acordo⁹⁰, a uma mancomunação de dois ou mais sujeitos que recorrem aos tribunais⁹¹. Estamos a falar de algo indissociável da própria conceção jurídica de simulação.

Qual o conteúdo deste acordo? A resposta, fatalmente tautológica, é que incide sobre a própria simulação. Ou seja, adiantando elementos, as partes assentem numa divergência dirigida a enganar terceiros entre as suas atuações em juízo (em que há a aparência de um litígio) e a sua vontade real (cujo conteúdo é variável, mas parte sempre de uma ausência de litígio).

⁸⁶ Ac. TRP de 13/09/2016, n.º proc. 1871/10.8TBVCD-C.P1; Ac. STJ de 26/01/2017, n.º proc. 2226/13.8TJVNFB-G1.S1; Ac. TRL de 09/11/2017, n.º proc. 3831/15.3T8LSB.L1-2; entre outros.

⁸⁷ Por exemplo, em Ac. TRL de 09/11/2017 (acima referido), começa por aceitar-se a posição de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, isto é, a simulação e a fraude processuais surgem como vertentes da (mais ampla) simulação do litígio. Todavia, mais adiante, a simulação processual parece já abarcar todos estes casos, aludindo-se a uma “*simulação processual para consecução de um fim proibido por lei*”.

⁸⁸ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 173.

⁸⁹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 101.

⁹⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código...*, vol. 2, p. 726.

⁹¹ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, pp. 144 e 145.

No concernente à natureza do acordo, mostra-se útil o que escreveram ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO acerca da simulação civil, *i.e.*: que o acordo simulatório não reveste natureza de negócio jurídico, mas é, em propriedade, um *ato preparatório jurídico não vinculativo*: preparatório, porque se esvazia caso as partes não queiram seguir em frente com ele; jurídico, porque imprescindível para que venha a haver simulação; e não vinculativo, porque quem o incumprir não incorre em qualquer responsabilidade aos olhos do direito⁹².

Embora aparentemente simples, o acordo entre as partes ou pacto simulatório é um requisito que pode dar origem a algumas dificuldades. Se o autor Joaquim demanda a ré Luísa, a situação é cristalina: não há simulação processual sem um acordo entre ambos. Porém, ante uma pluralidade de autores e réus – a título exemplificativo, um caso de litisconsórcio ativo e passivo em que Elias e Francisca demandam Gustavo, Higina e Ivo – fica menos claro entre quem se exige o acordo. É preciso que todos entrem nele ou apenas alguns?

O *pactum simulationis*, necessariamente presente na simulação de negócios jurídicos, é o traço distintivo que separa aquela figura da reserva mental⁹³. Aliás, como vimos, na génese das doutrinas sobre a simulação processual, a inflexibilidade de alguns autores na sua exigência de que todos os sujeitos da relação jurídica processual (autor, réu e juiz) participassem no conluio levava-os a recusar a própria ideia de simulação processual, e outros a admiti-la apenas quando houvesse a conivência do juiz⁹⁴.

Mas o argumento de PAULO CUNHA no sentido de que o juiz não pratica necessariamente todos os atos que, conjugados, formam o processo⁹⁵, dirigido às doutrinas que negavam a simulação processual, parece-nos dever valer também para a pluralidade de partes. E, de resto, os efeitos nocivos que podem advir da simulação (por exemplo: o prejuízo de terceiros, a fraude a normas substantivas,

⁹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. 1, 2012, p. 524; ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, pp. 69 e 70.

⁹³ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, p. 66.

⁹⁴ V. *supra*, 4.2.1., b) e c).

⁹⁵ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 122.

o desprestígio dos tribunais e, máxime, o desvio à função do processo) não deixam de se verificar no caso de nem todos os autores ou réus aderirem ao *pactum simulationis*.

Mostra-se aqui pertinente um acórdão do TRP⁹⁶, que versa sobre o art.º 696.º, g) CPC, norma à luz da qual é possível o recurso de revisão com fundamento na circunstância de o litígio haver assentado sobre ato simulado das partes.

No caso *sub judice*, uma ré desconhecia o pacto simulatório, nele não participando, mas subscreveu uma contestação que corporizava a simulação processual. Entendeu o tribunal que esta ré “*colaborou activamente nessa «verdade forjada» e não se demarcou dessa versão dos factos, por exemplo por via da apresentação de uma contestação autónoma ou, no mínimo, pela não subscrição da versão alegadamente forjada dos factos*”.

O acórdão sublinhou que “*a lei coloca o acento tónico no litígio e não no comportamento das partes, individualmente consideradas*”. Firmando-se o tribunal nisto, a conclusão atingida é a de que o litígio havia assentado totalmente sobre ato simulado das partes, existindo como tal fundamento para o recurso de revisão.

Há que notar que a previsão do art.º 696.º, g) – *i.e.*, o litígio ter assentado sobre um ato simulado das partes – não é exatamente igual à do art.º 612.º, que se refere apenas à circunstância de autor e réu se servirem do processo para praticarem um ato simulado (ou fim proibido por lei), mas não nos parece que para o efeito resulte daqui alguma consequência de monta.

É dispensável, assim, um acordo entre todas as partes. Em rigor, o acordo entre as partes basta-se com um acordo entre pelo menos um autor e um réu. Desta forma, por exemplo, num litisconsórcio ativo e passivo em que um só autor está conluiado com um só réu, haverá simulação processual conquanto os restantes requisitos estejam preenchidos, ao que não obsta a circunstância de nem todos os coautores ou corréus conhecerem ou entrarem no pacto.

⁹⁶ Ac. TRP de 13/09/2016, n.º proc. 1871/10.8TBVCD-C.P1.

Imagine-se que se dá o caso previsto no art.º 107.º CPC, isto é, uma tentativa ilícita de desaforamento. O autor tem efetivamente um litígio com o réu, mas da aplicação das regras sobre competência interna resulta um foro que não lhe interessa. Não contente em demandar o “verdadeiro” réu, o autor demanda também uma pessoa estranha à causa a fim de a desviar do tribunal competente em razão do território. No caso de esta pessoa estar conluiada com o autor, nada impede que tenhamos simulação processual, apesar de não abranger todas as partes.

b) A desconformidade entre o litígio exteriorizado e a sua verdadeira inexistência

A divergência entre a vontade real e a vontade declarada constitui, para ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, o “*elemento mais distintivo*” da simulação civil⁹⁷, mas entende o autor que na simulação processual há uma só vontade: “*as partes procuram e pretendem efetivamente a obtenção de uma sentença, conquanto assente num falso litígio*”⁹⁸.

A isto acresce a tese de JOSÉ LEBRE DE FREITAS de que, numa conceção mais moderna, a própria simulação negocial não se caracteriza por uma divergência daquela espécie, e sim por uma vontade das partes em ter os “*efeitos externos ou reflexos do negócio*” (ou seja, em relação a terceiros) sem os “*efeitos internos ou vinculativos*” (entre as partes). Nesta linha, defende que também na simulação processual “*as partes querem que o efeito da sentença se produza perante terceiros, mas não o querem entre si; como esta cisão não é lícita, simulam o litígio para o engano de terceiros (...)*”⁹⁹.

Apesar de tudo, parece-nos possível e pertinente identificar na simulação processual uma divergência entre o litígio que é exteriorizado (o qual

⁹⁷ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, pp. 65 e 66.

⁹⁸ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, p. 145.

⁹⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, pp. 52 e 53, nota 61.

corresponde à vontade aparente das partes) e a verdadeira inexistência desse litígio (correspondente à vontade real).

É certo que, na prática, a vontade real das partes não se caracteriza só pela negativa; não se cinge a um “não-litígio” ou a uma “não-vontade” de litigar. Com toda a probabilidade, a vontade dos simuladores passará também por obterem uma dada sentença de mérito e dela retirarem alguma espécie de proveito. Mas não é por isso que deixa de integrar o conceito de simulação processual, quando dissecado e reduzido aos elementos básicos que o compõem, a constatação de que as partes fingem haver entre si um litígio que, na realidade, não existe.

A partir daí, será perfeitamente possível e comum observar que, em muitos casos, a vontade das partes passa pela obtenção dos efeitos externos da decisão, escapando aos efeitos internos¹⁰⁰.

Noutro conjunto de hipóteses, as partes podem querer que os efeitos da sentença valham também entre si sem que com isso abandonem o campo da simulação processual¹⁰¹. Como tivemos oportunidade de observar, esta situação (comummente apelidada de fraude processual) é separada da simulação por alguns autores. Porém, como veremos, a realidade subjacente é na sua essência a mesma¹⁰².

Em hipóteses por certo raras, quase acadêmicas, mas que não podemos excluir *in limine*, as partes não se encontram sequer interessadas em conseguir uma sentença de mérito, designadamente usando o processo civil como um mero passatempo ou uma oportunidade para um golpe publicitário¹⁰³, entre outras criativas e improváveis finalidades.

¹⁰⁰ Basta pensar no exemplo de uma ação reivindicatória intentada contra um devedor em apuros por um seu amigo, visando colocar certo bem “a salvo” dos credores.

¹⁰¹ Pense-se de novo no autor que invoca a usucapião contra um réu consigo conluiado, a fim de obterem ambos o fracionamento de um prédio rústico, contrariando o regime legal imperativo.

¹⁰² V. *infra*, 4.2.6.

¹⁰³ Por exemplo: dois lutadores rivais de boxe, interessados em promover na comunicação social um combate que se avizinha passando para o público uma imagem de extrema animosidade pessoal entre ambos que pouco ou nada tem de verdadeira, acordam em segredo que um demandará o outro em juízo sob um qualquer pretexto ficcionado. Nesta pura operação de *marketing*, pouco ou nada releva o desfecho da contenda processual.

Em todas estas situações, o único aspeto comum à vontade real das partes é a ausência do conflito de interesses exteriorizado¹⁰⁴. É, assim, esse traço negativo que a nosso ver efetivamente caracteriza a vontade real das partes na simulação processual.

c) O intuito de enganar terceiros (*animus decipiendi*)

O contraste acordado pelas partes entre as atuações processuais por si exteriorizadas e a real ausência de um conflito de interesses precisa em todas as ocasiões de ser acompanhado por um intuito de enganar terceiros, ou *animus decipiendi*¹⁰⁵. Característica típica da simulação civil (e exigida expressamente no art.º 240.º, 1. CC), este *animus* não tem a jogar contra si qualquer particularidade de direito processual que nos leve a crer que deixa de se considerar implícito quando o legislador processual se refere a “*ato simulado*” nos arts. 612.º e 696.º, g) CPC.

A intenção, note-se, precisa de ser comum aos sujeitos que formam o conluio para que estes se possam chamar, em propriedade, simuladores. Quanto aos terceiros enganados, serão tendencialmente “*todos os terceiros externos à mancomunação*” e que não representem por sucessão aqueles que nela participaram, como defende ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO a propósito da simulação de negócios jurídicos¹⁰⁶.

Um acórdão do TRL sustentou a ideia de que, na simulação civil, “*para a exigência ter significado, parece necessário que o engano seja relevante, ou seja, que produza efeitos ao nível dos interesses englobados na esfera jurídica do*

¹⁰⁴ É concebível que haja realmente entre as partes um conflito de interesses, mas de diferente natureza ou conteúdo em relação àquele que exteriorizam. Não deixa aqui de haver simulação processual, porquanto o litígio exteriorizado é fictício.

¹⁰⁵ A não confundir com a intenção de prejudicar terceiros (ou *animus nocendi*), que, a nosso ver, não é requisito da simulação processual – v. *infra*, 4.2.5., e).

¹⁰⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, pp. 72 e 74.

terceiro”¹⁰⁷. Não cabe aqui discutir a bondade desta jurisprudência, mas importa mencionar que a consideramos intransponível para o domínio da simulação processual.

Se no campo da liberdade contratual e da livre iniciativa económica, consagradas (respetivamente) nos arts. 405.º, 1. CC e 61.º, 1. CRP, se compreende, por debatível que seja, uma solução deste teor, o mesmo já não se pode dizer da apresentação a tribunal de um litígio ficcionado, pondo em causa a seriedade de um órgão de soberania sobre cujos ombros, parafraseando o art.º 202.º, 1. CRP, recai a tarefa de administrar a justiça em nome do povo.

Para mais, exigir que o logro afete interesses abarcados na esfera jurídica de um terceiro também é exigir demasiado, na medida em que esta é uma ideia muito próxima já (e que pode tornar-se difícil de distinguir na prática) de um prejuízo para esse terceiro. Ora, veremos que o prejuízo de terceiros não é requisito da simulação processual à luz do direito vigente¹⁰⁸.

4.2.5. Traços possíveis, mas não necessários

a) A falta de contestação

Um indício da ocorrência de simulação processual é a falta de contestação. Por força do ónus de impugnação previsto no art.º 574.º, 2. CPC, os factos alegados na petição inicial e não impugnados pelo réu consideram-se por ele admitidos¹⁰⁹, o que faz com que este seja um caminho simples e apetecível do ponto de vista das partes mancomunadas quanto à procedência da ação (ao

¹⁰⁷ Ac. TRL de 07/05/2009, n.º proc 6092/05.9TBOER-8.

¹⁰⁸ V. *infra*, 4.2.5., e).

¹⁰⁹ Exceto quando estejam em oposição com a defesa no seu conjunto, não admitam confissão ou careçam de prova por documento escrito.

eliminar os custos associados à constituição de advogado pelo réu e, à partida, reduzir o risco de improcedência da ação).

É, porém, evidente que da mera ausência de contestação, desacompanhada de outros indícios, nada se pode inferir quanto a um conluio entre as partes para enganar terceiros. A ideia é sublinhada em acórdão do TRC:

“(...) esta ausência de oposição pode entender-se de muitas formas, designadamente por estarem [os réus] de acordo com o afirmado (...). Como é bom de ver, uma ausência de contestação não pode significar, por si só, um qualquer conluio processual entre as partes”¹¹⁰.

Por outro lado, a simulação pode operar de igual modo por intermédio de uma contestação frouxa, débil, desinteressada ou assente em facticidade fictícia¹¹¹.

b) A alegação de factos falsos

Embora à simulação esteja em regra associada a alegação de uma versão falsa da realidade (cujo meio de prova por excelência, *“dado não envolver a cumplicidade de terceiros nem os riscos da apreciação judicial”*, é a confissão, pelo menos no campo das relações jurídicas disponíveis)¹¹², é também certo que:

“(...) pode consistir no acordo entre as partes em que o efeito que o autor declara pretender obter numa ação constitutiva não deverá valer entre elas, ainda que a fundamentação fáctica do pedido (...) corresponda à realidade”¹¹³.

Uma ação de execução específica, por exemplo, pode ocorrer nestas circunstâncias¹¹⁴, tal como um divórcio simulado.

¹¹⁰ Ac. TRC de 20/11/2012, n.º proc. 1423/11.5TBGRD.C1.

¹¹¹ JORGE PAIS DE AMARAL, *Direito...*, p. 401.

¹¹² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório – Um Estudo de Direito Positivo*, 2.ª ed., 2013, pp. 746 ss.

¹¹³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código...*, p. 727.

¹¹⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Confissão...*, p. 726, nota 23.

c) O acordo prévio

O acordo entre as partes é pressuposto da simulação processual, mas não tal não significa que este acordo necessite de ser prévio à propositura da ação.

Pode suceder que, a certo ponto na pendência da ação, as partes, tendo até aí litigado normalmente, deixem de estar desavindas e passem por acordo a utilizar a ação para um fim que lhe é estranho, enganando terceiros. É certo que a ação não foi proposta (e possivelmente não foi contestada) com um fim diferente de resolver uma disputa entre as partes; porém, essa boa-fé inicial mostra-se insuficiente para afastar a simulação a seguir nascida.

d) A participação do juiz no conluio

Vimos que alguma doutrina de inícios do século XX exigia que o juiz participasse no pacto simulatório de modo a haver simulação processual propriamente dita. Numa hipótese em que tal não acontecesse (cingindo-se o conluio às partes), poderia falar-se para alguns autores, quando muito, em reserva mental.

Já explicámos igualmente por que motivos esta concepção não está correta, mostrando que as situações nas quais o juiz não está conluiado com as partes não deixam por isso de configurar simulação processual¹¹⁵.

Pode, contudo, suceder que o juiz de facto participe na combinação. Esta hipótese – especialmente grave – traz problemas adicionais, levando em conta

¹¹⁵ V. *supra*, 4.2.1., e).

que é o juiz que tem o poder e a incumbência de, detetando a simulação processual, a ela obstar no decorrer do processo¹¹⁶.

e) O prejuízo de terceiros ou, pelo menos, o intuito de causar prejuízo a terceiros (animus nocendi)

O art.º 612.º CPC refere-se apenas a um “*ato simulado*”, não esclarecendo expressamente se, para que haja simulação processual, as partes precisam ou não de causar prejuízo a um terceiro ou de atuar com essa intenção.

O intuito de prejudicar terceiros (ou *animus nocendi*), enquanto elemento subjetivo, formava parte da noção de simulação negocial seguida pelo Código de Seabra. O instituto não só era regulado num capítulo intitulado “*Dos actos e contractos celebrados em prejuízo de terceiro*” como a letra do art.º 1031.º era relativamente clara a esse respeito: “*Os actos ou contractos, simuladamente celebrados pelos contraentes com o fim de defraudar os direitos de terceiro, podem ser annullados e rescindidos a todo o tempo, a requerimento dos prejudicados*”.

Todavia, a questão gerou uma certa polémica, com alguns autores a sustentarem a aplicação do mesmo regime a casos em que não houvesse a intenção de prejudicar¹¹⁷. A influência desta corrente ter-se-á refletido no Código Civil de 1966, em que a intenção de prejudicar terceiros deixou de ser mencionada; e, até hoje, não consta do art.º 240.º, 1. CC, que se fica pelo intuito de os enganar.

Como dissemos já, na simulação processual, o legislador não optou de maneira clara nem pela exigência nem pela dispensa do *animus nocendi*. Entendemos, contudo, que o dispensou.

¹¹⁶ É ao juiz que se dirige o comando do art.º 612.º CPC.

¹¹⁷ Um destes autores era JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação...*, pp. 66 e 67. Sobre a polémica, v. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, p. 72.

Em primeiro lugar, tal como a supressão, no CC de 1966, da referência a serem defraudados os direitos de terceiros foi interpretada pela doutrina e pela jurisprudência¹¹⁸ como implicando o fim da exigência de *animus nocendi*, também na noção de simulação processual a omissão de uma referência expressa a um tal intuito exprime uma opção do legislador no sentido de ele não ser requisito. O argumento parece-nos razoável, mas não inteiramente seguro; e, caso não se aceite, haverá uma lacuna.

À falta de regulação mais detalhada, o conceito de simulação processual ter-se-á de construir com o auxílio da solução escolhida para a simulação civil, recorrendo à analogia como método de integração de lacunas – o que nos levará, contudo, no final do percurso, à mesma conclusão.

Com efeito, o art.º 10.º, 1. CC manda aplicar às situações não previstas na lei (e que o legislador não deixaria de regular caso se apercebesse da ausência de regulação) a norma aplicável aos casos análogos, desde que, atendendo ao n.º 2, se mantenham as razões justificativas da solução legal.

Nunca perdendo de vista as importantes diferenças entre a simulação civil e a simulação processual¹¹⁹, a segunda partilha (como explorámos no ponto anterior) várias das características da primeira, podendo dizer-se um caso análogo. E, além disso, os motivos pelos quais o legislador inclui na simulação de negócios jurídicos tanto as situações em que há mero intuito de enganar terceiros como aquelas em que se verifica também intenção de os prejudicar não só persistem como são reforçados.

Se a circunstância de a simulação de negócios jurídicos se bastar com o *animus decipiendi* se prende com imperativos ligados à boa-fé e à segurança nas transações, a mesma solução deve, por maioria de razão, valer na seara processual, levando em conta que é mais gravosa a assunção de uma atitude enganatória pelas partes num processo judicial e que é mais reduzido (não obstante o princípio do dispositivo) o campo deixado à liberdade individual. As

¹¹⁸ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Da Simulação...*, pp. 72 e 73.

¹¹⁹ Que vincamos melhor *infra*, 4.2.7.

partes estão submetidas à autoridade do tribunal, bem como vinculadas, designadamente, aos deveres de boa-fé processual¹²⁰ e ao princípio da cooperação para que se obtenha, com a brevidade e a eficácia desejadas, a justa composição do litígio¹²¹.

Por uma via ou outra, é atingida a mesma solução. O que não nos faz sentido, salvo o devido respeito, é transformar-se o *animus nocendi* em requisito da simulação processual no quadro da lei vigente.

PEDRO MELANDA, não se opondo do ponto de vista teórico à simulação processual sem intuito de prejudicar, entende porém que a esta última figura falta relevo prático: primeiro, porque a simulação processual “*raramente acontece nos nossos tribunais*”¹²², e, depois, porque “*mesmo na simulação civil, fenómeno bastante comum e praticado todos os dias, a simulação inocente é rara*”. Etribando-se nestes argumentos, e acrescentando que não há exemplos de simulação processual inocente na doutrina, conclui que a simulação no domínio do processo é sempre fraudulenta, i.e., que comporta sempre um *animus nocendi* direcionado a terceiros¹²³.

Este entendimento leva o autor a uma noção de simulação processual em que esta surge como necessariamente “*dirigida a enganar o tribunal e prejudicar terceiros*”¹²⁴. É uma conceção que deve ser rejeitada, não só pelos motivos que já avançámos contra a exigência do *animus nocendi*, mas também porque a eventual raridade da simulação processual inocente não equivale à impossibilidade da sua ocorrência.

De parte das críticas que tecemos à posição que defende a exigência da intenção de prejudicar terceiros deve também resultar claro que nos opomos, *de jure constituendo*, à introdução deste requisito. Cabe, porém, chamar a atenção

¹²⁰ Art.º 8.º CPC.

¹²¹ Art.º 7.º CPC.

¹²² Acaba por ressaltar, de forma algo contraditória, em nota de rodapé, que esta afirmação é feita “*face, muito naturalmente, ao movimento que os mesmos têm atualmente*” e que “*não deixa de ser um fenómeno bastante frequente, pelas impressões que recolhemos de pessoas ligadas ao meio jurisdicional*” (v. PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 95, nota 342).

¹²³ PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 95.

¹²⁴ PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 96.

para a Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a (ainda que haja caducado com a dissolução da AR em dezembro de 2021), na qual o comando ao juiz enunciado no art.º 612.º para reagir ao uso anormal do processo valeria, entre outras circunstâncias, para quando as partes tivessem simulado o litígio visando o prejuízo de terceiros¹²⁵.

Diferente do intuito de prejudicar é a efetiva concretização do prejuízo para terceiros (e que pode ocorrer com ou sem o *animus nocendi* por parte dos simuladores), que, contudo, também não é, nem foi alguma vez, requisito da simulação processual, por motivos idênticos (a começar pela falta de base legal), cuja repetição se mostra desnecessária, e também por à partida só ocorrer com a prolação da sentença.

Ainda assim, o efetivo prejuízo de terceiros já foi entendido como requisito da simulação processual em acórdão do TRP¹²⁶. Julgamos que este entendimento apenas pode ser explicado por uma confusão entre os pressupostos do recurso de revisão com fundamento em ato simulado das partes (que, à luz do art.º 698.º, 1., é instruído com a alegação do prejuízo resultante da simulação) e os pressupostos da simulação processual propriamente dita.

4.2.6. Noção adotada

Tratámos até aqui de abordar os vários pressupostos da simulação processual, aclarando o porquê de os entendermos como tal. De igual modo, percorremos algumas características que a simulação processual pode assumir, e em muitas

¹²⁵ A fraude processual, embora seja também uma situação em que as partes simularam o litígio, é mencionada à parte, na alínea c) do (proposto) novo art.º 612.º CPC, sem qualquer referência à necessidade de uma intenção de causar prejuízo. Se o legislador pretendia juntar o *animus nocendi* ao rol de requisitos da simulação processual, fazia efetivamente todo o sentido que uma tal mudança não se estendesse às hipóteses de fraude processual, em que o propósito das partes, além de enganar terceiros, é também, e sobretudo, contornar a lei.

¹²⁶ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1.

ocasiões assume, mas que não se verificam na totalidade dos casos. É assim chegada a altura de, a partir das aprendizagens daí retiradas e vendo a nossa tarefa facilitada por essa análise, fixarmos um conceito de simulação processual.

Entendemos que a simulação processual se traduz, em processo civil, na desconformidade entre o litígio exteriorizado e a sua verdadeira inexistência, por acordo oculto entre as partes (pelo menos um autor e um réu) e tendo em vista o engano de terceiros¹²⁷.

As chamadas situações de fraude processual – nas quais as partes, por acordo, se servem do processo de maneira a prosseguirem um objetivo ilegal, com base num litígio que não existe – são inteiramente reconduzíveis a esta noção.

Bem sabemos que vários autores encaram a simulação e a fraude no domínio do processo como fenómenos autónomos, ainda que com certas semelhanças¹²⁸. Fazem-no, por exemplo: JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹²⁹; também JOSÉ MIGUEL BEZERRA, JOSÉ SAMPAIO E NORA e JOÃO ANTUNES VARELA¹³⁰; igualmente JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE¹³¹; e, por fim, JORGE PAIS DE AMARAL¹³². Estamos também cientes de que o art.º 612.º CPC parece distinguir as situações em que as partes se serviram do processo para a prática de um ato simulado daquelas em que visaram alcançar um fim proibido por lei¹³³.

¹²⁷ Terceiros são à partida todas as pessoas estranhas ao pacto simulatório (e que não representem por sucessão quem nele tenha participado – v. *supra*, 4.2.4., c)), mesmo que também sejam partes. O juiz é igualmente visado, contanto que não participe no conluio.

¹²⁸ Aliás, ao estudarmos as várias noções de simulação processual propugnadas na doutrina, dividimo-las segundo este mesmo critério, *i.e.*, autonomizarem ou não a fraude relativamente à simulação. V. *supra*, 4.2.2.

¹²⁹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 101.

¹³⁰ JOSÉ MIGUEL BEZERRA; JOSÉ SAMPAIO E NORA; JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual...*, p. 695.

¹³¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código...*, vol. 2, pp. 726 e 727.

¹³² JORGE PAIS DE AMARAL, *Direito...*, p. 401.

¹³³ Na Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a – que, como dissemos *supra*, 3.7., caducou – surgiam também em alíneas distintas do prospetivo novo art.º 612.º CPC as situações em que “*partes simularam o litígio com o intuito de prejudicar terceiros*” (alínea a)) e aquelas em que “*alguma das partes procura (...) fraudar a lei ou conseguir um fim por ela proibido*” (alínea c)).

Julgamos, porém, que as situações de fraude processual se encontram totalmente contidas nas de simulação processual – opinião talvez minoritária, embora não completamente isolada¹³⁴.

Representam um caso particular, é certo, em que, mais do que para enganar terceiros, as partes recorrem ao processo civil como mecanismo para contornar a lei, tipicamente em busca de certos efeitos que, por outros meios (nomeadamente negociais) lhes estariam vedados. Não é, todavia, esta particularidade que leva as hipóteses de fraude processual a deixarem de ser, em simultâneo, também verdadeiros casos de simulação processual.

Há igualmente na fraude processual uma divergência entre o litígio exteriorizado pelas partes e a real ausência do mesmo (ou, pelo menos, a sua existência em moldes diferentes). Essa divergência é direcionada a enganar terceiros – ainda que de forma indireta, pois é certo que, em última análise, o objetivo está em contornar a lei. E tudo isto resulta de um acordo das partes. De resto, as consequências associadas à verificação da simulação e da fraude são precisamente as mesmas: o juiz deve obstar a uma e à outra, atendendo ao art.º 612.^{o135}.

A fraude processual, longe de ser uma figura de natureza diferente em relação à simulação processual, é uma mera sub-hipótese desta. Reúne todas as características da simulação, apenas lhe acrescentando um traço distintivo: as partes querem realmente para si os efeitos da sentença.

4.2.7. Comparação com a simulação civil e a fraude à lei

¹³⁴ V. *supra*, 4.2.2., b).

¹³⁵ A versão do art.º 612.º contida na Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a também atribuía uma única consequência às duas hipóteses: a extinção da instância por uso anormal do processo.

A simulação de negócios jurídicos é hoje regulada nos arts. 240.º a 243.º do CC português. À luz do art.º 240.º, 1. CC: “*se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado*”; e o negócio simulado é nulo, atendendo ao n.º 2.

Tem razão A. BARRETO MENEZES CORDEIRO quando sustenta que a simulação processual não se reduz a uma modalidade do regime constante do Código Civil e que “*embora partilhando algumas das características da simulação (substantiva), a simulação processual assume elementos muito próprios que a afastam do regime geral*”. Concordamos também com a diferença de amplitude entre uma e outra que é apontada por este autor, sendo de subscrever as seguintes palavras: “*enquanto que a simulação vício de vontade está circunscrita a maquinações para enganar terceiros, a simulação processual abarca ainda conluíus para contornar a lei, aspeto reservado, no Direito substantivo, para a figura da fraude à lei*”¹³⁶.

Muito embora tenha nascido e se tenha desenvolvido “à sombra” da simulação civil, figura já amplamente estudada, a simulação processual existe no domínio do processo, nunca se podendo confundir com um vício de vontade negocial¹³⁷.

O acordo entre as partes para enganar terceiros¹³⁸ é comum a ambas as modalidades de simulação; mas, se na simulação civil falamos de partes num

¹³⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *A Simulação...*, p. 144. Com efeito, ao passo que (em nosso entender) a simulação processual contém todos os casos de fraude processual, as figuras da simulação civil e da fraude à lei são muito distintas entre si. Basta ver que esta última, não se pautando pelos requisitos tradicionais da simulação, ocorre “*quando, usando a permissão conferida por uma norma, se praticam actos que visam um resultado proibido por outra norma*” (ANA PRATA e JORGE CARVALHO, *Dicionário Jurídico*, 5.ª ed., vol. 1, 2008, p. 690).

¹³⁷ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS nota que não são inadvertidamente aplicáveis ao processo civil os princípios por que se rege a simulação nos atos de direito privado (JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação...*, p. 219) e JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO lembra que as relações entre o juiz e as partes “*não são contratuais e sim de direito público*” (JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO, *A Simulação...*, p. 20).

¹³⁸ Ou, na formulação de ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “*criar uma falsa aparência no comércio jurídico*” (ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *A Simulação...*, p. 144).

negócio jurídico, na simulação processual estão em causa partes no processo civil.

Se na simulação civil se deteta uma divergência entre a *voluntas* que as partes no negócio exteriorizam nas suas declarações negociais e a sua *voluntas* real, o que há na simulação processual é uma divergência entre a vontade que as partes no processo manifestam (por intermédio da sua atividade litigiosa) e uma vontade interior, oculta, que não passa por litigar com a contraparte.

É ainda assim perfeitamente concebível – e, até, natural e frequente – que a simulação civil coexista com a simulação processual. Assim se passa se, por exemplo, Ofélia e Narciso estão conluiados com o fito de prejudicar credores daquela, e, em ação de reivindicação proposta por Narciso para colocar um bem de Ofélia “a salvo” na sua esfera jurídica, aquele junta aos autos prova documental de um negócio simulado entre ambos. Há neste exemplo duas simulações, uma civil e outra processual. São levadas a cabo com um objetivo comum, mas mantêm a sua natureza própria e correspondem-lhes sanções diferentes¹³⁹.

4.2.8. Modalidades

a) Quanto ao alcance pretendido para os efeitos da sentença

No que toca ao alcance que as partes conluiadas desejam atribuir aos efeitos da sentença, pode haver simulação *stricto sensu* ou fraude processual.

A simulação em sentido estrito verifica-se quando as partes pretendem que os efeitos da sentença se produzam apenas em relação a terceiros e não entre si. Se, por exemplo, Prudêncio e Teresa acordam que o primeiro intentará contra a

¹³⁹ O negócio simulado é nulo (art.º 240.º, 2. CC); quanto à reação ao processo simulado, v. *infra*, 5.3. a 5.6.

segunda uma ação de reivindicação, a fim de evitar que os credores de Teresa atinjam um bem em relação ao qual esta continuará a comportar-se como proprietária, o caso é de simulação *stricto sensu*.

Na fraude processual, o alcance que as partes desejam atribuir aos efeitos da sentença não se confina a terceiros: eles destinam-se a valer também *inter partes*. Assim se passa quando, por exemplo, Ulisses faz tenção de vender um bem a Vera, sua filha, mas não pode em virtude do condicionalismo imposto pelo art.º 877.º, 1. CC. Com o fito de escaparem à anulabilidade cominada pelo n.º 2 do mesmo artigo, combinam que Vera tratará de reivindicar o bem em juízo, alegando factos falsos (que o pai, a troco do preço acordado, não se dará ao trabalho de impugnar).

Alguns autores aplicam à simulação processual a distinção entre simulação absoluta e relativa, tradicionalmente feita no domínio do direito civil.

Para MANUEL DE ANDRADE, a simulação processual seria absoluta quando se destinasse a gerar uma simples aparência (por exemplo, destinada a defraudar credores) e relativa quando visasse encobrir o negócio que as partes realmente querem celebrar – “*que assim, de certo modo, querem que realmente valha entre elas a situação que viria a ser criada pela sentença*” (por exemplo, uma doação encoberta pela ação, com o desiderato de lesar herdeiros legitimários)¹⁴⁰.

FERNANDO LOPES DE MELO considerava de igual forma que haveria simulação absoluta quando esta visasse criar uma mera aparência, acrescentando que aqui o processo seria empregado “*com o fim de fazer julgar existente um estado jurídico que as partes entre si reconhecem inexistente*”, ao passo que na simulação relativa o processo encobriria um negócio efetivamente querido pelas partes, ou seja, empregar-se-ia o processo “*com o fim de conseguir o resultado prático correspondente a um negócio que não se pode validamente constituir ou que se quer esconder*”¹⁴¹.

¹⁴⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, p. 113.

¹⁴¹ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 84 e 85.

Esta é, a nosso ver, uma distinção imprecisa e assente numa equiparação indevida da simulação processual à simulação civil. Indagar se por detrás do negócio simulado há ou não um negócio dissimulado – *i.e.*, um que as partes realmente hajam querido celebrar – é uma operação que apenas tem fundamento quando se simulam, justamente, negócios jurídicos. Por isso, julgamos mais perfeita a distinção entre a simulação *stricto sensu* e a fraude processual, categorias que abarcam respetivamente, *grosso modo*, os casos que os autores pretendem integrar naquilo que apelidam de simulação absoluta e relativa.

b) Quanto ao intuito de prejudicar terceiros

Dissemos que a intenção de causar prejuízo a terceiros não é requisito da simulação processual. Na generalidade dos casos, porém, esse *animus nocendi* estará presente.

Quando as partes têm em vista prejudicar terceiros (além de os enganar), a simulação diz-se fraudulenta¹⁴². Por exemplo, Zulmira e Xavier são irmãos. Zulmira auferir um salário, mas tem vários credores a quem não pretende pagar; já Xavier está desempregado, mas livre de dívidas. Assim, combinam que Xavier moverá contra Zulmira uma ação de alimentos, que haverá de ganhar, lesando os credores.

Quando as partes se limitam a querer enganar terceiros, sem qualquer intenção de lhes causar prejuízo, a simulação é inocente.

A título de exemplo, Alice convenceu-se e sempre esperou que Benedita, sua tia e única parente viva, idosa e doente crónica de quem cuidou por muitos anos, lhe legaria um quadro valioso de que sempre gostou especialmente. Porém, Benedita prefere deixá-lo a Catarina, sua melhor amiga e dona de uma pequena loja de modas, que atravessa dificuldades financeiras.

¹⁴² Assim, FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 86 e 87 e MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, p. 113. Este último autor nota que a simulação processual é quase sempre fraudulenta.

Com o propósito de evitar ferir suscetibilidades, Benedita resolve fazer uma doação sub-reptícia a Catarina. Assim, fingem uma zanga e uma ação movida por Catarina, acabando esta por ficar com o quadro, alegadamente dado em penhor para garantir o pagamento do preço de uma série de artigos caríssimos entretanto desaparecidos.

Alice, que não é herdeira legitimária de Benedita, não sofre qualquer prejuízo jurídico nesta hipótese, visto que não se pode arrogar sobre o quadro qualquer direito ou expectativa digna de tutela jurídica.

Casos desta índole não ocorrerão com muita frequência, mas podem ainda assim verificar-se por variados motivos. No entender de FERNANDO LOPES DE MELO, quando as partes utilizam o processo para a prática de uma simulação inocente, “*são quase sempre levadas pelo intuito de pompa ou ostentação (honoris causa ou ad pompam)*”, ou, ainda, “*têm em vista fugir à malquerença dos seus parentes sucessíveis, embora estes não sejam seus herdeiros legitimários*”¹⁴³.

c) Quanto aos sujeitos simuladores

Se o juiz alinhar no pacto simulatório, somos colocados perante uma modalidade específica de simulação processual que se pode designar por simulação total¹⁴⁴. Caso contrário, a hipótese é de simulação pelas partes.

Em qualquer destas modalidades, pode haver a colaboração ou conivência de outros sujeitos, como por exemplo partes acessórias, representantes de menores ou maiores acompanhados, advogados, magistrados do Ministério Público, testemunhas ou peritos.

¹⁴³ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 89 e 90.

¹⁴⁴ Correspondente, na terminologia de PAULO CUNHA, à “*sentença simulada*” (PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 145).

4.2.9. Conceitos afins

a) A utilidade de estudar alguns conceitos afins

Demos já a entender que se instalou há muito uma certa confusão terminológica no tema que estudamos: empregam-se com frequência os mesmos termos para traduzir realidades diversas, ou então termos diferentes para designar fenómenos idênticos (a jurisprudência é particularmente inconsistente neste capítulo)¹⁴⁵. Por isso, procurámos explicar cuidadosamente os termos usados por alguns autores e o respetivo significado, expondo também a seguir com algum detalhe, na elaboração do nosso conceito de simulação processual, o que entendemos por cada uma das expressões que utilizámos.

Para além das figuras relacionadas com a simulação processual de que já nos ocupámos, há outras a que importa ainda fazer referência – por um lado, o dolo processual e a má-fé processual bilateral; por outro, o processo aparente e o processo impróprio. Colocamos por ora de parte o uso anormal do processo, a explicar no ponto seguinte, não obstante ser também ele um conceito afim relativamente à simulação processual.

b) O dolo processual bilateral e a má-fé processual bilateral

Na primeira metade do século XX, a simulação processual surgia amiúde ligada à ideia de dolo processual; de tal forma que, para melhor compreender a primeira figura, interessa conhecer o que foi escrito sobre a segunda.

STEFANO COSTA considerava que o dolo processual consistia em “*perverter, com a consciência disso, os elementos de facto que na relação processual se realizam a fim de permitir que o juiz decida a controvérsia, ou, em qualquer*

¹⁴⁵ V. *supra*, 4.1. e 4.2.3.

caso, emita a pronúncia judicial da sua competência”. Entendia o autor italiano que a ilicitude resultava aqui da deformação da livre manifestação de vontade do magistrado (corporizada na sentença)¹⁴⁶. Nesta linha, o dolo processual era por si encarado como vício da vontade judicial¹⁴⁷.

Por seu turno, UMBERTO GUIDO via o dolo processual como *“atividade enganatória posta em prática pelo litigante, tanto em relação ao pedido como à contestação; tendendo a mesma precisamente a provocar um errôneo convencimento do juiz”*¹⁴⁸.

Na doutrina portuguesa, PAULO CUNHA aceitava, na sua essência, a noção ventilada por STEFANO COSTA¹⁴⁹ e apontava como objeto do dolo a deformação do convencimento do tribunal. O tribunal era por si identificado como sendo sempre, em última análise, sujeito passivo desse dolo¹⁵⁰; a contraparte, sujeito passivo habitual; e os auxiliares do processo, sujeitos passivos eventuais.

Já FERNANDO LOPES DE MELO, numa fórmula relativamente próxima da aventada por UMBERTO GUIDO, entendia manifestar-se o dolo processual quando algum dos litigantes infringisse o dever de boa-fé ou de verdade a que se encontrava adstrito, ao tentar que o juiz proferisse uma decisão arredada da verdade e da justiça¹⁵¹.

O dolo processual podia assumir várias formas. Atentando na construção esquemática desenvolvida por PAULO CUNHA, não interessa ao nosso estudo o dolo unilateral (onde um dos litigantes agia por sua conta de má-fé, e onde é de concordar com o autor português quando afirmava que *"enquanto os litigantes (...) se mantêm realmente adversários e procuram ludibriar-se um ao outro, a gravidade do dolo encontra um antídoto de certo modo eficaz na própria*

¹⁴⁶ STEFANO COSTA, *Il Dolo Processuale in Tema Civile e Penale*, 1.ª ed., 1930, p. 54.

¹⁴⁷ STEFANO COSTA, *Il Dolo...*, pp. 10 ss.

¹⁴⁸ UMBERTO GUIDO, *Il Dolo Processuale Civile*, 1.ª ed., 1933, p. 38.

¹⁴⁹ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 44 e 45.

¹⁵⁰ O tribunal e não o juiz, repare-se, porque é aquele e não este a *“entidade abstrata que consubstancia a função estadual da justiça”* e também porque se não pode descartar a possibilidade, por rara que seja, de o juiz ser participante do conluio (PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 54, nota 1).

¹⁵¹ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 16 e 17.

*irredutibilidade das partes*¹⁵²), nem o dolo (tão-só) do próprio juiz¹⁵³, mas sim o dolo bilateral, definido por PAULO CUNHA como aquele em que *"as duas partes se concertam e de comum acordo põem o dolo em ação para imediatamente induzir em erro o juiz*¹⁵⁴ *e indiretamente atingir por esse meio qualquer fim diverso do fim normal do processo"*¹⁵⁵.

Na hipótese do dolo bilateral, como bem realçou FERNANDO LOPES DE MELO, o engano era diretamente dirigido ao tribunal (ao contrário do que se passava no dolo unilateral, dirigido à contraparte e só por via indireta ao tribunal)¹⁵⁶.

A expressão “dolo processual” acabou por cair em desuso. Os casos por ela abrangidos são, pela doutrina mais recente, enquadrados na má-fé processual bilateral. Por exemplo, MARTA FRIAS BORGES, ao parafrasear autores como PAULO CUNHA e FRANCESCO CARNELUTTI sobre este tema, substitui mesmo em múltiplas ocasiões a expressão “dolo bilateral” por “má-fé bilateral”¹⁵⁷, por sua vez identificando esta última com um acordo das partes para enganar terceiros ou fraudar a lei.

No seu entender, e de uma forma mais geral:

“O instituto da litigância de má-fé visa, efetivamente, sancionar comportamentos contrários ao princípio da boa-fé processual, embora exija que tais comportamentos sejam acompanhados por um específico animus da parte do agente. Ou seja, teremos litigância de má-fé apenas quando ao elemento objetivo

¹⁵² Note-se que podem ambos agir de má-fé, mas, se cada um agir por sua conta, não se verificando um conluio, o que temos não é um dolo bilateral e sim a soma de dois dolos unilaterais (nas palavras do autor, um dolo unilateral recíproco ou simultâneo, *“a luta intransigente, o dolo contra o dolo, a má fé oposta à má fé”*) – v. PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 55 e 56.

¹⁵³ Este seria reconduzível à figura do juiz *quid litem suam facit*, que maliciosamente profere uma sentença injusta (v. PAULO CUNHA, *Simulação*, pp. 53 a 55). Diferentes eram os casos de dolo total ou universal, isto é, em simultâneo das partes e do juiz.

¹⁵⁴ *Rectius*, o tribunal.

¹⁵⁵ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 50.

¹⁵⁶ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, pp. 17.

¹⁵⁷ MARTA FRIAS BORGES, *Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-Fé*, 2014, pp. 62 ss.

*traduzido nas diversas alíneas do art.º 542.º, n.º 2 [CPC], que concretizam um dever de honeste procedere, acresça um elemento de ordem subjetiva”*¹⁵⁸.

Ora, este elemento subjetivo pode ser um de dois indicados no art.º 542.º, 2.: o dolo ou a negligência grave.

Em suma, o dolo processual bilateral corresponde a uma categoria que se pode considerar já arcaica e que coloca a tónica no estado subjetivo do agente, muito embora esteja também intimamente relacionada com uma violação do princípio da boa-fé¹⁵⁹. A má-fé processual, noção marcante no atual Código, privilegia o ângulo da violação do princípio da boa-fé, pressupondo no entanto um elemento subjetivo – que, no caso da má-fé bilateral, será o dolo das partes¹⁶⁰.

Não julgamos, desta maneira, que sejam termos inteiramente equivalentes e que se possam usar e substituir de forma indiscriminada. Todavia, é verdade que abarcam, no essencial, o mesmo conjunto de situações.

c) O processo aparente e o processo impróprio

O processo aparente, como ensinava PAULO CUNHA, designa a utilização do processo para a constituição de negócios jurídicos, aplicação essa que é consentida pela própria ordem jurídica, servindo para colmatar as insuficiências desta¹⁶¹. Nas palavras de PEDRO MELANDA, “*tal como na simulação processual há um desvio da função normal de um processo, pois também aqui não há nenhum litígio a resolver*”¹⁶².

¹⁵⁸ MARTA FRIAS BORGES, *Algumas Reflexões...*, pp. 39 e 40.

¹⁵⁹ É a boa-fé que serve de mote e introdução a PAULO CUNHA para abordar o dolo processual – v. PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 17. ss.

¹⁶⁰ Aprofundaremos mais adiante este artigo e as noções de dolo e negligência grave aqui relevantes, a propósito dos meios de reação ao uso anormal do processo – v. *infra*, 5.5.1.

¹⁶¹ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 134 e 135.

¹⁶² PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 99.

Historicamente, a ideia estava presente na *in jure cessio* romana: o comprador de uma coisa reivindicava-a perante o magistrado a fim de obter um título, com o assentimento ou sem a oposição do vendedor¹⁶³. GIUSEPPE CHIOVENDA atribuía ao processo aparente uma importância puramente histórica¹⁶⁴, ao contrário de FRANCESCO CARNELUTTI, que no entanto exprimia preferência pela noção de processo impróprio, mais ampla e não confinada à celebração de negócios jurídicos¹⁶⁵.

PAULO CUNHA conjugou e reduziu este par de figuras (processo aparente e impróprio) a uma *“utilização das formas processuais, feita de harmonia com a própria lei, para atingir certos fins lícitos, em casos em que não há realmente controvérsia alguma a resolver”*, vendo-as porém como de escassa ou nula importância para o problema da simulação processual¹⁶⁶.

Com efeito, e para além de serem estranhas à nossa ordem jurídica, as figuras em causa não se confundem com a simulação processual, bastando constatar que não há no processo aparente nem no processo impróprio qualquer intuito enganatório das partes, além de que o desvio à normal função do processo é nelas consentido pela própria lei. Assim, o interesse em mencioná-las no nosso trabalho passa precisamente, e sobretudo, por vincar a sua diferença relativamente à simulação processual.

4.3. O uso anormal do processo

4.3.1. Nota prévia

¹⁶³ FERNANDO LOPES DE MELO, *Do Dolo...*, p. 96.

¹⁶⁴ *“O processo aparente é uma figura meramente histórica: é o emprego das formas processuais com o escopo de constituir negócios jurídicos, como modo, consentido pelo próprio direito, de suprir as suas deficiências.”* – GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii...*, 2.^a ed., 1923, p. 66.

¹⁶⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro...*, p. 17.

¹⁶⁶ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 136 ss.

Embora o uso anormal do processo seja o objeto do nosso estudo, cremos que a exposição anterior nos poupa à necessidade de nos alongarmos em explicações particularmente extensas para o delimitar. Com efeito, e como anteriormente referimos, esta é uma figura afim à simulação processual e muito próxima desta. Com isto, e pesando o lastro histórico associado à simulação, bem como a muito mais extensa produção doutrinária sobre aquela, julgámos mais conveniente abordá-la em primeiro lugar.

É chegado, contudo, o momento de responder a esta simples questão: em que consiste o uso anormal do processo?

4.3.2. Alguns sentidos da expressão

Num sentido lato ou impróprio, podem encontrar-se referências ao uso anormal do processo que o aproximam à má-fé processual ou o tornam equivalente a esta.

Veja-se, por exemplo, um acórdão do STJ que o imputa a um recorrente que, consciente da ausência de fundamento da sua posição, foi “*protelando infundadamente o término da lide, incorrendo em litigância de má-fé*”¹⁶⁷.

O acórdão dado como exemplo trata de um caso de má-fé processual conducente às sanções previstas em sede de litigância de má-fé – mais concretamente um caso típico do art.º 542.º 2., c) CPC, alínea em que se inserem comportamentos ligados a um uso manifestamente reprovável do processo, incluindo o entorpecimento da ação da justiça ou o protelamento do trânsito em julgado sem fundamento sério.

Seria excessivo afirmar que constitui um erro o emprego da expressão “uso anormal do processo” para nomear este tipo de situação; mas, em rigor, o que a

¹⁶⁷ Ac. STJ de 29/10/2020, n.º proc. 400/11.0TBCVL-E.C1.S1.

lei processual civil entende configurar um uso anormal diz respeito a um universo diferente, mais restrito, ligado apenas à má-fé processual bilateral.

Há ainda quem o qualifique como meio repressivo da simulação processual¹⁶⁸; não consideramos que assim seja, em rigor, pois o uso anormal do processo designa um comportamento das partes contrário à função do processo, não se confundindo com as consequências que a lei processual comina para quem assim aja – essas sim, um meio de reação.

Numa outra aceção, GIUSEPPE CHIOVENDA referia-se na década de 1920 aos “*destinos anormais do processo*” para abranger tanto o processo aparente como o simulado, tendo em vista o conceituado autor italiano os casos em que “*as partes utilizam o processo para uma finalidade diversa do seu destino fundamental*”¹⁶⁹ – quer o fizessem abertamente (com o consentimento da ordem jurídica) ou às ocultas (simulando o litígio). A expressão foi mais tarde lembrada por PAULO CUNHA¹⁷⁰, não sendo de descartar que possa ter estado na origem da epígrafe do atual art.º 612.º CPC.

4.3.3. Sentido estrito ou próprio

Afirmámos na parte inicial do nosso trabalho que o significado que nos interessa é o positivado no nosso Código. De resto, uma pesquisa jurisprudencial pela expressão revela que a generalidade dos acórdãos a emprega no sentido usado pela lei¹⁷¹. Ora, o uso anormal do processo é referido expressamente apenas uma vez no atual CPC: como epígrafe do art.º 612.º (correspondente ao

¹⁶⁸ PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 108 ss.

¹⁶⁹ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii...*, p. 66.

¹⁷⁰ PAULO CUNHA, *A Simulação...*, p. 191.

¹⁷¹ Por ex.: Ac. TRG de 28/09/2017, n.º proc. 4200/07.4TBGMR-A.G1; Ac. STJ de 24/05/2018, n.º proc. 412/12.7TBBRG-G.S1; Ac. TRE de 10/10/2019, n.º proc. 214/18.7 T8TNV.E1.

anterior art.º 665.º, que, como vimos, quase não sofreu alterações desde que foi introduzido em 1939).

Referindo-se o artigo às situações em que “*o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei*”, a primeira ilação a tirar é a seguinte: não há dúvidas – em face da redação do preceito, associada às necessidades de regulação a que veio dar resposta e às classificações doutrinárias que estudámos – quanto a ter-se pretendido abranger tanto a simulação *stricto sensu* como a fraude, perdendo assim alguma relevância a demarcação das fronteiras entre ambos os conceitos.

Em segundo lugar, concedemos que seja fonte de incerteza a questão do que se deva entender como dentro ou fora do conjunto de situações identificado, na medida em que o artigo pouco ou nada adianta sobre os requisitos da simulação processual. Cremos ter dedicado atenção bastante ao assunto, e expusemos já as nossas conclusões¹⁷².

Assim, o que resta verdadeiramente analisar é se, além da simulação processual (na qual incluímos a fraude), alguma outra realidade pode configurar uso anormal do processo em sentido estrito ou próprio, *i.e.*, nos termos e para os efeitos do art.º 612.º CPC. Por outras palavras, indagamos se faz sentido conceber situações de uso anormal do processo não reconduzíveis a uma divergência entre o litígio exteriorizado pelas partes e a sua verdadeira inexistência, por acordo oculto entre aquelas, visando enganar terceiros.

A nosso ver, a resposta é negativa; ou seja, entendemos que o conceito de simulação processual que adotámos esgota os casos previstos no art.º 612.º. Quem fala em simulação processual e quem se refere ao uso anormal do processo civil para a prática de um ato simulado ou para a obtenção de um fim proibido por lei está, no fim de contas, a contemplar a mesma realidade – muito simplesmente, fá-lo de pontos de observação distintos.

¹⁷² V. *supra*, 4.2.6.

Tratando-se com toda a propriedade de uma figura pertencente ao direito processual civil, a simulação processual tem fortes raízes no direito substantivo, evidenciadas pelos próprios requisitos da sua verificação, que são assaz semelhantes aos da simulação de negócios jurídicos. Situa-se na perspectiva do vício que inquina o processo, da *machinatio* entre as partes, da atividade enganatória em si.

A referência ao uso anormal do processo não apaga estes requisitos marcadamente influenciados pelo direito substantivo, mas evoca e enfatiza acima de tudo o principal motivo que torna um convênio deste teor absolutamente inaceitável aos olhos do ordenamento jurídico: o desvio que sempre importa à função normal e própria do processo civil. Embora o conjunto de casos abrangidos seja o mesmo (porque iguais são também os pressupostos), esta pode reputar-se uma perspectiva mais puramente processual, visto que encara o problema, acima de tudo, do ponto de vista da sua relevância para o processo e os fins deste.

É, aliás, ainda possível apontar uma terceira designação – a de má-fé processual bilateral – sem modificar o universo de casos abrangido. Esta não é mais ampla nem mais restrita do que o par de figuras que descrevemos, traduzindo, porém, uma terceira perspectiva sobre o assunto em mãos, na medida em que foca primacialmente a violação da boa-fé processual pelos litigantes.

Desta forma, a simulação processual e a má-fé processual bilateral são noções que poderiam constar do título do nosso trabalho em detrimento do uso anormal do processo. Preferimos, todavia, dar prevalência a esta última designação, não só por ser a escolhida pelo legislador, mas também por destacar o motivo da intolerabilidade destes comportamentos, e, por conseguinte, dos meios engendrados pela ordem jurídica para os combater – aspetos que estudaremos em maior detalhe nos pontos seguintes.

Julgamos útil ainda (apesar da sua caducidade) tecer algumas considerações sobre a Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a, em que se determinava, na nova redação

proposta para o art.º 612.º CPC, que o juiz extinguisse a instância por uso anormal do processo quando se preenchesse uma de três situações.

Na alínea a) encontrávamos a simulação com *animus nocendi* (“as partes simularam o litígio com o intuito de prejudicar terceiros”). A simulação inocente passaria aparentemente a escapar à sanção legal, pelo menos olhando à letra do preceito¹⁷³. Discordamos de uma alteração neste sentido¹⁷⁴, que aliás viria semear uma dúvida de complicada resolução sobre se a simulação inocente configuraria afinal um uso legítimo do processo, um uso anormal não sancionado ou um uso anormal sancionado aplicando o art.º 612.º por analogia¹⁷⁵.

A alínea b), totalmente inovatória, tinha em vista casos em que “alguma das partes exerce ou exerceu coação ou violência sobre uma outra parte”. Parecia ser o entendimento do legislador que uma tal situação levaria a que a vítima se sentisse condicionada nas suas atuações processuais – por exemplo, vendo-se dissuadida de responder a uma exceção sob ameaça de violência.

Estamos aqui fora do uso anormal do processo enquanto conluio, e, portanto, fora do alcance original do preceito, bem como do objeto direto da nossa análise. Pode naturalmente acontecer que situações de coação ou violência – embora não impliquem um conluio – “envenenem” a função do processo civil, sendo certo que a extinção da instância será a solução mais avisada para muitos desses casos. Mas também pode acontecer que, tendo sido uma parte alvo de coação ou violência, não haja isso condicionado a sua participação no processo – por exemplo, por não ter produzido qualquer efeito intimidatório. Aqui a prudência do juiz ditar-lhe-ia que deixasse o processo correr os seus termos, até para evitar

¹⁷³ A não ser que, no caso concreto, se pudesse qualificar também como fraude processual, pois aí a cominação não deixaria de se aplicar, por força da alínea c).

¹⁷⁴ Como explicámos *supra*, 4.2.5., e).

¹⁷⁵ Na nossa opinião, a simulação inocente, não deixando de desvirtuar a finalidade do processo civil, persistiria como uso anormal do processo e justificaria a aplicação do art.º 612.º por analogia.

que, nalgumas situações, acabasse premiada a parte de má-fé¹⁷⁶; porém, a Proposta referia-se em termos taxativos à extinção da instância.

Na alínea c) incluía-se a fraude processual como a conhecemos, mas também, mais uma vez extravasando o uso anormal como conluio, uma hipótese de atuação unilateral fraudulenta (*“alguma das partes procura, sozinha ou em conluio com outra ou outras, fraudar a lei ou conseguir um fim por ela proibido”*). A fraude de uma só parte, ou envolvendo apenas autores ou apenas réus, certamente também tem efeitos perniciosos no processo e implica um desvio à sua função. O seu tratamento a nível processual é útil também porque, no plano substantivo, a fraude à lei carece de apoio legal expresso.

Uma coisa é certa: as inovadoras alíneas b) e c), se vierem a consumir-se com uma eventual renovação da Proposta de Lei, representarão uma mudança importante que obrigará a repensar a própria noção de uso anormal do processo.

¹⁷⁶ Pense-se, por exemplo, num réu de má-fé em posição precária, que se daria por satisfeito com a absolvição da instância, furtando-se a uma quase certa condenação no pedido.

5. O COMBATE AO USO ANORMAL DO PROCESSO

5.1. A necessidade de prevenir e reagir perante situações de uso anormal do processo

5.1.1. O desvio à função do processo

Desde o início salientámos a gravidade da perturbação que os casos de acordo oculto das partes quanto ao mérito introduzem no processo. Começámos por explicitar a função e o objeto do processo civil, suscitando a seguir o problema da ameaça à justa composição do litígio, enquanto finalidade do processo, por um conluio entre o autor e o réu, *i.e.*, de as partes se servirem dos tribunais para a prossecução de fins estranhos à resolução de uma controvérsia¹⁷⁷.

Não o fizemos por acaso: o desvio à função normal do processo é apontado pela generalidade dos autores que estudaram o tema da simulação processual como consequência necessária desta e fundamento das soluções legais que a previnem e reprimem. Assim, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS¹⁷⁸, PAULO CUNHA¹⁷⁹, JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹⁸⁰ e, ainda, JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE¹⁸¹.

O que escreveram sobre a simulação é plenamente aplicável ao uso anormal do processo, não traduzisse este, como vimos, a mesma realidade, e sendo aliás uma designação que melhor ilustra o problema em causa e a razão de ele constituir uma situação patológica, a combater por todos os meios: os tribunais não podem compactuar com comportamentos das partes que coloquem

¹⁷⁷ V. *supra*, 2.1. e 2.2.

¹⁷⁸ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação...*, p. 219 (embora não aceitasse, em bom rigor, o termo “simulação processual” – v. *supra*, 4.2.1., b)).

¹⁷⁹ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 191 ss.

¹⁸⁰ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 101. Refere-se ao “*desvio do processo do fim normal e fisiológico para um fim anormal e desonesto*”.

¹⁸¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, *Código...*, vol. 2, p. 726.

em xeque a sua própria função no âmbito do processo civil, constitucionalmente consagrada, de dirimir os conflitos de interesses privados¹⁸². De outra forma converter-se-iam num mero joguete nas mãos dos particulares, de que estes usariam e abusariam a seu bel-prazer.

A isto acresce que os meios judiciais não são ilimitados – muito pelo contrário – pelo que uma ação simulada ou fraudulenta é uma ação que, de modo espúrio e com prejuízo para a realização da justiça, retarda o andamento de outras, em contravenção ao princípio da economia processual.

É, portanto, a usurpação dos fins do processo, associada à instrumentalização deste, que essencialmente despoleta e justifica a intervenção do legislador no sentido de combater ao máximo a realidade em estudo.

5.1.2. Outras razões sustentadas para a prevenção e repressão do uso anormal do processo

O desvirtuamento do instituto do caso julgado foi também associado por PAULO CUNHA à simulação processual, por se pretender com a simulação “*dolosamente fazer revestir da dignidade de res judicata uma situação que (...) [é] o produto direto e imediato da vontade arbitrária dos pseudo-litigantes, subrepticamente ministrado ao juiz em termos de ele não poder deixar de o acolher na sentença (...)*”. Ora, à sentença proferida nestas condições não deveria, no seu entender, competir uma força diferente em relação a qualquer outro ato jurídico; nesta linha, seria um motivo justificativo da ilicitude da simulação que se lhe afigurava, até, mais forte do que o próprio desvio funcional do processo¹⁸³.

¹⁸² Art.º 202.º, 2. CRP.

¹⁸³ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 193 e 194.

Há que conceder que com o trânsito em julgado, que importa a força obrigatória da decisão de mérito dentro do processo e fora dele (nos termos do art.º 619.º CPC), se consolida tendencialmente o fim que as partes visaram.

Mas constatar esta decorrência, por grave que seja, do conluio até então desconhecido não torna desde logo legítimo guindá-la a *ratio* dos meios contra o uso anormal do processo. Por que motivo é grave a hipótese de uma decisão resultante de um processo simulado adquirir força de caso julgado? Na verdade, ela é problemática tão-só na medida em que cristaliza os efeitos da usurpação do processo pelas partes; é, pois, aí que está o busílis.

Outro aspeto realçado pela doutrina é o esvaziamento prático do caráter contraditório do processo, o qual, para PAULO CUNHA, constituía mesmo o principal motivo da ilicitude da simulação processual.

No seu pensamento, as partes no processo civil, *“movidas, em regra, por fins alheios à ideia de justiça – conjugam sem querer os seus esforços para a efetiva realização dessa ideia, e inconscientemente se dedicam ao serviço dela”*¹⁸⁴. Naturalmente que o equilíbrio é destruído quando autor e réu surgem em tribunal conluídos, o que acarreta a *“plena inutilização desse princípio da contrariedade, que a lei cautelosamente organizou como garantia fundamental da realização dos fins do processo”*¹⁸⁵.

Podem encontrar-se raciocínios similares em textos de outros autores, como FRANCESCO CARNELUTTI¹⁸⁶ e MARTA FRIAS BORGES¹⁸⁷. Porém, uma vez mais, e embora a ausência de verdadeiro contraditório seja um traço distintivo importante do uso anormal do processo e o sintoma de um fenómeno patológico, julgamos que a raiz da “doença” está no desencaminhamento da finalidade do processo pelas partes. Como, aliás, se pode retirar da última afirmação de PAULO

¹⁸⁴ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 198.

¹⁸⁵ PAULO CUNHA, *Simulação...*, p. 201.

¹⁸⁶ O autor italiano adianta que *“enquanto for uma atividade de cada parte exercida por si mesma, o remédio natural contra a fraude é o contraditório”*, logo contrapondo que, na figura a que dá o nome de fraude bilateral, já não estão presentes os efeitos benéficos do contraditório, daí a sua especial perigosidade (FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro...*, p. 16).

¹⁸⁷ Para a autora, o contraditório vê-se reduzido a uma mera aparência (MARTA FRIAS BORGES, *Algumas Reflexões...*, pp. 62 ss.).

CUNHA que transcrevemos, o contraditório está ao serviço dos fins do processo (e não o contrário).

O mesmo se diga de outros sintomas – como o desprestígio dos próprios tribunais, apontado por JOSÉ BARBOSA DE MAGALHÃES¹⁸⁸.

5.2. Meios preventivos

No que concerne a meios preventivos do uso anormal do processo, FRANCESCO CARNELUTTI mostrava-se cético¹⁸⁹, tal como PAULO CUNHA. O autor português chegava a elencar algumas possíveis medidas:

*“(...) o interrogatório das partes pelo juiz, no começo da ação, sem a presença dos advogados; a audiência oficiosa dos familiares dos litigantes (...); a execução oficiosa e obrigatória das sentenças; a cominação de sanções penais para as partes, e eventualmente para os seus advogados (...)”*¹⁹⁰.

Contudo, como o próprio reconhecia, eram de uma forma geral soluções de duvidosa eficácia e difícil exequibilidade. A seu ver, o que existia e funcionava era a *“prevenção geral, resultante do risco de a simulação ser descoberta”*¹⁹¹.

Assim se passa ainda hoje. Não há receitas milagrosas para evitar as situações de uso anormal do processo; deste modo, a prevenção acaba por se deslocar para o campo dos meios repressivos, ou, melhor dizendo, estará relacionada com a percepção prévia dos litigantes acerca das sanções existentes

¹⁸⁸ JOSÉ BARBOSA DE MAGALHÃES, *A simulação fraudulenta, tanto de um acto jurídico substantivo como de um acto processual, não pode ser arguida por nenhum dos próprios simuladores*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, 1943, p. 103.

¹⁸⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Contro...*, p. 21.

¹⁹⁰ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 205.

¹⁹¹ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 204 e 205. A última asserção citada é subscrita em PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 107.

para este tipo de comportamentos, e, acima de tudo, com a probabilidade percebida de os subterfúgios serem descobertos.

Sob este prisma, o princípio do inquisitório¹⁹² desempenha um papel preponderante. É que, como salientam JOSÉ MIGUEL BEZERRA, JOSÉ SAMPAIO E NORA e JOÃO ANTUNES VARELA¹⁹³ – além de ANTÓNIO JOSÉ FIALHO¹⁹⁴ e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES¹⁹⁵ – os factos consubstanciadores do desvio da função processual estão inseridos no âmbito dos poderes de cognição oficiosa do juiz. Nem poderia ser de outra forma, sob pena de estas situações nunca serem desencapotadas e, num clima de impunidade, proliferarem.

5.3. O art.º 612.º CPC e a reação no decorrer do processo

5.3.1. A anulação do processo e a absolvição da instância como soluções concretamente aplicáveis

Deslocamo-nos, agora, para o plano dos meios repressivos. Historicamente, foram aventadas para o uso anormal detetado no decorrer do processo soluções como a absolvição do pedido¹⁹⁶ ou a absolvição da instância por ilegitimidade das partes¹⁹⁷.

¹⁹² À luz deste princípio, cabe ao juiz ordenar - mesmo *ex officio* – todas as diligências necessárias à descoberta da verdade e à justa composição do litígio (art.º 411.º CPC).

¹⁹³ JOSÉ MIGUEL BEZERRA; JOSÉ SAMPAIO E NORA; JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual...*, p. 695.

¹⁹⁴ ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Conteúdo e Limites do Princípio Inquisitório na Jurisdição Voluntária*, 2016, p. 66.

¹⁹⁵ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3.ª ed., 2017, pp. 42 a 44.

¹⁹⁶ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii...*, p. 66. Desta solução, no que ao direito português se referia, discordaram JOSÉ BELEZA DOS SANTOS (*A Simulação...*, p. 221) e PAULO CUNHA (*Simulação...*, pp. 207 a 209), por entenderem que a simulação processual levantaria um problema estranho ao mérito da causa e independente da relação material discutida, podendo até esta última existir tal como configurada pelos litigantes.

¹⁹⁷ PAULO CUNHA, *Simulação...*, pp. 211 ss.

O art.º 612.º CPC – que corresponde ao antigo art.º 665.º, na numeração prévia a 2013, e que continua localizado no capítulo relativo à elaboração da sentença – dispõe que, quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzirem a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objetivo anormal prosseguido pelas partes¹⁹⁸.

Esta norma, dirigida ao juiz, está pensada como meio de combater o uso anormal verificado na pendência da ação, evitando que o mesmo dê frutos sob a forma de uma decisão à medida dos interesses dos simuladores. Porém, e como aliás não surpreende, a opção do legislador por uma fórmula algo enigmática (“a decisão deve obstar ao objetivo anormal”), não se comprometendo quanto à maneira concreta de travar a maquinação, gerou algum debate na doutrina.

No entender de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ao juiz caberia anular o processo – isto porque, se fosse julgar improcedente a ação, nuns casos (aqueles em que as partes estivessem à procura de uma sentença de mérito absolutória) faria “*o jogo fraudulento das partes*” e noutros (aqueles em que as partes visassem a procedência da ação) adotaria uma solução que, embora obstasse ao objetivo anormal prosseguido, “*não se ajustaria rigorosamente nem aos termos do processo, nem à averiguação feita pelo tribunal*”¹⁹⁹.

Em particular no que respeita a este último grupo de casos, o autor parecia associar a sentença de mérito à prova produzida; ora, a fiar-se nesta, o juiz só

¹⁹⁸ No art.º 142.º do CPC brasileiro, adotou-se uma fórmula semelhante: “*Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé*”. Já, por exemplo, no ordenamento norte-americano, o art.º 3.º da Constituição dos EUA – que limita o poder dos tribunais federais à resolução de “*casos*” e “*controvérsias*” – tende a ser interpretado no sentido da necessidade de uma verdadeira disputa em que haja interesses conflituantes, sob pena de estarmos perante uma *collusive suit*, i.e., uma ação simulada (JONATHAN VARAT, *Collusive Suit*, in *Encyclopedia of the American Constitution* [em linha] [últ. acesso: 22/01/2022], disponível em: <https://www.encyclopedia.com/politics/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/collusive-suit>). No *leading case* EUA v. Johnson, 24/05/1943, n.º proc. 319 U.S. 302, entendeu-se que, por falta do conflito de interesses indispensável à integridade do sistema judicial, não há numa ação simulada lugar a um julgamento de mérito, ou seja, o tribunal deve proceder ao equivalente a uma absolvição da instância.

¹⁹⁹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 103.

poderia julgar a ação procedente (o que seria inaceitável). Por isso, concluía que a solução mais ajustada a todas as situações abrangidas pela norma seria anular o processo. Nesta linha, o juiz deveria limitar-se a constatar a tentativa de alcançar um fim anormal e a gorá-la mediante a anulação de todo o processo, abstendo-se de emitir uma decisão *de meritis*²⁰⁰.

A tese alternativa era a de que o juiz deveria, “*pelo menos como regra geral*”, declarar sem efeito o processo, recusando-se de igual maneira a pronunciar-se sobre o mérito. Esta solução foi preconizada por MANUEL DE ANDRADE. Curiosamente, o próprio JOSÉ ALBERTO DOS REIS parecia encará-la como admissível e chegou, a dada altura, a propô-la²⁰¹.

A maior parte da doutrina inclinou-se para o primeiro caminho. Nesta esteira, JOSÉ MIGUEL BEZERRA, JOSÉ SAMPAIO E NORA e JOÃO ANTUNES VARELA sustentaram a anulação oficiosa do processo (conducente à extinção da instância)²⁰², tal como JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, que justificam nestes termos a posição tomada:

“*Quanto à anulação do processo, embora sobre ela a lei nada diga, constitui racionalmente o efeito decorrente de o juiz constatar que a causa não tem como suporte um conflito de interesses e as partes pretendem atingir com ela uma finalidade diversa da função processual: sendo inadmissível a pronúncia duma decisão de mérito, a anulação de todo o processo vai conduzir à absolvição da instância*”²⁰³.

Também PEDRO MELANDA adere a esta posição, afirmando que a anulação do processo é uma exceção dilatória expressamente prevista na lei (o autor refere-se ao atual art.º 278.º, 1., b) CPC) e de conhecimento oficioso (atual art.º 578.º), ao passo que a hipótese sugerida por MANUEL DE ANDRADE carece de cobertura legal. Indica, contudo, a anulação apenas como um remédio geral,

²⁰⁰ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 103.

²⁰¹ MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares...*, p. 113 e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 103.

²⁰² JOSÉ MIGUEL BEZERRA; JOSÉ SAMPAIO E NORA; JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual*, p. 695.

²⁰³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ISABEL ALEXANDRE, vol. 2, pp. 727 e 728.

ou seja, abre espaço para outras soluções consoante as exigências do caso concreto. Por exemplo, numa hipótese de conluio entre o pai e a mãe de um menor para o fracasso de uma ação de investigação de paternidade, considera ditar a economia processual que o tribunal (no lugar de anular o processo e absolver o pai da instância) consinta que a ação prossiga, embora com a nomeação de um novo representante para o menor²⁰⁴.

MARTA FRIAS BORGES não mostra preferência por anular ou declarar sem efeito o processo, parecendo apresentar ambas as alternativas como viáveis, mas manifesta-se contra julgar a ação improcedente, para evitar favorecer os simuladores²⁰⁵.

A questão colocou-se outrossim perante os tribunais, que não a solucionaram em definitivo. Por exemplo, em acórdão do TRC, a anulação do processo foi apresentada como solução aceitável a par da declaração sem efeito do mesmo; o tribunal acabou por optar pela anulação, embora sem explicar porquê²⁰⁶.

Já noutro acórdão os juízes do TRE pareceram dar o seu aval à tese de que o juiz deveria declarar sem efeito o processo, mas decidiram em seguida *“não proferir decisão de mérito, declarando-se a nulidade do processo e a absolvição da instância”*²⁰⁷.

Noutro acórdão ainda, o uso anormal do processo foi em abstrato caracterizado como uma exceção dilatória inominada, implicando – por não se basear a causa num conflito de interesses – que o réu fosse absolvido da instância ou o processo fosse declarado sem efeito. Porém, na situação concreta, e ao contrário do que fora decidido na 1.^a instância, o TRL não só afastou a existência do conluio como acrescentou um dado interessante: ainda que o mesmo se verificasse, *“tal objectivo eventualmente prosseguido pelas partes seria votado*

²⁰⁴ PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, pp. 112 e 113.

²⁰⁵ MARTA FRIAS BORGES, *Algumas Reflexões...*, p. 64.

²⁰⁶ Ac. TRC de 15/05/2007, n.º proc. 1581/06.0TBPBL.C1.

²⁰⁷ Ac. TRE de 10/10/2019, n.º proc. 214/18.7 T8TNV.E1.

ao insucesso, por virtude da intervenção dos interessados, por efeito da sanção da preterição do litisconsórcio necessário”²⁰⁸.

Que posição tomar? Na verdade, o comando imposto ao juiz pelo art.º 612.º CPC é que, ao constatar o uso anormal do processo, obste ao objetivo ilegal prosseguido pelas partes. Ora, na maioria dos casos, a solução mais adequada a tal desígnio é a anulação do processo e a consequente absolvição da instância, pelos motivos que passamos agora a explicar.

De uma forma geral, não tem sentido nestas hipóteses a apreciação do mérito da causa, nomeadamente absolvendo o réu ou os réus do pedido. Uma sentença com tal teor corre, desde logo, o risco de nalguns casos entregar “de bandeja” aos simuladores uma improcedência por eles previamente acertada, não obedecendo ao art.º 612.º. Mas o problema de fundo – e que se faz notar ainda que as partes conluiadas queiram a procedência da ação – é que não se justifica a resolução pelo tribunal de uma controvérsia ficcionada.

Uma vez comprovado o desvio à função processual cometido pelas partes, não se entende que o juiz busque a justa composição de um litígio afinal inexistente. Nada justifica já que o processo prossiga e que o tribunal conheça do pedido. E, portanto, a hipótese não deixa ao juiz alternativa a não ser a anulação do processo; ou seja, verifica-se a exceção dilatória prevista nos arts. 278.º, 1., b) e 577.º, b) CPC, de conhecimento oficioso (à luz do art.º 578.º) e, porque insuscetível de ser sanada, conducente à absolvição da instância.

Declarar o processo sem efeito e absolver o réu ou réus da instância, como propugnado por MANUEL DE ANDRADE e admitido na doutrina e jurisprudência, tem o mesmo alcance prático e é, portanto, uma alternativa defensável na medida em que também rejeita o conhecimento do pedido. Entre as duas opções, porém, a que mais se adequa ao Código é a da anulação, atendendo à letra dos arts. 278.º, 1., b) e 577.º, b), que a nomeiam expressamente.

²⁰⁸ Ac. TRL de 09/11/2017, n.º proc. 3831/15.3T8LSB.L1-2.

A intervenção de terceiros não constitui uma verdadeira solução para o uso anormal do processo detetado pelo juiz²⁰⁹, apesar de num acima referido aresto do TRL essa via ter sido equacionada, a propósito de uma preterição de litisconsórcio necessário²¹⁰.

Ainda que, num determinado caso, pudesse à partida haver intervenção de um terceiro, tudo acabaria consumido pela anulação do processo. Como vimos, a sanção para o desvio da função do processo através de um conluio entre as partes é anular-se de imediato o processo; num tal cenário, a posterior intervenção do terceiro prejudicado é um ato inútil, contrário à economia processual e vedado pelo art.º 130.º.

Por outro lado, a mera intervenção do terceiro não resolve o problema: continuam a existir pelo menos um autor e um réu conluídos em juízo, comportamento que o tribunal não pode tolerar (olhando ao art.º 612.º) a partir do momento em que dele se convença²¹¹.

Na verdade, ao constatar que o processo está a ser usado para fins anormais, só é concebível que o juiz o deixe prosseguir em situações limite, em que haja fundadas razões para tal e nas quais simultaneamente seja possível obstar ao uso anormal. Releva aqui o exemplo, dado por PEDRO MELANDA, do conluio entre os pais do menor para o naufrágio de uma ação de investigação de paternidade, e em que, por imperativos de economia processual e de interesse do

²⁰⁹ Veja-se que o que estamos a discutir é a intervenção como modo de sanar o uso anormal do processo já detetado. Diferente é a situação em que o juiz não suspeita ou não está ainda convencido do uso anormal e o terceiro intervém precisamente para o arguir (já equacionámos este outro cenário *supra*, 3.4., a propósito do uso do incidente de oposição por um terceiro titular de um direito nalguma medida incompatível com o do autor), caso em que não se descortina qualquer obstáculo especial a que o terceiro intervenha nem a que argua o uso anormal (que pode, de resto, ser conhecido *ex officio*).

²¹⁰ Ac. TRL de 09/11/2017, n.º proc. 3831/15.3T8LSB.L1-2. O tribunal não chegou a testar a solução sugerida, dado que, em concreto, não concluiu pela existência de uso anormal do processo.

²¹¹ O art.º 106.º do CPC peruano, com a epígrafe “*Chamamento em caso de fraude ou colusão*”, prevê a citação oficiosa dos eventuais prejudicados a fim de que façam valer os seus direitos. Como nota GIOVANNI PRIORI POSADA, a norma não é clara quanto às consequências da intervenção ou ao que os chamados podem efetivamente fazer, além de peticionarem a nulidade de todo o processo ou uma indemnização em sede de responsabilidade civil (GIOVANNI PRIORI POSADA, *El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal*, in *Derecho & Sociedad*, n.º 30, 2008, p. 339).

menor, o prosseguimento da ação (com mudança de representante) se afigura melhor caminho do que a absolvição da instância²¹².

Em derradeiro lugar, podemos dar nota de que na Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a (caducada em dezembro de 2021, em virtude da dissolução da AR) se estabelecia que o juiz, em vez de proferir uma decisão que permitisse “*obstar ao objetivo anormal*” (como resulta da letra atual do art.º 612.º CPC), havia de “*extinguir a instância por uso anormal do processo*”.

A formulação proposta era mais clara do que a atual, sendo nesse aspeto de aplaudir. Não cremos, porém, que, do ponto de vista prático, alterasse sobremaneira as soluções já propostas na doutrina e ensaiadas pela jurisprudência. Com efeito, a circunstância de a instância se extinguir nestes casos decorre já, nos termos do art.º 277.º, a), da decisão do tribunal no sentido da absolvição da instância²¹³.

Em suma, a alteração seria sobretudo uma positivação do consenso relativo a que chegaram a doutrina e os tribunais, exprimível da seguinte forma: o modo de se obstar ao uso anormal descoberto na pendência do processo é, na generalidade das hipóteses, a absolvição da instância (que implica a extinção desta)²¹⁴.

5.3.2. A oportunidade para o exercício do art.º 612.º

²¹² V. *supra*, 5.3.1.

²¹³ Ensina JORGE PAIS DE AMARAL (*Direito...*, p. 187, nota 108): “*O julgamento como causa de extinção da instância não é, evidentemente, o julgamento de fundo (...). Trata-se, isso sim, de um julgamento de forma que se traduzirá na absolvição da instância. No artigo seguinte (...) são referidos os casos em que o juiz deve proferir esse julgamento*”. O artigo em causa é o atual art.º 278.º, que contém no n.º 1 um elenco exemplificativo de hipóteses conducentes à absolvição da instância.

²¹⁴ O novo texto poria, contudo, em crise soluções alternativas para casos muito particulares, que acabámos de exemplificar, em que se justificaria que o processo continuasse.

Quanto à oportunidade temporal para o exercício do poder que o art.º 612.º confere ao juiz, há que em primeiro lugar reafirmar a inserção do artigo, do ponto de vista sistemático, no capítulo que cura da elaboração da sentença.

JOSÉ ALBERTO DOS REIS, no contexto do Código de 1939, notava que a norma se referia à sentença final, a proferir após a audiência de discussão e julgamento, reforçando a seguir que *“quando o juiz se dispõe a lavrar a sentença (...) é que se lhe oferece o ensejo de dar cumprimento ao preceito”*²¹⁵.

Da mesma forma, JACINTO RODRIGUES BASTOS retira da localização do artigo a ideia de que o poder-dever em causa foi pensado para ser exercido na altura em que o juiz (não fosse o conluio) se dispusesse a proferir uma decisão de mérito²¹⁶.

Na nossa opinião, à luz da lei atual, e tendo em conta que o uso anormal do processo corresponde a uma exceção dilatória insuprível, o juiz que o identifique deve antes de mais dar cumprimento ao n.º 3 do art.º 3.º do CPC – isto é, em obediência ao princípio do contraditório, deve facultar às partes a oportunidade de se pronunciarem sobre a questão antes de a decidir. E, exercendo o poder que lhe é conferido pelo art.º 612.º, terá naturalmente de fundamentar a decisão tomada²¹⁷.

Levando isto em consideração, o despacho saneador, nos termos do art.º 595.º, 1., a), pode ser o momento para acionar o art.º 612.º e absolver o réu ou réus da instância na sequência da audiência prévia²¹⁸. Não obstante, o juiz pode aperceber-se (ou ver as suas suspeitas confirmadas) apenas mais tarde, havendo então lugar à audiência final, regulada nos art.º 559.º ss. CPC. Desde que siga os passos que enunciámos e considere ter reunido indícios suficientes para tal, o

²¹⁵ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, 106.

²¹⁶ JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Notas...*, p. 190.

²¹⁷ Conforme impõem os n.ºs 3 e 4 do art.º 607.º do CPC e o art.º 205.º, 1. CRP.

²¹⁸ A audiência prévia permitirá, neste caso, o exercício do contraditório quanto à exceção dilatória em causa, olhando ao art.º 591.º, 1., b).

tribunal pode a todo o tempo decidir pela existência de uso anormal do processo²¹⁹, retirando daí as consequências legalmente previstas.

Por fim, a letra da lei exige ao juiz uma “*convicção segura*” do acordo simulatório, possivelmente por haver entendido o legislador que lidamos com casos limite, para que reservou uma sanção gravosa, cuja aplicação carece de um juízo especialmente cuidadoso e fundado. Assim é, mas seria dispensável a referência expressa, que não aparenta ser mais do que um lembrete ou uma advertência ao juiz²²⁰. Porém, a jurisprudência já parece ter-lhe atribuído algum peso – por exemplo, o TRC entendeu, num dado caso, não se poder concluir de forma segura, com um “*convencimento fora de qualquer dúvida*”, pela construção de uma realidade fáctica falsa nos termos do artigo em análise, exigências que decorreriam deste²²¹.

5.3.3. A cognoscibilidade pelos tribunais superiores

Importa determinar se a prerrogativa atribuída ao juiz pelo art.º 612.º é exclusiva da 1.ª instância ou se a mesma – bem como o controlo do seu uso – cabem também, por via recursória, aos tribunais superiores.

JOSÉ ALBERTO DOS REIS entendia que os tribunais da Relação não só podiam exercer este poder como controlar o seu exercício pelo tribunal de 1.ª instância, invocando para tal o art.º 715.º do Código de 1939. Este artigo mandava aplicar aos acórdãos da Relação vários preceitos relativos à elaboração da sentença, entre os quais o art.º 665.º (correspondente ao atual art.º 612.º). No tocante ao STJ, o autor – após haver originalmente defendido que não lhe dizia

²¹⁹ Até à extinção do poder jurisdicional, que ocorre quando a sentença é proferida, nos termos do art.º 613º, 1. CPC.

²²⁰ Aliás, foi suprimida na entretanto caducada Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª, que se referia tão-só aos casos em que o juiz se apercebesse das situações elencadas.

²²¹ Ac. TRC de 20/11/2012, n.º proc. 1423/11.5TBGRD.C1.

respeito pronunciar-se sobre o uso anormal (por ser uma questão de facto, e, portanto, extravasar a competência do Supremo) – mudou de opinião, afirmando: *“É certo que se trata de uma questão essencialmente de facto; mas de facto instrumental, que não se pode reputar alheia à competência do Supremo (...)”*²²².

As mesmas conclusões foram atingidas por JOSÉ MIGUEL BEZERRA, JOSÉ SAMPAIO E NORA e JOÃO ANTUNES VARELA após a reforma de 1961: quanto à 2.^a instância, argumentando com o art.º 713.º, 2. dessa mesma codificação (que, tratando da elaboração do acórdão em sede de recurso de apelação, simplesmente remetia para um rol de artigos – entre os quais o art.º 665.º, sobre o uso anormal do processo); quanto ao Supremo, sustentando que o referido artigo também se aplicava à revista e que *“a determinação das espécies abrangidas pelo artigo 665.º (...) envolve no seu aspeto fundamental uma verdadeira questão de direito e não uma simples questão de facto”*²²³.

Na legislação atual, o art.º 663.º, 2., acerca da elaboração do acórdão em sede de recurso de apelação²²⁴, determina a observância, na parte aplicável, dos arts. 607.º a 612.º. Esta remissão expressa para o art.º 612.º não deixa margem para dúvidas: os tribunais da Relação têm o poder de detetar e obstar ao uso anormal do processo (ou fiscalizar o uso deste poder pela 1.^a instância). Não se compreenderia, aliás, que dele não dispusessem, atentos os efeitos nefastos que o uso anormal pode provocar na ordem jurídica.

Quanto ao STJ, a circunstância de a revista tendencialmente se ver circunscrita a questões de direito²²⁵ não obsta a que o tribunal detete o uso anormal do processo, enquadrando nesta figura jurídica a factualidade provada e todo o circunstancialismo da causa. De resto, o art.º 679.º remete para as normas da apelação como regime subsidiário – as quais, como vimos, remetem por seu turno para o art.º 612.º.

²²² JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 107.

²²³ JOSÉ MIGUEL BEZERRA; JOSÉ SAMPAIO E NORA; JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual...*, p. 695.

²²⁴ Correspondente ao art.º 713.º, 2. do anterior Código.

²²⁵ Art.º 674.º, 3. CPC.

Seja como for, desde os primórdios da vigência do Código de 1939 que os tribunais superiores, incluindo o STJ, se julgaram competentes nesta matéria²²⁶, orientação que se mantém sem que o ponto seja em regra sequer discutido²²⁷.

5.3.4. A arguição pelas partes conluiadas

Podem as partes conluiadas, durante a ação²²⁸, arguir o uso anormal? Levando em conta que este corresponde a uma exceção dilatória de conhecimento oficioso, temos de concluir que sim. Desta forma, a qualquer momento no decorrer do processo, uma parte que integre o conluio pode dar nota deste ao juiz – que, no caso de entender verificar-se a exceção, irá à partida anular o processo e absolver o réu ou réus da instância²²⁹.

Pode o juiz, todavia, dependendo das circunstâncias, deixar o processo prosseguir após uma parte invocar o uso anormal – por exemplo, por não estar convencido da situação ou por haver mais autores ou réus além dos conluiados.

²²⁶ Assim dá a entender JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. 5, p. 107. V. também, por ex., o Ac. STJ de 08/04/1947, n.º proc. 53479 (com a ressalva de que “*esta questão tem de ser apreciada e decidida perante os factos que os tribunais de instância consideram verificados*”).

²²⁷ V., apenas a título exemplificativo: Ac. STJ de 04/05/2010, n.º proc. 1/2001.C6.S1; Ac. TRL de 09/11/2017, n.º proc. 3831/15.3T8LSB.L1-2; Ac. TRE de 10/10/2019, n.º proc. 214/18.7 T8TNV.E1.

²²⁸ Após o trânsito em julgado, a arguição do uso anormal do processo por algum dos participantes no conluio (num recurso de revisão com fundamento em uso anormal do processo) não é admitida – v. *infra*, 5.4.3.

²²⁹ Acerca deste assunto, v. JOSÉ BARBOSA DE MAGALHÃES, *A Simulação Fraudulenta...*, p. 111. O autor opôs-se com veemência à arguição do vício da simulação processual pelos simuladores. Em particular no que respeitava à arguição no decorrer do processo, afirmou que a simulação ainda não estaria nessa fase consumada e que seriam raros os casos em que, antes de a simulação produzir efeitos, alguma parte conluiada quisesse impedir esses efeitos de se produzirem – o que se compreende, mas por si não responde à questão. Referia-se também a uma desnecessidade de recorrer ao juiz para obstar à maquinação, podendo a parte “*proceder de maneira a conseguir esse objectivo*”. É certo que o simulador-autor poderia simplesmente desistir da ação, mas não se vê por que motivo não poderia também, em alternativa, admitir a simulação processual.

5.3.5. A inaplicabilidade ao processo executivo

Até aqui, temos vindo a estudar o art.º 612.º CPC no âmbito do processo declarativo. Ora, uma questão que tem aflorado nos últimos anos na jurisprudência é se a norma é extensível aos processos de execução, e, se sim, em que termos.

Neste capítulo, a resposta dada há muito por JOSÉ ALBERTO DOS REIS é negativa, justificando-a o autor com a circunstância de o então art.º 665.º, correspondente ao atual art.º 612.º, se dirigir ao juiz no momento em que se prepara para decidir sobre o mérito. Assim:

“Só poderá aplicar-se à acção executiva, quando nesta se deduzam embargos; como estes têm a mesma índole da acção declarativa enxertada no processo executivo, pode suceder que, ao decidir os embargos, o juiz reconheça que embargante e embargado se serviram do processo de embargos para praticar o acto simulado ou conseguir fim ilegal. Aplicará então, com todo o fundamento e acerto, o art. 665º. Fora este caso, só por analogia, aliás muito duvidosa, é que poderá invocar o artigo no processo de execução”²³⁰.

Porém, e ainda que o tenha feito numa consideração tecida *a latere*, o STJ já admitiu a aplicação do preceito ao processo executivo:

“Se for levado ao conhecimento do tribunal ou este se aperceber que entre exequente e executado se estabeleceu conluio, máxime em prejuízo de terceiros, deve o mesmo, à sombra do disposto no art.º 665 CPC, obstar a que dele possa resultar qualquer efeito. Actuação a tomar no processo onde se verifique uma tal situação”²³¹.

²³⁰ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código...*, p. 112.

²³¹ Ac. STJ de 24/09/2002, n.º proc. 02A2182.

Sucedee que uma série de acórdãos prolatados nos últimos anos têm retomado e enriquecido com novos argumentos a tese original de JOSÉ ALBERTO DOS REIS.

No primeiro desta linha jurisprudencial, os magistrados do TRG principiaram por salientar que a ação executiva não está concebida para declarar um direito, e sim para efetivar o direito a uma prestação, trabalhando com base na segurança conferida por um título executivo²³², sendo portanto insuscetível de ser manipulada para se alcançar um resultado real distinto do aparente ou uma finalidade vedada por lei.

Entenderam também que, no fim de contas, o que o requerente do incidente de uso anormal pretendia era a anulação do negócio subjacente ao título, efeito apenas atingível por outra via – a de uma ação declarativa autônoma em que se pedisse essa mesma anulação.

Em terceiro lugar, assinalou o tribunal que, ao anular-se o processado, estar-se-iam a paralisar os efeitos da execução sem que se visse reconhecida em ação declarativa a invalidade do negócio subjacente, desta forma:

“(...) colocando em questão a correspondência entre o direito material (...) e o direito de ação (...), pois não obstante o exequente ter o seu direito (aparentemente) reconhecido naquele documento dado à execução, ver-se-ia impedido de o poder realizar coercivamente através do património da executada, o que é de rejeitar”.

Com isto, concluiu pela inaplicabilidade do art.º 612.º ao processo executivo, excetuando apensos declarativos.

A posição acima referida mereceu concordância expressa em ulterior acórdão do TRP, embora sem aplicação direta neste, por estar em causa um problema jurídico diferente (relacionado com a admissibilidade do recurso de

²³² Ac. TRG de 28/09/2017, n.º proc. 4200/07.4TBGMR-A.G1.

revisão por uso anormal do processo como meio de reagir a atos praticados numa execução já extinta)²³³.

Noutro acórdão do TRP sustentou-se essa mesma tese²³⁴, argumentando-se ainda da seguinte maneira: o art.º 612.º dirige-se ao juiz quando se prepara para decidir do mérito; ora, mesmo a antiga sentença de extinção da execução não formava caso julgado material²³⁵, e, nos dias que correm, a ação executiva extingue-se até de forma automática, nos termos do art.º 849.º, 1. CPC. Desta maneira, o tribunal terá negado a aplicação do art.º 612.º ao processo executivo propriamente dito por deste não resultar caso julgado material, razão pela qual desmereceria a tutela da referida norma.

É de mencionar ainda um acórdão em que o TRE admitiu como causa de suspensão da instância executiva a existência de indícios de uso anormal do processo, quando a validade do título executivo já esteja a ser discutida em ação declarativa pendente²³⁶, contrariando anterior aresto do TRC²³⁷.

Conforme se defendeu no referido acórdão do TRE, embora a decisão da causa não dependa do julgamento de outra já proposta – o que inviabiliza a suspensão com base no art.º 272.º, 1., 1ª parte – nada impede, à luz da 2.ª parte deste preceito, que ocorra “*outro motivo justificado*”.

Ora, o tribunal entendeu ser esse o caso, visto existirem, atendendo ao caso concreto, indícios de uso anormal – uma questão a ser para si esclarecida na ação declarativa pendente, onde “*o que se discute é a própria validade do título executivo*”. Notou ainda que, confirmando-se a utilização indevida do processo, a execução não poderia prosseguir.

²³³ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1. Sobre o cabimento da revisão nestes casos, v. *infra*, 5.4.7.

²³⁴ Ac. TRP de 11/02/2020, n.º proc. 1456/13.7TBMCN-A.P1.

²³⁵ O mesmo é dizer que lhe não era reconhecida força obrigatória fora do processo em que fosse proferida. Esta sentença estava prevista no art.º 919.º, 2. do antigo CPC antes da reforma operada pelo DL n.º 38/2003, de 8 de março, que a eliminou.

²³⁶ Ac. TRE de 12/10/2017, n.º proc. 49/12.7TBETZ.E1.

²³⁷ Ac. TRC de 19/10/1999, n.º proc. 1525/99.

Já no Brasil a doutrina parece encarar com naturalidade a hipótese de uso anormal do processo de execução. Assim, FLÁVIO LUIZ YARSHELL²³⁸ e ANDRÉ CARRADITA²³⁹.

Perante o quadro doutrinário e jurisprudencial que traçamos, como decidir quanto à possibilidade de invocar o art.º 612.º CPC no contexto da ação executiva, ou pelo menos, quanto ao cabimento de uma suspensão da instância?

Antes de mais, recuando, há que perguntar se é concebível que as partes, mediante um conluio, se aproveitem do processo executivo para fins que lhe são estranhos. A resposta a esta questão é, para nós, indubitavelmente afirmativa. Basta imaginar, por exemplo, um processo em que Joaquim pretende furtar-se a saldar certas dívidas, convidando a sua prima Lara a, munida de um título executivo resultante de simulação substantiva e/ou uso anormal do processo declarativo, mover contra si uma execução.

As finalidades do processo são postas em causa e usurpadas, isto porque o processo executivo se encontra vocacionado a “*providenciar pela realização coativa de uma prestação devida*”²⁴⁰ e não a enganar terceiros usando de astúcia. Assim, não se pode afirmar que a ação executiva seja insuscetível de um uso anormal. Daqui, porém, também não decorre de forma automática que se aplique o art.º 612.º.

A este artigo, porque enquadrado no Livro III do CPC (que trata do processo de declaração), estender-se-ia à partida a remissão do art.º 551.º CPC, onde se estabelece a subsidiariedade do processo declarativo em relação ao executivo. O legislador remete apenas, porém, para as normas “*que se mostrem compatíveis com a natureza da ação executiva*”. Será o caso?

²³⁸ FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Simulação e Processo de Execução*, in *Processo de Execução e Assuntos Afins*, 1.ª ed., 2006, pp. 226 ss.

²³⁹ ANDRÉ CARRADITA, *Abuso de Situações Jurídicas Processuais no Código de Processo Civil*, 2013, p. 192. O autor escreve mesmo que, no processo executivo, o problema é mais alarmante “*em razão dos efeitos práticos que a tutela jurisdicional executiva pode gerar (...), os quais favorecem bastante quem pretenda utilizar o processo para lesar interesses de terceiros*”.

²⁴⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Executiva – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª ed., 2017, p. 16.

Julgamos que não. Mais do que discutir qualquer outro aspeto – como a redação do preceito, a sua localização sistemática ou a própria existência no processo executivo de decisões de mérito ou que formem caso julgado material – é decisivo o seguinte: o título executivo faz presumir que existe e está em condições de ser exigida a obrigação exequenda. Este é um raciocínio que a ação executiva dificilmente poderia dispensar sem se tornar morosa e atreita a contradições com a realidade substantiva (e, inclusive, com decisões judiciais transitadas em julgado).

Como ensina JOSÉ LEBRE DE FREITAS, o juiz pode conhecer de uma desconformidade entre o título e a realidade substantiva desde que aquela seja de conhecimento oficioso e resulte “*do próprio título, do requerimento inicial de execução, dos embargos de executado ou de facto notório ou conhecido pelo juiz em virtude do exercício das suas funções*”, mas não pode ir mais longe do que estes (muito limitados) casos²⁴¹. A verdade é que, na prática, será deveras improvável que consiga descortinar qualquer simulação com base (apenas) no próprio título ou nos restantes aspetos elencados – o que não deve ser visto como uma situação indesejável, pelas razões que procurámos deixar claras no parágrafo anterior.

Atingimos, assim, a mesma conclusão defendida nos recentes acórdãos do TRG e TRP: o art.º 612.º não tem aplicabilidade ao processo de execução. Naturalmente, não quer isso dizer que os conluíus tenham por esta via livre-trânsito para, impunes, grassarem, pois os terceiros interessados encontram na ação declarativa o meio de impugnar os negócios simulados, e, bem assim, no recurso de revisão a forma de atacar as decisões em ações simuladas.

Mais: na nossa opinião, como decidido no acórdão do TRE mencionado *supra*, é de admitir nos casos de pendência do processo de declaração, por imperativos tanto de justiça como de economia processual, que se suspenda a ação executiva conquanto seja constatada pelo juiz a presença de indícios

²⁴¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Executiva...*, pp. 90 a 92.

adequados a, no mínimo, despoletarem uma suspeita forte de uso anormal do processo. A nosso ver, esta possibilidade deveria ser aditada ao art.º 272.º, 1.

5.4. O recurso de revisão com fundamento no uso anormal do processo

5.4.1. O recurso extraordinário de revisão: generalidades

O recurso de revisão está regulado nos arts. 696.º ss. CPC. Trata-se de um recurso extraordinário, como resulta do art.º 627.º, 2., por ser interposto após o trânsito em julgado²⁴² da decisão recorrida. De acordo com o art.º 697.º, 1., essa interposição ocorre no próprio tribunal que proferiu a decisão a rever.

Comporta uma fase rescindente, em que se verifica se existe fundamento para a revisão; e uma fase rescisória, em que se dá uma “*ressuscitação da instância (expurgada da falsidade que a inquinou)*”²⁴³. Atendendo à sua estrutura peculiar, é discutido se se trata de um recurso ou de uma ação²⁴⁴.

5.4.2. O “ato simulado das partes” enquanto fundamento de revisão

²⁴² Note-se que uma decisão se considera transitada em julgado quando se torne insuscetível de recurso ordinário ou reclamação, olhando ao art.º 628.º.

²⁴³ Ac. STJ de 02/06/2016, n.º proc. 13262/14.7T8LSB-A.L1.S1. A fase rescisória, contudo, não se mostra particularmente adequada ao uso anormal do processo – v. *infra*, 5.4.5.

²⁴⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Recurso Extraordinário: Recurso ou Acção?*, in MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA; PAULA COSTA E SILVA; RUI PINTO, *As Recentes Reformas na Acção Executiva e nos Recursos*, 1.ª ed., 2010, p. 19. O autor acaba por qualificá-lo como figura híbrida. Abordando também a proximidade do recurso de revisão à ação declarativa em termos de estrutura e princípios, v. Ac. STJ de 22/09/2021, n.º proc. 373/15.0T8AMT-D.P1.S1.

Na alínea g) do art.º 696.º, permite-se a revisão de uma sentença transitada em julgado quando o litígio haja assentado sobre “*ato simulado das partes*” e o tribunal não tenha feito uso do poder previsto no art.º 612.º, por se não ter apercebido da fraude²⁴⁵. Importa, então, precisar o que se deve entender neste contexto por litígio assente sobre ato simulado.

Em primeiro lugar, não está em causa a simulação de um contrato. Este fundamento é idêntico ao do antigo recurso de oposição de terceiro, e, tal como se passava neste, o que é simulado é um processo. Foi neste sentido que se pronunciou o STJ²⁴⁶; de resto, o art.º 698.º, 1. (que cuida da instrução do requerimento) menciona expressamente uma simulação processual.

Julgamos – sem deixar de ter em mente que o elenco de fundamentos da, revisão é taxativo (atente-se no advérbio “*só*”) e deve ser alvo de uma interpretação estrita²⁴⁷ – que o legislador quis abranger a simulação em sentido amplo, equivalente ao uso anormal do processo, e não apenas a simulação *stricto sensu*. Por certo, atendendo nomeadamente ao igual tratamento no art.º 612.º, não terá pretendido desproteger terceiros em casos de fraude processual²⁴⁸. Assim se decidiu em acórdão do TRP²⁴⁹.

O emprego da expressão “*por se não ter apercebido da fraude*” é algo problemático. Terá o legislador pretendido obstar ao recurso de revisão quando o uso anormal já haja sido discutido no processo?

²⁴⁵ O fundamento corresponde ao que, dantes, abria a porta à oposição de terceiro. Sobre este recurso, abolido na reforma de 2007, v. *supra*, 3.4. e 3.5.

²⁴⁶ Ac. STJ de 24/05/2018, n.º proc. 412/12.7TBBRG-G.S1.

²⁴⁷ É o que resulta do Ac. STJ de 18/09/2007, n.º proc. 07A2203, em nome da segurança jurídica (limitando as exceções à intangibilidade do caso julgado).

²⁴⁸ Não se trata aqui de uma interpretação extensiva, mas de uma simples escolha, entre os sentidos literais possíveis, do mais coerente com o sistema e consentâneo com o espírito do preceito.

²⁴⁹ Ac. TRP de 13/09/2016, n.º proc. 1871/10.8TBVCD-C.P1. Neste acórdão, a que já aludimos (v. *supra*, 4.2.4., a)), é também útil registar que o tribunal caracterizou como “*litígio totalmente assente sobre ato simulado das partes*” – e subsumiu à alínea g) – um caso no qual um dos réus, apesar de não ter participado na simulação (e, aliás, a ter desconhecido), também dela não se demarcou, havendo subscrito uma falsa contestação e assim colaborado de forma ativa “*no erigir desse falso litígio*”. O argumento é o de que a lei se refere ao litígio e não ao comportamento individual das partes, o que nos parece de secundar.

ARMINDO RIBEIRO MENDES entende que sim²⁵⁰. JOÃO DE CASTRO MENDES e JOSÉ LEBRE DE FREITAS consideram que não, rejeitando que a satisfação do interesse do terceiro lesado fique entregue ao ocorrido num processo em que não interveio²⁵¹.

Por um lado, observando o elenco de fundamentos deste recurso, poderá estranhar-se a abertura de uma exceção à intangibilidade do caso julgado por conta de uma questão previamente discutida. Por outro lado, o conluio tanto passa despercebido ao juiz quando não é debatido como quando, sendo debatido, o tribunal o não considera provado. Mas julgamos que o argumento decisivo é o da não desproteção do terceiro que não interveio. Será, assim, mais prudente admitir o recurso.

De qualquer forma, o preceito beneficiaria de uma clarificação, até porque o sentido mais literal parece deixar de fora os casos precisamente mais graves – ou seja, os de participação do próprio juiz (que, como é evidente, se apercebe aí do sucedido) – obrigando-nos o elemento teleológico, quanto a esses casos, a uma interpretação extensiva²⁵².

5.4.3. A legitimidade para recorrer: o terceiro prejudicado pela sentença

Atendendo à parte inicial do art.º 631.º, 3. CPC, encontra-se legitimado para o recurso de revisão com fundamento no uso anormal do processo qualquer terceiro prejudicado com a sentença. O prejuízo é alegado pelo recorrente, a par dos factos constitutivos do uso anormal do processo, no requerimento de

²⁵⁰ ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Direito Processual Civil III*, 1.ª ed., 1972, p. 514, nota 1.

²⁵¹ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil: Recursos*, 1.ª ed., 1972, p. 107 e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Confissão...*, p. 748, nota 49.

²⁵² Embora, como dissemos, os fundamentos de revisão devam em geral ser interpretados estritamente, qualquer outra leitura seria manifestamente injusta e incompreensível.

interposição do recurso, segundo o art.º 698.º, 1. Ao requerimento deve juntar-se, atendendo ao n.º 2, a certidão da decisão revidenda.

Desde logo, a alusão a uma “sentença” no n.º 3 do art.º 631.º não deve ser tida como excludente dos acórdãos, olhando ao regime deste recurso, e, em particular, ao art.º 696.º, que elenca os fundamentos à luz dos quais uma “*decisão transitada em julgado*” pode ser objeto de revisão. Conforme explica ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, “*o recurso de revisão pode incidir sobre qualquer decisão judicial, independentemente da sua natureza ou objeto, e da categoria do tribunal de que emana (...)*”²⁵³.

Já tratámos, a propósito do antigo recurso de oposição de terceiro, a questão de saber quem é terceiro relativamente à decisão em crise; aderimos à posição de JOSÉ ALBERTO DOS REIS (corroborada por JOSÉ LEBRE DE FREITAS) de que terceiro é quem não interveio no processo nem nele decaiu²⁵⁴. Dado que a função da revisão com fundamento no uso anormal do processo é essencialmente idêntica à outrora desempenhada pela oposição de terceiro, assim como são similares as expressões utilizadas antes da reforma de 2007, no então art.º 778.º, 1. (“*terceiro que com ela [decisão final] tenha sido prejudicado*”), e após a mesma (“*qualquer terceiro que tenha sido prejudicado com a sentença*”), não há que alterar a orientação adotada.

Quanto à natureza do prejuízo exigido, remetemos também para os argumentos apresentados e a conclusão atingida a propósito da oposição de terceiro: estão em causa terceiros abrangidos pela eficácia reflexa do caso julgado, prejudicados nos seus interesses patrimoniais (e não terceiros titulares de direitos incompatíveis com o reconhecido no processo)²⁵⁵.

A redação dos arts. 631.º, 3., 696.º, g), e 698.º, 1. (onde há a referência apenas a um prejuízo) leva-nos a crer que a lei dispensa qualquer necessidade de

²⁵³ ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 5.ª ed., 2018, p. 496.

²⁵⁴ V. *supra*, 3.4. Em harmonia com esta posição, ressalta do Ac. STJ de 24/05/2018, n.º proc. 412/12.7TBBRG-G.S1 que o recorrente que haja sido parte no processo que originou a decisão revidenda, embora alheio ao conluio, não é terceiro.

²⁵⁵ V. *supra*, 3.4.

o uso anormal do processo se haver especificamente destinado a prejudicar o terceiro recorrente, como aliás faz de forma clara desde a reforma de 1961²⁵⁶. Existe, neste sentido, jurisprudência do TRG²⁵⁷.

O TRP decidiu que os herdeiros legitimários são terceiros para efeitos do art.º 631.º, 3., conquanto o uso anormal do processo se repercuta num prejuízo para os seus interesses patrimoniais. O acórdão sublinhou, e bem, que do ponto de vista histórico eram precisamente – a par dos credores – uma das categorias em benefício das quais, em 1939, o recurso de oposição de terceiro havia sido instituído, e que continuam a ser os casos mais paradigmáticos²⁵⁸. Aliás, numa fase dos trabalhos preparatórios do Código de 1939, o projeto estabelecia que *apenas* credores e herdeiros legitimários estavam legitimados para recorrer²⁵⁹.

Na parte final do art.º 631.º, 3., estende-se o conceito de terceiro de molde a nele incluir o incapaz que haja intervindo no processo como parte por intermédio de representante legal. Antes de 2007, esta solução constava do art.º 778.º, 3. Fizemos acima menção às suas raízes e utilidade²⁶⁰.

5.4.4. O prazo para a interposição do recurso

Impende desde logo sobre quem desejar interpor recurso de revisão com fundamento em uso anormal do processo o ónus de respeitar um prazo máximo de dois anos desde o conhecimento por si da sentença²⁶¹, ao abrigo do art.º 697.º,

²⁵⁶ V. *supra*, 3.5. Desproteger terceiros em relação a um processo “encenado” pelas partes, apenas por não terem sido diretamente visados, seria difícil de compreender.

²⁵⁷ Ac. TRG de 07/03/2019, n.º proc. 37/14.2TBPCR-B.G1.

²⁵⁸ Ac. TRP de 13/09/2016, n.º proc. 1871/10.8TBVCD-C.P1.

²⁵⁹ V. *supra*, 3.4.

²⁶⁰ V. *supra*, 3.5.

²⁶¹ Entre a reforma de 2007 e o início da vigência do CPC 2013, este prazo foi de 60 dias (veja-se o art.º 772.º, 2., c) do antigo CPC, na redação dada pelo DL n.º 03/2007, de 24 de agosto). A manifesta exiguidade dos 60 dias foi denunciada quer pela doutrina (v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª ed., vol. 3, 2008, p. 233 e

3., parte inicial. Por outro lado, a parte final do mesmo preceito, ao remeter para o n.º 2, fixa ainda um limite máximo de cinco anos sobre o trânsito em julgado. É jurisprudência pacífica que ambos estes prazos correm em paralelo, importando o decurso de qualquer deles a caducidade do direito ao recurso²⁶². A limitação temporal que implicam tem essencialmente em vista proteger a segurança jurídica.

Como sublinhou o STJ, o conhecimento da sentença, para efeito do início da contagem do prazo de dois anos, pressupõe que haja sido facultada ao recorrente:

*“(...) plena oportunidade para aceder a tal título judicial, de modo a conhecer e analisar adequadamente o seu teor e conteúdo e as vicissitudes processuais que precederam a sua prolação – já que só desta análise integral e aprofundada poderá emergir – e nem sempre – a invocada simulação processual”*²⁶³.

Por outras palavras, tal como reconhecido pelo TRG, o conhecimento da sentença implica *“acesso integral ao seu teor e às circunstâncias processuais que denunciem a existência de fraude”*²⁶⁴.

Embora os acórdãos digam respeito a um período em que o prazo em causa era de apenas 60 dias (fator que intensificava as necessidades de proteção do recorrente), o argumento que transcrevemos permanece, a nosso ver, válido: descortinar e provar um uso anormal do processo não é muitas vezes uma tarefa imediata, antes pelo contrário, motivo pelo qual não conhece para este fim a sentença quem não está a par do seu teor integral.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Recurso...*, p. 24), quer pela jurisprudência (v. Ac. STJ de 15/12/2011, n.º proc. 1065/08.2TVPR-T-A.P1.S1). Com efeito, o atual prazo de dois anos parece-nos mais razoável, sem que por outro lado o aumento tenha prejudicado de forma significativa ou desproporcional a certeza jurídica.

²⁶² Por ex., Ac. STJ de 19/01/2017, n.º proc. 39/16.4YFLSB e Ac. TRG de 04/08/2018, n.º proc. 1105/08.5TJVNF-A.G2. O prazo de cinco anos não se aplica, contudo, quando a decisão em crise diga respeito a direitos de personalidade (RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., vol. 2, 2015, p. 207).

²⁶³ Ac. STJ de 15/12/2011, n.º proc. 1065/08.2TVPR-T-A.P1.S1.

²⁶⁴ Ac. TRG de 04/08/2018, n.º proc. 1105/08.5TJVNF-A.G2.

Cabe ainda a menção de que, segundo o art.º 697.º, 4., o prazo de cinco anos a contar do trânsito em julgado não termina – nos casos de interposição do recurso por um incapaz que tenha intervindo como parte no processo, através de representante – enquanto não se completar um ano desde que o incapaz adquira a capacidade ou mude de representante legal. Trata-se de uma disposição essencial a que se não torne inútil, na prática, a legitimidade outorgada a estas pessoas pelo art.º 631.º, 3.

5.4.5. A tramitação subsequente

O recurso tem efeito meramente devolutivo (art.º 699.º, 3.). A partir da admissão, o recorrido dispõe de 20 dias para responder (art.º 699.º, 2.), seguindo-se os termos do processo comum declarativo (art.º 700.º, 2.).

No caso de dar provimento à revisão fundada no uso anormal do processo, o tribunal de recurso anula a decisão recorrida, ao abrigo do art.º 701.º, 2. Trata-se de uma solução natural e acertada, permitindo a destruição de efeitos que, por advirem de atos processuais simulados, nunca deveriam ter-se refletido na ordem jurídica com força de caso julgado (ideia que, nos anos 1920 e 1930 e sem lei expressa, estava já subjacente aos escritos de JOSÉ DOS REIS MAIA e PAULO CUNHA)²⁶⁵.

Ao invés do que acontece com outros fundamentos revisórios, como os elencados no art.º 701.º, 1., a), não se indica no acima mencionado n.º 2 que o tribunal deva proferir uma nova decisão. Embora não fosse totalmente descabida a nova decisão, por exemplo, em casos de mudança de representante pelo menor, parece ter havido uma opção consciente do legislador no sentido de se ficar pela fase rescindente (compreensível, visto que na quase totalidade dos casos uma

²⁶⁵ V. *supra*, 3.2. e 3.3.

fase rescisória redundaria em absolvições da instância, e, nas raras exceções a essa regra, os interessados podem sempre intentar uma nova ação).

5.4.6. A discussão sobre a exigência de uma ação preparatória

A abolição, na reforma dos recursos cíveis levada em cabo em 2007, do recurso de oposição de terceiro e a integração do conjunto de casos que abrangia nos fundamentos do recurso de revisão²⁶⁶ vieram lançar a dúvida na doutrina e na jurisprudência sobre se desaparecia a exigência – introduzida em 1961, como vimos²⁶⁷ – de uma ação preparatória destinada a reconhecer o uso anormal do processo.

O TRL pronunciou-se no sentido negativo, defendendo que *“essa alteração, que o legislador se dispensou de justificar, parece ter respondido apenas à preocupação de reduzir as formas de recurso extraordinário”*. Considerou ainda que o atual art.º 698.º, 2. CPC – que estabelece o ónus para o recorrente de instruir o recurso com a certidão da decisão ou o documento em que se funda o pedido – só pode reportar-se à *“sentença declaratória de simulação”*, pelo que o requisito se mantém²⁶⁸.

Deste último argumento havia já lançado mão LUÍS LAMEIRAS para defender a necessidade da ação preparatória. Segundo o autor, bastaria alegar e

²⁶⁶ Criticadas, por exemplo, por FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA. Segundo este autor, não só os dois recursos respondiam a necessidades diversas (o de revisão no âmbito de uma instância anterior renascente e o de oposição de terceiro no quadro de uma nova instância, por haver diferença de partes, pedido e causa de pedir) como, de resto, a revisão visa substituir a decisão viciada por outra que reaprecia a relação material controvertida, ao passo que a oposição de terceiro tendia apenas à anulação da decisão proferida num processo anterior (FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Manual...*, p. 306, nota 579).

²⁶⁷ V. *supra*, 3.5.

²⁶⁸ Ac. TRL de 07/04/2011, n.º proc. 081/08.4TBTVD.L1-2. O tribunal concluiu, porém – escorando-se na proibição dos atos inúteis – que a ação preparatória intentada no caso concreto não podia prosseguir, visto que um futuro recurso de revisão seria já intempestivo.

provar o prejuízo, dado que a simulação estaria já reconhecida em ação proposta para esse mesmo efeito²⁶⁹.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES adotaram a posição contrária (apesar de algum ceticismo *de jure constituendo* quanto a esta), ou seja, a de que o legislador quis eliminar a ação preparatória, e apelidaram de “*enigmática*” a certidão exigida pelo art.º 698.º, 2., por parecer evocar a solução antiga²⁷⁰. O mesmo se pode afirmar em relação a LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, que aliás por esse motivo defenderam uma interpretação ab-rogante da norma, não obstante também questionarem *de jure constituendo* a alteração²⁷¹.

Mais recentemente, o STJ julgou desnecessária qualquer ação preparatória²⁷². Invocou uma série de motivos, a começar pela circunstância de o atual art.º 697.º, 3. não mencionar para o uso anormal do processo, ao contrário do que faz para outros fundamentos, a exigência do trânsito em julgado de uma sentença que verse sobre o fundamento da revisão (requere-a de maneira clara, por exemplo, para o recurso de uma decisão fundada em crime praticado pelo juiz em exercício de funções, à luz da alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo).

Outra justificação avançada prendeu-se com a circunstância de o legislador ter suprimido o prazo de caducidade da ação de simulação (ao abrigo do art.º 780.º, 1. do antigo CPC, na versão prévia a 2007, era de três meses a partir do respetivo trânsito em julgado).

O Supremo ancorou-se também no art.º 698.º, 1., que a seu ver requer a alegação em sede de recurso dos factos constitutivos do fundamento em conjunto com o prejuízo sofrido; e, por último, no desvio à tramitação simplificada (aplicável à maior parte dos fundamentos revisórios) hoje constante do art.º

²⁶⁹ LUÍS LAMEIRAS, *Notas Práticas - O Regime dos Recursos em Processo Civil*, 2.ª ed., 2009, pp. 296 e 297.

²⁷⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código...*, 2.ª ed., vol. 3, 2008, p. 231; e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Recurso...*, p. 24.

²⁷¹ LUÍS CORREIA DE MENDONÇA; HENRIQUE ANTUNES, *Dos Recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 1.ª ed., 2009, p. 359.

²⁷² Ac. STJ de 26/01/2017, n.º proc. 2226/13.8TJVNFB-G1.S1.

700.º, 1., seguindo-se em vez daquela, com a reforma de 2007 e até ao Código de 2013, os termos do processo sumário²⁷³, e, a partir de 2013 (à luz do atual art.º 700.º, 2.), os termos do processo comum declarativo²⁷⁴.

Esta tese obteve respaldo em acórdão do TRP, embora determinadas circunstâncias concretas – a saber, a questão haver sido suscitada no âmbito da ação executiva – tivessem levado a que o tribunal a não aplicasse ao caso *sub judice*²⁷⁵.

A nosso ver, a posição mais acertada é a que vai no sentido de considerar desnecessária a ação preparatória, pelas razões que passamos a explicar.

Começamos com uma observação simples: a figura desapareceu, juntamente com os respetivos prazos de caducidade, do texto da lei com a reforma de 2007. Ora, antes desta, o art.º 779.º, 1. impunha expressamente que a oposição de terceiro fosse instruída com uma sentença transitada em julgado declarando que a decisão recorrida havia sido fruto de simulação processual.

Dir-se-á: a ausência de lei expressa, em si mesma, por pouco que abone a sobrevivência da ação preparatória, não deixa de ser insuficiente para retirar quaisquer conclusões firmes. Concedemo-lo; mas não é este o único argumento.

Se após a resposta dos recorridos ou o termo do respetivo prazo, nos termos do art.º 700.º, 2., se segue o processo comum declarativo, então não vemos o que se ganharia, em termos de segurança e riqueza dos meios de prova, com uma ação autónoma instaurada em momento anterior apenas para o tribunal declarar que se verificou o uso anormal do processo.

No fundo, podem traçar-se dois modelos alternativos: o adotado a partir de 1961 para a oposição de terceiro, em que a tramitação era bastante célere (os requeridos respondiam em dez dias e as partes dispunham em seguida de oito

²⁷³ V. o art.º 775.º, 2. do antigo CPC, na redação que lhe foi dada pelo DL n.º 303/2007, de 24 de agosto.

²⁷⁴ Os processos sumário e sumaríssimo foram eliminados com o novo Código, que veio simplificar o processo declarativo comum, passando este a admitir forma única – daí a atualização deste preceito.

²⁷⁵ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1.

dias para alegar antes de o tribunal proferir uma decisão, olhando ao art.º 781.º, 1. e 2. do anterior Código) ou o posterior a 2007 (em que, no essencial, se seguem os trâmites de uma ação).

No primeiro modelo, fazia sentido que se exigisse uma ação preparatória. Já no segundo as coisas manifestamente não são assim: dada a tramitação mais solene, o problema não terá sido projetado pelo legislador para ser bipartido mas para ser, na totalidade, discutido em sede de recurso extraordinário de revisão.

Sob este prisma, o requisito da ação preparatória afigura-se-nos carente de apoio na letra da lei, anacrónico (no sentido de inadequado ao regime hoje aplicável ao uso anormal do processo enquanto fundamento de revisão) e contrário ao princípio da economia processual, nomeadamente violando a proibição da prática de atos inúteis. Por conseguinte, entendemos que foi eliminado com a reforma de 2007, e que, aliás, se tornou ainda menos defensável a partir de 2013, quando passou a ser aplicada a nova forma única do processo comum declarativo, em detrimento do processo sumário.

5.4.7. O art.º 696.º, g) e a ação executiva

Já tratámos de explicar por que motivos entendemos que o art.º 612.º CPC, destinado a combater o uso anormal detetado na pendência do processo, é inaplicável à ação executiva²⁷⁶. Indagamos agora: será o recurso de revisão com fundamento em uso anormal do processo meio admissível para um terceiro reagir contra os atos praticados numa execução extinta?

Entendeu-se que não em acórdão do TRP, tendo o tribunal levado em conta que, desde a reforma de 2003, já não é proferida qualquer sentença a declarar extinta a execução, e, portanto, deixou de ser possível sustentar que essa

²⁷⁶ V. *supra*, 5.3.4.

extinção formaria caso julgado material, ou mesmo formal²⁷⁷. Ora, conforme se salienta nesse aresto, “*o recurso de revisão é precisamente o meio processual de atacar e afastar o efeito do caso julgado material formado por uma sentença que haja apreciado o mérito de uma determinada relação material controvertida*”.

Realmente, considerando a função, a natureza e os limites da ação executiva, a que já aludimos ao equacionar a aplicação do art.º 612.º no seu âmbito, é inevitável constatar que a mesma não se coaduna com o art.º 696.º, g).

Este meio recursório destina-se a permitir que, no caso de uso anormal do processo que lese o recorrente, se destruam os efeitos do caso julgado material associados a uma sentença de mérito proferida num litígio assente em ato simulado. Ora, por contraste, conforme vimos, o processo executivo tende (apenas) à realização coativa de uma obrigação exequenda. Desta forma, não há no processo executivo efeitos daquela índole que precisem de ser destruídos²⁷⁸.

5.5. A litigância de má-fé, a culpa in agendo e o abuso do direito de ação

5.5.1. O uso anormal enquanto hipótese de litigância de má-fé

Conforme já adiantámos²⁷⁹, o instituto da litigância de má-fé, tratado nos arts. 542.º ss. CPC, tem de uma maneira geral na sua mira situações de violação da boa-fé no domínio processual, as quais surgem elencadas nas alíneas do n.º 2. Requer, todavia, ainda a presença de um elemento subjetivo – que, segundo o mesmo número, pode ser o dolo ou a negligência grave.

²⁷⁷ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1.

²⁷⁸ O que não impede o terceiro – como é sustentado no acórdão do TRP referido *supra* – de instaurar uma ação declarativa em que peticione a invalidade do negócio subjacente ao título executivo.

²⁷⁹ V. *supra*, 4.2.9, b).

Será o uso anormal do processo um comportamento abrangido? A resposta não é tão imediata como, por exemplo, acontece na ordem jurídica brasileira²⁸⁰; ainda assim, é inequivocamente afirmativa, orientação corroborada pela nossa jurisprudência²⁸¹. Aliás, em regra, e por haver alguma redundância na redação das alíneas do n.º 2, preencherá mais do que uma em simultâneo.

Comprovado o uso anormal, não será difícil mostrar, à luz da alínea a), que o infundado da pretensão ou da oposição era bem conhecido ou não devia ser ignorado por cada uma das partes envolvidas no conluio. A alteração dos factos ou a omissão de circunstâncias relevantes, referidas na alínea b), ocorrerão na grande maioria dos casos de uso anormal do processo²⁸².

Por fim, no uso manifestamente reprovável do processo, olhando à alínea d), incluem-se casos em que as partes procuram um objetivo ilícito (uma ideia que tipicamente se associa à fraude processual, mas não deixa de estar presente na simulação em sentido estrito)²⁸³ ou em que visam impedir a descoberta da verdade (mais uma vez, assim acontecerá na maior parte dos casos).

Quanto ao elemento subjetivo, quem faz uso anormal do processo, integrando o *pactum simulationis* ou *concilium fraudis*, estará por definição a agir com dolo. Porém, como tantas vezes se constata, a vida é mais rica e complexa do que a lei antecipa. Não são de excluir, desde logo, situações em que uma parte assim aja somente por estar sob coação²⁸⁴; ou em que uma parte não entre no conluio (e, portanto, não participe no uso anormal) e seja tida ainda

²⁸⁰ O art.º 142.º do CPC brasileiro, muito semelhante ao nosso art.º 612.º, manda de forma expressa aplicar “as penalidades da litigância de má-fé” à simulação processual.

²⁸¹ V., por ex., o Ac. STJ de 28/01/1999, n.º proc. 98B908; e o Ac. TRL de 23/03/2004, n.º proc. 7617/2003-7.

²⁸² Mas não em todos - v. *supra*, 4.2.5., b).

²⁸³ A nosso ver, qualquer desvio à função do processo planeado às ocultas pelas partes é suscetível de configurar um fim ilegal.

²⁸⁴ Caso em que, atendendo à teleologia do instituto, não deverá incorrer à partida em litigância de má-fé.

assim como litigante de má-fé, por agir com negligência grave em relação ao mesmo²⁸⁵.

Quem litigar de má-fé incorre, de acordo com o art.º 542.º, 1. CPC, em multa e indemnização à contraparte, se esta a pedir. Será mais paradigmática, nas situações em análise, a condenação oficiosa tanto do autor como do réu em multa; é, porém, de admitir que uma parte não envolvida no conluio deduza um pedido indemnizatório contra os simuladores.

A indemnização segue o regime do art.º 543.º. O carácter restritivo desta (em comparação com os arts. 483.º ss., 798.º ss. e 562.º ss. CC) é assinalado em tom de crítica por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que destaca a limitação aos danos dolosos ou fruto de negligência grosseira, o apelo ao “*prudente arbítrio*” e ao “*que parecer razoável*” (art.º 543.º, 3. CPC) e a preocupação do legislador com a sindicância de comportamentos processuais desviantes em vez de com a tutela das pessoas²⁸⁶.

A primeira destas observações é irrefutável: a “*fasquia*” subjetiva mínima é a da negligência grosseira (ou culpa grave). As restantes poderão discutir-se²⁸⁷, mas tendemos a crer que as expressões utilizadas denotam efetivamente um pendor restritivo ao não se consagrar a indemnizabilidade de todos os danos, e sim apenas daquilo que for razoável ou prudente.

Mais: se dúvidas houvesse ainda quanto à insuficiência desta indemnização para ressarcir os danos originados pelo uso anormal do processo, o art.º 543.º reporta-se a uma indemnização “*à parte contrária*”, quando em regra aqueles são infligidos a terceiros. Basta pensarmos num caso típico de simulação fraudulenta, em que as partes entram no conluio processual para prejudicar uma terceira pessoa.

²⁸⁵ Imagine-se que, numa situação com contornos semelhantes aos de um caso real que já expusemos (v. *supra*, 4.2.4., a)), uma parte subscreveu uma contestação ignorando que era simulada. Não fez uso anormal do processo, mas, dependendo das circunstâncias concretas, poderá ter agido com negligência grave.

²⁸⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*, 3.ª ed., 2014, pp. 68 e 69.

²⁸⁷ Contra as noções de que os bens jurídicos e danos indemnizáveis são nesta sede restringidos, v. PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, 1.ª ed., 2008, p. 513 ss.

5.5.2. O uso anormal enquanto facto gerador de responsabilidade civil

A par da litigância de má-fé, têm sido estudadas pela doutrina outras figuras; a saber, a *culpa in agendo* e o abuso do direito de ação (ou do processo). Importa de forma sucinta averiguar se, e em que termos, se aplicam ao nosso tema.

Começemos pela *culpa in agendo*. Está aqui em causa a aplicação dos regimes gerais de responsabilidade civil aquiliana (arts. 483.º ss. CC) e obrigacional (arts. 798.º ss. CC), independentemente das regras sobre litigância de má-fé, a pessoas que provoquem danos no exercício do seu direito de ação.

Esta é uma possibilidade que ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO defende de maneira enfática, denunciando qualquer posição contrária neste ponto como uma “conceção absolutizada e, como tal, francamente irrealista do direito de ação judicial”²⁸⁸; na mesma linha, PEDRO DE ALBUQUERQUE condena o que seria uma “eliminação arbitrária e apriorística de uma parte importante do nosso Direito (...)”²⁸⁹.

Quanto a nós, assiste razão a estes autores: nenhuma norma (ou princípio) do sistema converte o processo numa “zona franca”, isenta da responsabilidade civil prescrita nos termos gerais, quando se mostrem preenchidos os seus pressupostos: facto ilícito, culpa, dano e nexo causal entre o facto e o dano.

Por outro lado, como explicámos, a indemnização no âmbito da litigância de má-fé revela-se manifestamente insatisfatória em numerosas situações. A anulação da decisão recorrida em sede de recurso de revisão fundado no art.º 696.º, d) CPC também nem sempre reconstituirá o *status quo ante*.

²⁸⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância...*, p. 191.

²⁸⁹ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*, 1.ª ed., 2006, p. 123.

Tudo isto concorre para tornar a *culpa in agendo* essencial a uma eficaz ressarcibilidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais gerados neste âmbito. Regozijamo-nos, pois, em constatar que a jurisprudência se tem mostrado aberta à responsabilidade civil por uso anormal do processo, nesse sentido se pronunciando acórdãos do TRL²⁹⁰ e do TRP²⁹¹.

5.5.3. O uso anormal e o exercício abusivo do direito de ação

No que concerne ao abuso do direito de ação, nos termos gerais do art.º 334.º CC (que estabelece a ilegitimidade do exercício de um direito quando sejam excedidos de forma manifesta os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito em questão), a doutrina tem ponderado se aquele goza de algum grau de autonomia relativamente à litigância de má-fé, sendo possível nomear vários autores que apontam no sentido afirmativo²⁹².

Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em virtude de poder ser apreciado tanto na própria ação como numa ação *ad hoc*, e também por outros aspetos – designadamente por abranger qualquer violação da boa-fé, seja ela dolosa ou negligente, e permitir considerar todos os danos, bem como responsabilizar qualquer pessoa – estamos perante “*mais um instrumento oferecido aos particulares interessados, resultante das exigências globais do sistema e que transcende em muito as margens estreitas da litigância de má-*

²⁹⁰ Ac. TRL de 23/03/2004, n.º proc. 7617/2003-7.

²⁹¹ Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1.

²⁹² Por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância...*, pp. 146 e 147; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade...*, pp. 92 ss; e MARTA FRIAS BORGES, *Algumas Reflexões...*, pp. 54. ss.

fé”²⁹³. Para o autor, o seu funcionamento assenta em dois pontos fundamentais: a cessação da conduta abusiva e a reparação dos danos causados²⁹⁴.

Nos termos descritos, será esta figura aplicável a casos de uso anormal do processo? Com preocupações mais gerais do que as nossas, MARTA FRIAS BORGES aponta para a diferença entre o direito substantivo e o processual, defendendo que só se justifica uma incursão nas normas substantivas quando as normas processuais não forneçam respostas adequadas para reprimir as condutas abusivas²⁹⁵.

Ora, como vimos, a lei processual comporta normas dirigidas a paralisar o uso anormal do processo que se detete antes do trânsito em julgado e a reverter o que se desoculte após esse trânsito, para além do papel repressivo e ressarcitório (ou pelo menos compensatório) exercido pela litigância de má-fé.

Neste quadro, que espaço sobra para o abuso do direito de ação? Pouco ou nenhum, pois, na verdade, este aparenta ser um meio pouco ortodoxo, e francamente duvidoso, de sancionar o uso anormal do processo e permitir o ressarcimento de prejuízos.

Antes de mais, não é líquido que as partes conluiadas ajam no exercício de um direito. Atenta a ilicitude do uso anormal do processo, julgamos que se situam já fora da circunscrição legal do direito de ação. De qualquer forma, ainda que se considere o instituto aplicável em abstrato (por se entender estarmos ainda dentro do direito de ação e existir, nesse âmbito, uma violação clamorosa da boa-fé processual), não nos parece aconselhável que se substitua aos meios reativos específicos criados de forma expressa pelo legislador, pelo menos no que toca à paralisação da conduta²⁹⁶.

Por conseguinte, manifestamos as maiores reservas quanto à aplicabilidade e utilidade do abuso do direito de ação nestas situações.

²⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância...*, p. 147.

²⁹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância...*, p. 145.

²⁹⁵ MARTA FRIAS BORGES, *Algumas Reflexões...*, pp. 57 ss.

²⁹⁶ Admitimos que a função reparatória do abuso de direito possa ter algum sentido, dado que, como vimos, a indemnização por litigância de má-fé atua num campo exíguo.

5.6. Outras consequências

Não se ficam por aqui as consequências do uso anormal do processo. Porém, não é fundamental nem realista uma abordagem exaustiva de todas essas implicações na economia do presente trabalho, que, aliás, se pretendeu centrar nas questões mais diretamente conexas com o processo civil.

Por exemplo, do ponto de vista disciplinar, podem responder vários profissionais no caso de integrarem ou facilitarem o conluio processual. Falamos, nomeadamente, de magistrados judiciais²⁹⁷ e do MP²⁹⁸, funcionários de justiça²⁹⁹ e advogados³⁰⁰.

O uso anormal do processo comporta, ainda, uma dimensão penal. Poderão estar em causa crimes como os de: falsidade de depoimento ou declaração (art.º 359.º CP); falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução (art.º 360.º CP); suborno (art.º 363.º CP); denegação de justiça e prevaricação (art.º 369.º CP)³⁰¹; prevaricação de advogado ou de solicitador (art.º 370.º CP); recebimento indevido de vantagem (art.º 372.º CP); ou corrupção, tanto ativa como passiva (arts. 373.º e 374.º CP).

²⁹⁷ À luz dos arts. 81.º ss. EMJ (Lei 21/85, de 30 de julho), aplica-se-lhes uma escala de sanções que vai da simples advertência à demissão. Tendemos a concordar com PEDRO MELANDA quando afirma que a pena de advertência é desadequada ao uso anormal, por se restringir, à luz do atual art.º 98.º EMJ, a infrações leves (PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, p. 126). Já a mesma asserção categórica do autor relativamente à pena de multa está algo desatualizada, por esta sanção exigir hoje uma ponderação concreta (art.º 99.º EMJ); contudo, a multa parece-nos de facto insuficiente à partida, atenta a gravidade do comportamento em causa, para sancionar de forma satisfatória o juiz que se enleie num destes conluíus.

²⁹⁸ Arts. 204.º ss. EMP (Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto).

²⁹⁹ Arts. 89.º ss. EFJ (DL n.º 343/99, de 26 de agosto).

³⁰⁰ Arts. 114.º ss. EOA (Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro).

³⁰¹ No n.º 1 desta norma incriminadora, estabelece-se uma moldura penal até dois anos de prisão, ou multa até 120 dias, para os funcionários (incluindo, além dos funcionários judiciais, os juizes e procuradores) que conscientemente pratiquem atos ilegais no exercício de funções. À luz do n.º 2, a moldura sobe para até cinco anos de prisão se houver intenção de prejudicar ou beneficiar outra pessoa.

Acerca destes temas debruçou-se em pormenor, embora já com alguma distância temporal, PEDRO MELANDA, para cuja obra remetemos³⁰².

³⁰² PEDRO MELANDA, *O Divórcio...*, pp. 124 ss.

6. CONCLUSÃO

Estudadas as raízes históricas do problema, determinados os seus requisitos, vincada a necessidade de expurgar a ordem jurídica destes comportamentos e analisados os meios de os combater – que podemos, no essencial, concluir?

Em primeiro lugar, que o conceito de uso anormal do processo corresponde fundamentalmente ao de simulação processual. É certo que esta última evoca com mais força as raízes civilistas do problema, ao passo que quem se refere ao uso anormal está a privilegiar o processo e os seus fins. Mera diferença de perspetiva, pois a realidade em causa não deixa de ser uma só, *i.e.*, um *contraste entre o litígio exteriorizado e a sua verdadeira inexistência, por acordo oculto das partes, com vista ao engano de terceiros*.

Ora, o uso anormal do processo é manifestamente incompatível com a justa composição do litígio enquanto função do processo civil e representa como tal um desperdício dos meios limitados da Justiça (além de que, na maior parte dos casos, visa lesar terceiros), daí que precise de ser combatido sem quartel.

A principal frente dessa luta está nos meios reativos: antes do trânsito em julgado, pela via do art.º 612.º CPC, conducente à anulação do processo e à absolvição da instância (sem aplicabilidade à ação executiva, embora se admita aí a suspensão da instância); e, após o trânsito, pelo art.º 696.º, g), ou seja, por intermédio do recurso de revisão fundado em uso anormal do processo (hoje sem necessidade de ação preparatória), que permite anular a decisão inquinada. Este par de meios específicos é complementado pelos institutos da litigância de má-fé e da responsabilidade aquiliana. Assim, é expressa e multifacetada a reação legal ao uso anormal do processo. Mas será suficiente?

Dada a quantidade de aspetos a considerar que ultrapassam a lei escrita – como, por exemplo, a sua interpretação pela doutrina e jurisprudência, a eficácia

dos meios de prova e o grau de preparação dos juízes e advogados – a resposta não se afigura simples.

Entendemos, contudo, que os alicerces legais são sólidos³⁰³ e que, se a contribuição dos fatores que agora elencámos tiver um saldo positivo, se podem criar as condições propícias a uma eficaz repressão dos conluíus processuais. Da nossa parte, procurámos aprimorar a interpretação dos regimes aplicáveis; as soluções apresentadas serão porventura discutíveis, mas confiamos, no mínimo, na sua utilidade para reacender com novas ideias o relativamente árido diálogo doutrinário em torno do uso anormal do processo.

³⁰³ O que não invalida que possam ser aperfeiçoados – por exemplo, clarificando o conteúdo do art.º 612.º (como procurava fazer a Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a) ou referindo expressamente, no art.º 272.º, 1., a possibilidade de suspensão da instância executiva por suspeita de uso anormal do processo na pendência de ação declarativa em que se discuta a validade do título.

Bibliografia

1. Livros, artigos em livros, dissertações, textos disponíveis em linha e artigos em publicações periódicas

—ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2006.

—AMARAL, JORGE PAIS DE, *Direito Processual Civil*. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 2010.

—ANDRADE, MANUEL DE, *Noções Elementares de Processo Civil*. 1.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949.

—BASTOS, JACINTO RODRIGUES, *Notas ao Código de Processo Civil*. 3.^a ed. Viseu: Tip. Lousanense, 2001, vol. 3.

—BEZERRA, JOSÉ MIGUEL; NORA, JOSÉ SAMPAIO E; VARELA, JOÃO ANTUNES, *Manual de Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

—BORGES, MARTA FRIAS, *Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-Fé*. Coimbra: s.n., 2014. Dissertação de mestrado.

—CARLOS, ADELINO PALMA, *Direito Processual Civil: Dos Recursos*. 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, 1969.

—CARNEIRO, JOSÉ GUALBERTO DE SÁ, *A Simulação Processual e os Recursos de Revisão e Oposição de Terceiro no Novo Código de Processo Civil*. 1.^a ed. Porto: Tip. Martins & Irmão, 1962.

—CARNELUTTI, FRANCESCO, *Contro Il Processo Fraudolento*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 3, parte 2, 1926, pp. 14 a 25.

—CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoria Geral do Direito*. 1.^a ed. Coimbra: Arménio Amado, 1942, pp. 95 e 96.

—CARRADITA, ANDRÉ, *Abuso de Situações Jurídicas Processuais no Código de Processo Civil*. São Paulo: s.n., 2013. Dissertação de mestrado.

—CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principii di Diritto Processuale Civile*. 2.^a ed. Nápoles: N. Jovene e C., 1923.

—CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Da Simulação no Direito Civil*. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

—CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, vol. 1, 2012.

—CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

—COSTA, STEFANO, *Il Dolo Processuale in Tema Civile e Penale*. 1.^a ed. Turim: Libreria Scientifica Giappichelli, 1930.

—CUNHA, PAULO, *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*. 1.^a ed. Lisboa: s.n., 1935.

—EVES, WILLIAM, *Collusive Litigation in the Early Years of the English Common Law: The Use of Mort D’Ancestor for Conveyancing Purposes c. 1198–1230*. In *The Journal of Legal History*, ano 41, vol. 3, 2021, pp. 227 a 256.

—FERRARA, FRANCESCO, *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*. 1.^a ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1909.

—FERREIRA, FERNANDO AMÂNCIO, *Manual dos Recursos em Processo Civil*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005.

—FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código Civil Portuguez Anotado*. 1.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1875, vol. 4.

—FIALHO, ANTÓNIO JOSÉ, *Conteúdo e Limites do Princípio Inquisitório na Jurisdição Voluntária*. Lisboa: s.n., 2016. Dissertação de mestrado.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE; MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *Código de Processo Civil Anotado*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, vol. 3.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE; MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *Código de Processo Civil Anotado*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Recurso Extraordinário: Recurso ou Acção?*. In SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE; SILVA, PAULA COSTA E; PINTO, RUI, *As Recentes Reformas na Acção Executiva e nos Recursos*. 1.^a ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 19 a 25.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Confissão no Direito Probatório – Um Estudo de Direito Positivo*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Acção Executiva – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. 4.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

—FREITAS, JOSÉ LEBRE DE; ALEXANDRE, ISABEL, *Código de Processo Civil Anotado*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, vol. 2.

—FRIER, BRUCE W., *The Codex of Justinian: A New Annotated Translation*, 1.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

—GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018.

—GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1933, vol. 6.

—GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*. Lisboa: s.n., 2002. Tese de doutoramento.

—GUIDO, UMBERTO, *Il Dolo Processuale Civile*. 1.^a ed. Roma: A. F. Formiggini, 1933.

—KÖHLER, JOSEF, *Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß*. 1.^a ed. Friburgo: s.n., 1893.

—LAMEIRAS, LUÍS, *Notas Práticas - O Regime dos Recursos em Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009.

—LIPARI, FRANCESCO, *Appunti sul Dolo Processuale Bilaterale*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 5, 1928, pp. 285 a 304.

—MAGALHÃES, JOSÉ BARBOSA DE, *A simulação fraudulenta, tanto de um acto jurídico substantivo como de um acto processual, não pode ser arguida por nenhum dos próprios simuladores*. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 3, n.º 1, 1943, pp. 60 a 71.

—MAIA, JOSÉ DOS REIS, *Direito Geral das Obrigações*. 1.^a ed. Barcelos: Companhia do Minho, 1926.

—MELANDA, PEDRO, *O Divórcio Simulado*. Coimbra: s.n., 2003. Dissertação de mestrado.

—MELO, FERNANDO LOPES DE, *Do Dolo Processual Bilateral*. Coimbra: s.n., 1948. Dissertação de licenciatura.

—MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *Direito Processual Civil III*. 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, 1972.

—MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *As Sucessivas Reformas do Processo Civil Português*. In *Julgar*, n.º 16, 2012, pp. 79 a 97.

—MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil*. 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, 1968, vol. 1.

—MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil: Recursos*. 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, 1972.

—MENDONÇA, LUÍS CORREIA DE; ANTUNES, HENRIQUE, *Dos Recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)*. 1.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2009.

—MESSINA, GIUSEPPE, *Contributo alla Dottrina della Confessione*. 1.^a ed. Sassari: Tip. G. Gallizzi & C., 1902.

—PINTO, RUI, *Notas ao Código de Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, vol. 2.

—PRATA, ANA; CARVALHO, JORGE, *Dicionário Jurídico*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008, vol. 1.

—PRIORI POSADA, GIOVANNI, *El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal*. In *Derecho & Sociedad*, ano 20, n.º 30, 2008, pp. 325 a 341.

—REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, vol. 6.

—REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 5.

—RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, *Os Meios de Prova em Processo Civil*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.

—SÁ, EDUARDO ALVES DE, *Comentário ao Código do Processo Civil Portuguez*. 1.^a ed. Lisboa: Tip. Christóvão Augusto Rodrigues, 1877, vol. 2.

—SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *A Simulação em Direito Civil*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1921, vol. 1.

—SILVA, ANTÓNIO DE MORAES, *Dicionário da Língua Portuguesa*. 7.^a ed. Lisboa: Tip. Joaquim Germano de Sousa Neves, 1877, tomo I.

—SILVA, PAULA COSTA E, *A Litigância de Má Fé*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

—*Simulação*, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha] [últ. acesso: 22/01/2022], disponível em <https://dicionario.priberam.org/simula%C3%A7%C3%A3o>.

—SINTENIS, GUSTAV, *Der Simulirte Prozeß*. In *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß*, ano 24, vol. 30, 1902, pp. 358 a 422.

—SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, *Processos Especiais de Divisão de Coisa Comum e de Prestação de Contas*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2020.

—SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2.^a ed. Lisboa: Lex, 1997.

—VARAT, JONATHAN, *Collusive Suit*. In *Encyclopedia of the American Constitution* [em linha] [últ. acesso: 22/01/2022], disponível em <https://www.encyclopedia.com/politics/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/collusive-suit>.

—YARSHELL, FLÁVIO LUIZ, *Simulação e Processo de Execução*. In WAMBIER, TERESA ARRUDA, *Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 226 a 245.

—ZANI, GINO, *La Mala Fede nel Processo Civile*. 1.^a ed. Roma: Foro Italiano, 1931.

2. Jurisprudência nacional

(disponível em www.dgsi.pt, salvo indicação em contrário)

Supremo Tribunal de Justiça:

—Ac. STJ de 08/04/1947, n.º proc. 53479, rel. ROCHA FERREIRA, in *BMJ*, vol. 1, 1947, pp. 181 a 183 (não disponível em www.dgsi.pt).

—Ac. STJ de 28/01/1999, n.º proc. 98B908, rel. FERREIRA DE ALMEIDA.

—Ac. STJ de 24/09/2002, n.º proc. 02A2182, rel. LOPES PINTO.

—Ac. STJ de 18/09/2007, n.º proc. 07A2203, rel. FONSECA RAMOS.

—Ac. STJ de 04/05/2010, n.º proc. 1/2001.C6.S1, rel. JOÃO CAMILO.

—Ac. STJ de 15/12/2011, n.º proc. 1065/08.2TVPR-T-A.P1.S1, rel. LOPES DO REGO.

—Ac. STJ de 02/06/2016, n.º proc. 13262/14.7T8LSB-A.L1.S1, rel. OLIVEIRA VASCONCELOS.

—Ac. STJ de 19/01/2017, n.º proc. 39/16.4YFLSB, rel. JOÃO TRINDADE.

—Ac. STJ de 26/01/2017, n.º proc. 2226/13.8TJVN-F-B.G1.S1, rel. TOMÉ GOMES.

—Ac. STJ de 24/05/2018, n.º proc. 412/12.7TBBERG-G.S1, rel. ROSA RIBEIRO COELHO.

—Ac. STJ de 24/10/2019, n.º proc. 317/15.0T8TVD.L1.S2, rel. FÁTIMA GOMES.

—Ac. STJ de 29/10/2020, n.º proc. 400/11.0TBCVL-E.C1.S1, rel. RIJO FERREIRA.

—Ac. STJ de 22/09/2021, n.º proc. 373/15.0T8AMT-D.P1.S1, rel. LUÍS ESPÍRITO SANTO.

Tribunal da Relação de Coimbra:

—Ac. TRC de 19/10/1999, n.º proc. 1525/99, rel. NUNO CAMEIRA.

—Ac. TRC de 15/07/2007, n.º proc. 1581/06.0TBPBL.C1, rel. VIRGÍLIO MATEUS.

—Ac. TRC de 20/11/2012, n.º proc. 1423/11.5TBGRD.C1, rel. MOREIRA DO CARMO.

Tribunal da Relação de Évora:

—Ac. TRE de 12/10/2017, n.º proc. 49/12.7TBETZ.E1, rel. PAULO AMARAL.

—Ac. TRE de 10/10/2019, n.º proc. 214/18.7 T8TNV.E1, rel. SÍLVIO SOUSA.

Tribunal da Relação de Guimarães:

—Ac. TRG de 28/09/2017, n.º proc. 4200/07.4TBGMR-A.G1, rel. ALCIDES RODRIGUES.

—Ac. TRG de 04/08/2018, n.º proc. 1105/08.5TJVNF-A.G2, rel. HEITOR GONÇALVES.

—Ac. TRG de 07/03/2019, n.º proc. 37/14.2TBPCR-B.G1, rel. JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS.

—Ac. TRG de 13/02/2020, n.º proc. 814/18.5T8PTL.G1, rel. MARGARIDA SOUSA.

—Ac. TRG de 14/01/2021, n.º proc. 4240/19.0T8VCT.G1, rel. RAQUEL BAPTISTA TAVARES.

Tribunal da Relação de Lisboa:

—Ac. TRL de 23/03/2004, n.º proc. 7617/2003-7, rel. MARIA AMÉLIA RIBEIRO.

—Ac. TRL de 07/05/2009, n.º proc. 6092/05.9TBOER-8, rel. CARLOS MARINHO.

—Ac. TRL de 07/04/2011, n.º proc. 081/08.4TBTVD.L1-2, rel. FARINHA ALVES.

—Ac. TRL de 09/11/2017, n.º proc. 3831/15.3T8LSB.L1-2, rel. ONDINA CARMO ALVES.

Tribunal da Relação do Porto:

—Ac. TRP de 13/09/2016, n.º proc. 1871/10.8TBVCD-C.P1, rel. JOSÉ IGREJA MATOS.

—Ac. TRP de 13/06/2019, n.º proc. 23/17.0T8PVZ-A.P1, rel. ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA.

—Ac. TRP de 11/02/2020, n.º proc. 1456/13.7TBMCN-A.P1, rel. VIEIRA E CUNHA.

3. Jurisprudência estrangeira

Supremo Tribunal dos EUA:

—EUA v. Johnson, 24/05/1943, n.º proc. 319 U.S. 302, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/302/>.

Índice

Modo de citar	iv
Abreviaturas.....	viii
Resumo / Abstract	x
1. Introdução	13
2. Uma primeira aproximação ao problema	16
2.1. O processo civil: função e objeto	16
2.2. Possíveis desvios à função e ao objeto do processo mediante um conluio entre as partes	17
3. Apontamento histórico	20
3.1. A antiguidade do problema e o silêncio do legislador nacional	20
3.2. Uma proposta de solução: Reis Maia e o art.º 1031.º do Código de Seabra.....	23
3.3. Outra proposta: Paulo Cunha e a anulação do caso julgado	23
3.4. A primeira resposta legal expressa com o Código de 1939: o uso anormal do processo e o recurso de oposição de terceiro	26
3.5. A reforma de 1961 e a exigência de uma ação preparatória	29
3.6. A reforma dos recursos cíveis em 2007 e o fim do recurso de oposição de terceiro	32
3.7. A alteração proposta ao art.º 612.º CPC	34
4. Delimitação dos conceitos relevantes à luz do CPC	36
4.1. A necessidade de uma sistematização de conceitos	36
4.2. A simulação processual	36
4.2.1. O cabimento da figura da simulação no domínio processual	36
a) Noção genérica de simulação	36
b) Doutrinas que rejeitam a ideia de simulação processual.....	37
c) Doutrinas intermédias.....	38
d) Doutrinas que acolhem a simulação processual.....	38

e) Exame das críticas à ideia de simulação processual.....	39
4.2.2. A simulação processual definida na doutrina.....	40
a) Doutrinas que autonomizam a fraude processual.....	40
b) Doutrinas que não autonomizam a fraude processual.....	42
4.2.3. O porquê de não estudarmos a simulação processual definida na jurisprudência	44
4.2.4. Traços necessários	45
a) O acordo oculto entre as partes	45
b) A desconformidade entre o litígio exteriorizado e a sua verdadeira inexistência	48
c) O intuito de enganar terceiros (<i>animus decipiendi</i>).....	50
4.2.5. Traços possíveis, mas não necessários	51
a) A falta de contestação.....	51
b) A alegação de factos falsos	52
c) O acordo prévio	53
d) A participação do juiz no conluio	53
e) O prejuízo de terceiros ou, pelo menos, o intuito de causar prejuízo a terceiros (<i>animus nocendi</i>).....	54
4.2.6. Noção adotada	57
4.2.7. Comparação com a simulação civil e a fraude à lei	59
4.2.8. Modalidades.....	61
a) Quanto ao alcance pretendido para os efeitos da sentença.....	61
b) Quanto ao intuito de prejudicar terceiros	63
c) Quanto aos sujeitos simuladores	64
4.2.9. Conceitos afins	65
a) A utilidade de estudar alguns conceitos afins.....	65
b) O dolo processual bilateral e a má-fé processual bilateral.....	65
c) O processo aparente e o processo impróprio	68
4.3. O uso anormal do processo.....	69
4.3.1. Nota prévia	69
4.3.2. Alguns sentidos da expressão	70
4.3.3. Sentido estrito ou próprio	71

5. O combate ao uso anormal do processo	76
5.1. A necessidade de prevenir e reagir perante situações de uso anormal do processo	76
5.1.1. O desvio à função do processo	76
5.1.2. Outras razões sustentadas para a prevenção e repressão do uso anormal do processo	77
5.2. Meios preventivos.....	79
5.3. O art.º 612.º CPC e a reação no decorrer do processo.....	80
5.3.1. A anulação do processo e a absolvição da instância como soluções concretamente aplicáveis.....	80
5.3.2. A oportunidade para o exercício do art.º 612.º.....	86
5.3.3. A cognoscibilidade pelos tribunais superiores	88
5.3.4. A arguição pelas partes conluídas.....	90
5.3.5. A inaplicabilidade ao processo executivo	91
5.4. O recurso de revisão com fundamento no uso anormal do processo	96
5.4.1. O recurso extraordinário de revisão: generalidades	96
5.4.2. O “ato simulado das partes” enquanto fundamento de revisão	96
5.4.3. A legitimidade para recorrer: o terceiro prejudicado pela sentença	98
5.4.4. O prazo para a interposição do recurso	100
5.4.5. A tramitação subsequente.....	102
5.4.6. A discussão sobre a exigência de uma ação preparatória.....	103
5.4.7. O art.º 696.º, g) e a ação executiva	106
5.5. A litigância de má-fé, a <i>culpa in agendo</i> e o abuso do direito de ação	107
5.5.1. O uso anormal enquanto hipótese de litigância de má-fé.....	107
5.5.2. O uso anormal enquanto facto gerador de responsabilidade civil.....	110
5.5.3. O uso anormal e o exercício abusivo do direito de ação	111
5.6. Outras consequências.....	113
 6. Conclusão	 115
 Bibliografia.....	 117