

# NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO

(notas ao art. 167 do Código Civil)

Leonardo Mattietto\*

*“...querendo-se abranger num amplo olhar toda a copiosa literatura acerca da simulação, sente-se a estranha sensação de estar a ver através de um caleidoscópio. Tem-se a impressão de que o fenômeno é de grande simplicidade, e que tudo se reduz a uma mera ilusão de ótica. As lentes são sempre as mesmas mas o desenho muda sempre, de cores e de formas: ilusão de ótica, jogo de conceitos”.*

Alberto Auricchio

Sumário: 1 – O texto legal. 2 – A simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. 3 – Hipóteses de simulação (art. 167, § 1º). 4 – Distinção do negócio fiduciário e do negócio indireto. 5 – Simulação absoluta e relativa. 6 – O problema da simulação inocente. 7 – Efeitos do negócio simulado perante terceiros (art. 167, § 2º). 8 – Legitimidade para arguir a simulação. 9 – Prazo para impugnar o negócio simulado. 10 – Conclusões.

## 1 – O TEXTO LEGAL

O Código Civil de 2002, na sua Parte Geral, traz significativas alterações no tratamento do negócio jurídico simulado, comparando-se o seu regime com o do Código Civil Brasileiro de 1916.

Prevê o novo texto legal:

*Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

*§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

*II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*

*III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

*§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.*

\*Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil na Universidade Cândido Mendes, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Faculdade de Direito de Campos. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Enquanto no Código de 1916 a simulação era tratada como causa de anulabilidade (art. 147, II), no novo Código aparece como geradora de nulidade. Nota-se ainda que, em termos de localização, a simulação figurava, no diploma anterior, entre os defeitos do ato jurídico (arts. 102-105), ao passo que no novo texto aparece no próprio capítulo dedicado à invalidade do negócio jurídico.

## 2 – A SIMULAÇÃO COMO CAUSA DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

A escolha legislativa, passando a simulação de causa de anulabilidade para de nulidade, é respaldada na idéia de que tal figura, mais que restrita a atingir interesses privados, ofende o interesse público de correção e veracidade nas relações negociais<sup>1</sup>. A questão não é puramente volitiva, de solução com base na vontade das partes, mas, muito pelo contrário, liga-se à causa do negócio jurídico, pois, como ensina Pugliatti, “o acordo simulatório priva o negócio da sua causa”<sup>2</sup>.

Simular significa fazer parecer real, imitar, fingir, aparentar. Ou diga-se, como Cabral de Moncada, que “por simulação entende-se o ato de alguém que, conscientemente e com a conivência de outra pessoa, a quem a sua declaração é dirigida, faz conter nesta, como vontade declarada, uma coisa que nenhuma delas quer, ou uma coisa diversa daquela que ambas querem”<sup>3</sup>.

Das lições de Francesco Ferrara, grande estudioso do tema, colhe-se a seguinte definição:

“Negócio simulado é o que tem uma aparência contrária à realidade, ou porque não existe em absoluto ou porque é diferente da sua aparência. Entre a forma extrínseca e a essência íntima há um contraste flagrante: o negócio que, aparentemente, é sério e eficaz, é, em si, mentiroso e fictício, ou constitui uma máscara para ocultar um negócio diferente. Esse negócio, pois, é destinado a provocar uma ilusão no público, que é levado a acreditar na sua existência ou na sua natureza, tal como aparece declarada, quando, na verdade, ou não se realizou um negócio ou se realizou outro diferente do expresso no contrato”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Se o novo Código, por um lado, prevê que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112), tal como ocorria no Código anterior (art. 85), é preciso reconhecer que o novo diploma altera o paradigma de interpretação dos negócios, que não deve levar em conta exclusivamente a vontade, mas se prestar à tutela da confiança, com respaldo na boa-fé objetiva (arts. 113 e 422). Sustenta-se que toda conduta ou agir comunicativo, “além de carrear uma pretensão de veracidade ou de autenticidade (...), desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente”, implicando, de modo geral, uma vinculação. A ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada no comportamento: poder confiar, além de ser “uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens”, é “...condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação”. MACHADO, João Baptista. Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”. In: *João Baptista Machado - Obra Dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. I, p. 352-353.

<sup>2</sup>PUGLIATTI, Salvatore. La simulazione dei negozi unilaterali. In: *Diritto civile - Metodo - Teoria - Pratica - Saggi*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 543-544.

<sup>3</sup>MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 600-601.

<sup>4</sup>FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 51.

O princípio da autonomia privada certamente envolve a possibilidade, para as partes, de determinar o tipo de negócio que desejam celebrar. Todavia, o poder de autodeterminação negocial não compreende a pretensão de simular, que é vedada pelo ordenamento<sup>5</sup>.

É preciso distinguir a valoração que os agentes fazem de seus próprios interesses, cuja expressão, em termos normativos, se encontra na eficácia negocial, da valoração que é feita pelo legislador acerca do comportamento das partes<sup>6</sup>. Como ensina o jurista italiano Alberto Auricchio, “o critério final de juridicidade de um auto-regulamento resulta da coerência dos seus efeitos com os realizados por todo o ordenamento, de maneira que a unidade do sistema jurídico se afirma como unidade intrínseca de valores efetivos e não apenas sob um ponto de vista abstrato”<sup>7</sup>.

A norma do art. 167 do novo Código Civil brasileiro, prevendo a nulidade, encontra paralelo no § 117 do BGB (“se uma declaração de vontade, que se deve emitir frente a outrem, é emitida de acordo com este apenas em aparência, é nula”) e nos arts. 240-242 do Código português, o qual, assim como o alemão, também fixa a nulidade do negócio simulado e a validade do negócio dissimulado (o que se dá na denominada simulação relativa, como será visto adiante).

A forma da redação do dispositivo do Código brasileiro se aproxima bastante do texto dos arts. 1414-1417 do Código italiano, embora este prefira determinar a simulação como fator de ineficácia do contrato, não propriamente de nulidade<sup>8</sup>, que é tratada em outros dispositivos (arts. 1418 e seguintes).

Por outro lado, o Código francês adota sistema diverso, sendo que o art. 1321, que trata de *contre-lettre* (a qual designa o ato verdadeiro, isto é, que vai *contra a letra* do ato ostensivo ou aparente), é interpretado pela doutrina a fim de proteger terceiros contra o propósito simulatório das partes contratantes<sup>9</sup>.

### 3 – HIPÓTESES DE SIMULAÇÃO (art. 167, § 1º)

O novo Código prevê três hipóteses de simulação, repetindo basicamente o que já constava do Código de 1916.

<sup>5</sup>CERONI, Cristina. *Autonomia Privata e Simulazione*. Padova: Cedam, 1990, p. 28-29.

<sup>6</sup>AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 25.

<sup>7</sup>*Ibidem*, p. 32.

<sup>8</sup>Embora parte da doutrina e da jurisprudência, na Itália, qualifiquem a simulação como causa de nulidade, o fato é que o Código diferencia a invalidade da ineficácia, apontado a simulação como geradora da última, além de distinguir a ação de simulação da ação de nulidade (art. 2653). Veja-se GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1988, v. III, t. 1, p. 316.

<sup>9</sup>“A *contre-lettre* é, portanto, um contrato mantido em segredo, que as partes concluem antes ou ao mesmo tempo em que passam o ato aparente, o qual não corresponde às suas vontades e tem como único fim dissimular a realidade”, cabendo ressaltar que, de acordo com o Código francês, ela é válida entre as partes, mas não produz efeitos contra terceiros. MAZEAUD, H., L. e J. *Leçons de Droit Civil*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, t. II, v. 1, p. 923-935.

A primeira hipótese ocorre quando os negócios aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas a quem realmente se conferem ou transmitem (CC1916, art. 102, I; CC2002, art. 167, § 1º, I), havendo uma interposição fictícia de pessoa<sup>10</sup>, de tal modo figurando um sujeito (interposto) que é pessoa diversa do real contraente.

Como explica José Beleza dos Santos, “dizem-se interpostas pessoas as que figuram nos negócios jurídicos como simples intermediários entre aqueles a quem esses atos interessam diretamente e sem terem qualquer interesse próprio nos atos que realizam. O seu fim é apenas permitir que se efetuem indiretamente, por seu intermédio, os negócios jurídicos que não se querem ou não se podem realizar”<sup>11</sup>.

É claro que se deve distinguir a interposição que é lícita daquela que é, ao invés, considerada fictícia. Para que se depreenda a simulação, devem ser atendidos, ainda segundo Beleza dos Santos, os seguintes requisitos: a) que haja duas ou mais pessoas a quem interesse a realização de um negócio jurídico; b) que todos ou alguns dos interessados não o queiram ou não o possam diretamente realizar; c) que exista um intermediário por meio de quem o ato se pratique e com quem os diretamente interessados estabeleçam relações jurídicas; d) que esse intermediário não tenha interesse próprio na realização do negócio, atuando apenas como um testa-de-ferro ou ponte de passagem<sup>12</sup>.

Verifica-se a segunda hipótese quando os negócios contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (CC1916, art. 102, II; CC2002, art. 167, § 1º, II), isto é, quando a simulação versa o conteúdo do negócio. Tanto ela pode atingir a natureza do negócio – quando, por exemplo, quer-se uma doação, mas finge-se um contrato de compra e venda ou vice-versa – como também pode se dar a “simulação de valor”, que incide sobre o *quantum* de prestações estipuladas pelas partes, como a que envolve o valor do preço, na compra e venda<sup>13</sup>.

<sup>10</sup>Exemplificativamente, recorde-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que viola o Código Civil “a disposição patrimonial gratuita (simulação de contrato de compra e venda, encobrendo doação) que importe comunicação de bens não adquiridos por esforço comum, independente da natureza do negócio jurídico que importou em alteração na titularidade do bem, porque é obrigatório, no casamento do maior de sessenta anos, o regime obrigatório de separação quanto aos bens entre os cônjuges. Tratando-se de ato simulado malicioso, com infração de ordem pública, de natureza protetiva de uma das partes, esta – que pretendeu contornar a norma protetiva, instituída em seu favor, buscando renunciar o favor legal por via transversa – tem legitimidade para requerer sua declaração de nulidade. Há possibilidade jurídica no pedido de supressão da doação, ainda que esta não tenha sido feita por escritura pública, porque a causa de pedir é a invalidade do negócio jurídico que importou em transferência gratuita de bem imóvel, e, em consequência, de todos os atos que o compõem, violadores do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário” (STJ, 3ª Turma, REsp 260.462-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 11.06.2001, p. 205). Explica-se que o fundamento jurídico da nulidade do contrato que importou em disposição patrimonial é a burla, a contrariedade ao regime da separação obrigatória.

<sup>11</sup>SANTOS, José Beleza dos. *A Simulação em Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 221.

<sup>12</sup>*Ibidem*, p. 222.

<sup>13</sup>PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 476-477.

Afinal, vislumbra-se a terceira hipótese quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados (CC1916, art. 102, III; CC2002, art. 167, § 1º, III), ou melhor, quando houver falsidade na indicação da data de tais documentos<sup>14</sup>. A colocação de data anterior ou posterior torna o documento suspeito, na medida em que haja alguém interessado em ocultar a verdadeira data<sup>15</sup>. Uma leitura mais literal do dispositivo poderia dar a entender que, comprovada a falsidade na data do instrumento particular, tal fato pareceria ao legislador tão grave a ponto de ensejar a invalidação do negócio subjacente. No entanto, a data não é elemento essencial do negócio jurídico, de tal maneira que, se a mesma for falsa, deve-se simplesmente corrigi-la, a fim de que prevaleça a data verdadeira, desde a qual deverão se produzir as conseqüências que as partes pretendiam evitar ao lançar no documento uma data prévia ou posterior àquela em que se celebrou o negócio.

O rol dos incisos I a III não resulta taxativo, pois a lei não pretende descrever todas as hipóteses de viciação, mesmo porque a própria redação dos dispositivos é suficientemente aberta, a permitir a compreensão de fatos que não tenham sido diretamente descritos nos textos legais. A condenação do negócio jurídico simulado revela, afinal, a expressão do princípio jurídico que assegura a veracidade e promove a confiança nas relações negociais.

#### 4 – DISTINÇÃO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E DO NEGÓCIO INDIRETO

Não se há que confundir o negócio simulado com o negócio fiduciário<sup>16</sup>. Caracteriza-se este "...por a função que o negócio desempenha entre as partes ser diversa da que ele é legalmente chamado a assumir. Fala-se, por extensão da noção de fidúcia, em negócios fiduciários. Estes são negócios em que a estrutura jurídica dada pelas partes à composição de seus interesses ultrapassa a função que realmente o negócio desempenha"<sup>17</sup>.

Pode-se entrever que, no negócio fiduciário, a vontade declarada corresponde à realidade, enquanto na simulação a vontade é dirigida a mascarar a realidade. Aliás, mesmo antes do Código de 2002, a jurisprudência, como se lê em significativo precedente

<sup>14</sup>O jurista português José Beza dos Santos critica o dispositivo da lei brasileira, ao argumento de que não lhe parece "que a alteração intencional de um documento particular feito pelas partes possa considerar-se uma forma de simulação. A indicação da data não constitui uma declaração de vontade, mas a afirmação de um fato; pode haver por isso afirmação falsa, mas não uma declaração de vontade aparente, quando as partes pré-datam ou pós-datam os documentos particulares", concluindo que "a viciação da data é, portanto, sempre falsidade ou se verifique nos documentos autênticos ou nos particulares, que também se podem argüir de falsos". *Op. cit.*, p. 212, nota 3.

<sup>15</sup>AZVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 296.

<sup>16</sup>Segundo definição clássica, cofacionada pela doutrina especializada, o negócio fiduciário é, desde a sua origem, no direito alemão, "um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo". CHALOUB, Melhim. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.

<sup>17</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra, Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 272.

do Superior Tribunal de Justiça, já reconhecia a validade de negócios fiduciários, afastando-os dos contornos dos negócios simulados<sup>18</sup>.

É bem verdade, porém, que a distinção nem sempre é fácil, ainda mais quando, além do negócio fiduciário, também se pensa no negócio indireto<sup>19</sup>. Assim é que o Código de 2002 admite, expressamente, que o contrato de mandato, celebrado "em causa própria" (art. 685), preencha as funções de outros contratos, como a compra e venda<sup>20</sup>.

Emilio Betti, com a autoridade de ter sido um dos maiores estudiosos da teoria do negócio jurídico, escreveu que "a distinção convencional e puramente dogmática entre negócio simulado e negócio indireto não tem nada de absoluto e de fixo, nem pode aspirar ao rigor científico de outras classificações"<sup>21</sup>.

Betti propunha, no entanto, o seguinte:

<sup>18</sup>O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu: "Direito civil. Negócio fiduciário. Simulação. Compra e venda de imóvel, com promessa de devolução. Pagamento de parte do financiamento pelo vendedor. Enriquecimento sem causa. Negócio real e não aparente. Arts. 102, 103 e 104, CC. Valores jurídicos. Hermenêutica. Recurso provido.

I - O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega de um bem, geralmente em garantia, com a condição, *verbi gratia*, de ser devolvido posteriormente.

II - Na lição de Francesco Ferrara, 'o negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido' (A simulação dos negócios jurídicos, São Paulo: Saraiva, 1939, p. 76).

III - No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade manifestada, ao contrário do negócio fiduciário, no qual a vontade declarada corresponde à realidade.

IV - No cotejo entre dois valores protegidos pelo Direito, cabe ao julgador prestigiar o de maior relevo e que no caso se manifesta com maior nitidez" (STJ, 4ª Turma, REsp 155.242-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 02.05.2000, p. 143).

<sup>19</sup>"O negócio indireto é sempre um meio de alcançar objetivos próprios de outro negócio. Declarar querer o objetivo primário de um negócio quando, na verdade, se quer o secundário não importa, necessariamente, invalidade. Ambos os objetivos são compatíveis com a estruturação normativa do negócio praticado. Claro que o negócio indireto pode também configurar-se inválido, mas o será pelas mesmas razões que podem comprometer a validade do negócio direto". COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 325.

<sup>20</sup>O chamado mandato "em causa própria", que recebe previsão legal no art. 685 do novo Código Civil, já era praticado no Brasil desde há muito. Apesar de não previsto no Código anterior, teve acolhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a considerá-lo um contrato distinto do mandato tradicional (STJ, 4ª Turma, REsp 64.457-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 09.12.1997, p. 64706; STJ, 4ª Turma, REsp 238.750-PE, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ de 08.03.2000, p. 127; STJ, 3ª Turma, REsp 443.770-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJ de 24.02.2003, p. 230). As principais diferenças entre o mandato tradicional (CC2002, art. 655) e o mandato em causa própria são as seguintes, a saber: a) no primeiro, o mandatário serve aos interesses do mandante, ao passo que, no segundo, o contrato é celebrado no interesse do próprio mandatário (daí a expressão "em causa própria", vale dizer, em causa do mandatário); b) o mandato normalmente se extingue em razão da morte – *mandatum morte solvitur* – de qualquer das partes (art. 682, II), enquanto o mandato "em causa própria" se mantém; c) o mandato comum cessa pela revogação operada pelo mandante (art. 682, I), mas, no mandato "em causa própria", a revogação não terá eficácia; d) no mandato tradicional, o mandatário é obrigado a prestar contas, transferindo ao mandante as vantagens provenientes de sua gestão (art. 668), ao invés do que ocorre no mandato "em causa própria", em que fica o mandatário dispensado de prestar contas e pode transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do contrato.

<sup>21</sup>BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. 2. ed. Napoli: ESI, 1994, p. 394.

“A discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e o intento prático perseguido em concreto pode configurar uma verdadeira *incompatibilidade*: então se tem o fenômeno da simulação. Mas pode também ter o caráter de uma simples *incongruência* ou discordância (inadequação) entre meios e fins que são entre si compatíveis: então se tem o fenômeno do negócio indireto e o do negócio fiduciário. A incompatibilidade exclui toda correspondência entre a causa típica do negócio e a determinação causal da parte: onde possa parecer que o negócio não seja querido na realidade, mas apenas aparentemente; não assim, ao invés, a simples incongruência. É necessário todavia acrescentar que a incompatibilidade não é algo absoluto e exteriormente constatável, mas é o produto essencialmente relativo de uma valoração contingente e dependente das concepções dominantes na consciência social”<sup>22</sup>.

Logo, a solução está em considerar a simulação como *incompatibilidade* entre a causa típica do negócio jurídico realizado pelas partes e o objetivo prático perseguido por elas.

## 5 – SIMULAÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA

Distinguem-se, como espécies de simulação, a *absoluta* e a *relativa*.

A simulação absoluta ocorre quando as partes fingem um ato que é mera aparência, algo que na verdade não existe, que portanto é vazio de conteúdo (*colorem habet, substantiam vero nullam*). Por exemplo, o devedor simula vender os seus bens a pessoa de sua confiança, em data pretérita, a fim de escapar da cobrança movida por seus credores<sup>23</sup>.

Por outro lado, a simulação relativa, também chamada de *dissimulação*, é aquela em que há um negócio simulado, que camufla um outro negócio, o qual é dissimulado, escondido (*colorem habet, substantiam vero alteram*)<sup>24</sup>. Por exemplo, as partes realizam uma compra e venda, com preço fictício, quando na verdade desejam celebrar um contrato de doação<sup>25</sup>, ou ainda, realizam uma compra e venda, encobrendo mútuo com

<sup>22</sup>*Ibidem*, p. 394-395.

<sup>23</sup>TJ-RJ, Apelação Cível 26755/2002, Rel. Des. Jessé Torres, julgada em 28.01.2003.

<sup>24</sup>MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 603.

<sup>25</sup>Tal ocorrência se deve, o mais das vezes, à finalidade de burlar o Fisco, a considerar as diferentes alíquotas dos impostos de transmissão devidos, em razão da doação, ao Estado e, da compra e venda, ao Município. Contudo, diferentemente do regime comum, instituído pela lei civil, que sanciona a simulação no plano da validade do negócio jurídico, constata-se que, perante o Fisco, a simulação é ineficaz *stricto sensu* (posta a questão, pois, no plano da eficácia), sem necessidade, assim, da propositura da ação declaratória de nulidade, porquanto a Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, acrescentou um parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, prevendo que “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

juros usurários e pactuação de cláusula comissória<sup>26</sup>.

O efeito da simulação absoluta é a nulidade do negócio simulado, tão simplesmente, sem que haja um negócio sucedâneo. Por sua vez, o efeito da simulação relativa é a nulidade do negócio simulado, para que subsista o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma (CC2002, art. 167, § 1º). A fórmula legislativa é um tanto quanto ambígua, não esclarecendo se os requisitos de substância e de forma devem existir no acordo de simulação ou se basta que estejam presentes no negócio simulado, sendo esta segunda posição mais aceitável<sup>27</sup>, sob pena de se tornar quase impossível a prova da simulação. Sendo assim, para o negócio dissimulado poder ser considerado válido, os requisitos de substância e de forma já devem ter sido preenchidos a quando da edição do negócio simulado.

Ainda quanto aos requisitos de substância e forma, na simulação relativa, é preciso consignar que “a dissimulação do ato oculto não dá a este uma validade que ele não tenha, nem também, em regra, o priva da eficácia jurídica que ele possa ter”<sup>28</sup>. Em outras palavras, o negócio dissimulado subsistirá como válido não apenas em virtude de se ter reconhecido a nulidade do negócio simulado, mas porque ele próprio atenda todos os requisitos de validade instituídos pelo ordenamento<sup>29</sup>.

No afastamento do negócio simulado, em benefício do negócio dissimulado, tem-se a aplicação, ademais, do importante princípio da conservação dos negócios jurídicos. O direito contemporâneo caminha no sentido de assegurar os efeitos da atuação negocial das partes, tanto quanto seja isto possível, em um autêntico *favor contractus*<sup>30</sup>.

Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário. Quando elas simulam um negócio que encobre outro, sendo o primeiro sancionado com a nulidade, pode o segundo ser preservado, resultando válido, se os seus requisitos específicos de validade forem preenchidos.

<sup>26</sup>STJ, 4ª Turma, REsp 187.998-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 06.03.2006, p. 389.

<sup>27</sup>GALGANO, Francesco. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>28</sup>SANTOS, José Bezeza dos. *Op. cit.*, p. 262.

<sup>29</sup>Não há presunção de validade do negócio dissimulado decorrente tão-somente do afastamento do negócio simulado. Em sentido contrário, lê-se a seguinte opinião: “Nesta previsão normativa está presumida a existência e a validade do quanto foi dissimulado, na substância e na forma, exatamente porque presumida era a consistência do ato simulado em face dos terceiros de boa-fé, cuja alegação tenha permitido a superação deste para exsurgir aquilo que se encontrava dissimulado”. TÔRRES, Helene Taveira. Teoria da simulação de atos e negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 849, jul. 2006, p. 55.

<sup>30</sup>“A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos – mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega proteção, ou, vistas as coisas por outro lado, só sanciona, quando e até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. E a idéia domina toda a teoria dos negócios jurídicos”. CORREIA, Eduardo. A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. XXIV, 1948, p. 360.

## 6- O PROBLEMA DA SIMULAÇÃO INOCENTE

Questão bastante debatida, na vigência do Código anterior, era a dos efeitos da chamada *simulação inocente*, ou seja, a que não visa a prejudicar terceiros ou a violar disposição de lei.

De acordo com parte da doutrina, a simulação inocente não era considerada defeito do ato jurídico, na letra do art. 103 do velho Código<sup>31</sup>. Outra corrente doutrinária, no entanto, fazia a interpretação sistemática dos arts. 103 e 104, concluindo que a simulação inocente, tanto quanto a simulação culposa, ensejava a invalidade do ato<sup>32</sup>. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinava-se pela segunda corrente, afirmando que o ato simulado sempre abria, para o prejudicado, a possibilidade de anulação<sup>33</sup>.

Nessa esteira, o novo Código sequer faz alusão à simulação inocente, dando a entender que toda simulação é causa de invalidade<sup>34</sup>. Afinal, a simulação nada mais é do que uma aparência que não traduz uma realidade, não cabendo distinguir, para invalidar o ato, se ela é inocente ou culposa<sup>35</sup>.

O novo Código Civil, no entanto, não dissipou as divergências doutrinárias, tanto que ainda há quem considere que a simulação inocente não gera a nulidade, dada a

<sup>31</sup>A disposição do art. 103 não se encontrava no *Projeto* de Clóvis Bevilacqua, tanto que ele diz: "se as partes recorrem aos expedientes da simulação, o ato não tem a seriedade exigida pelo direito, e faz presumir intenção maliciosa" e conclui que "melhor seria condenar a simulação em todos os casos". BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 284-285.

<sup>32</sup>Para uma excelente análise das duas concepções, vide: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 227-228.

<sup>33</sup>Veja-se exemplo extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "Simulação inocente. Alegação pelos contraentes. A disposição contida no artigo 103 do Código Civil, entendida em consonância com o artigo 104, não exclui a possibilidade de a simulação inocente ser alegada por um dos contraentes. Hipótese, entretanto, em que a simulação é relativa, dissimulando-se em promessa de compra e venda o que seria dação em pagamento. Produção de efeitos como tal, não afetando o resultado da demanda" (STJ, 3ª Turma, REsp 243.767-MS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 12.06.2000, p. 110).

No texto do acórdão, justifica o Relator: "Não é exato que, inocente a simulação, não possa o ato ser anulado a pedido de um dos contraentes. Não é essa a interpretação que se haverá de dar ao artigo 103 do Código Civil, tanto mais que de ser entendido, tendo em atenção, a *contrario sensu*, o que estabelece o artigo 104. Em verdade, a adoção da tese conduziria a insuportáveis iniquidades. Ter-se como válido e eficaz um ato que as partes não quiseram praticar é absolutamente injustificável, se não incide a hipótese de que cuida o art. 104".

<sup>34</sup>THEODORO Júnior, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. I, p. 472; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 417.

<sup>35</sup>Como explanava um de seus autores, ainda muito antes da aprovação do novo Código, "Ao disciplinar a simulação, apartou-se o Projeto inteiramente do sistema observado pelo Código vigente. A simulação, seja a relativa, seja a absoluta, acarreta a nulidade do negócio simulado. Se relativa, subsistirá o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma. Não mais se distingue a simulação inocente da fraudulenta; ambas conduzem ao mesmo resultado: nulidade do negócio simulado, e subsistência do dissimulado, se for o caso". ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 113-114.

ausência de prejuízo<sup>36</sup>. À luz do princípio da conservação dos negócios jurídicos, cabe mesmo refletir se, diante da simulação inocente, em cada caso, haverá fundamento jurídico relevante para se impor ao negócio a sanção de nulidade.

## 7- EFEITOS DO NEGÓCIO SIMULADO PERANTE TERCEIROS (art. 167, § 2º)

Mesmo quando se cuidar de declarar a nulidade do negócio simulado, com força *ex tunc* em relação aos contraentes, não se devem deixar de tutelar os direitos dos terceiros de boa-fé<sup>37</sup>, os quais são, aliás, legalmente ressalvados pelo art. 167, § 2º, do novo Código Civil brasileiro.

Os interesses dos terceiros de boa-fé que tenham confiado na validade do negócio simulado exigem ponderação, não a afastar que seja declarada a sua invalidade, mas a protegê-los com a inoponibilidade de efeitos dessa declaração<sup>38</sup>.

Na explicação de Betti, "a *ratio iuris* comum a toda espécie de simulação, que justifica a tutela dos terceiros, está na aparência de direito e na correlativa boa-fé e conseqüente expectativa, relacionada com a exigência de garantir a segurança das contratações e das transmissões patrimoniais"<sup>39</sup>. Por isso, a declaração de nulidade do negócio simulado fica circunscrita às relações internas entre as partes que simularam, não sendo oponível ao terceiro que de boa-fé adquiriu o direito, recebendo-o de quem lhe parecia legitimado a dispor.

A boa-fé do terceiro consiste não só em ignorar a simulação, mas na crença de que o negócio simulado tinha plena força vinculante<sup>40</sup>, o que deve ser avaliado segundo os padrões de comportamento do homem comum.

## 8- LEGITIMIDADE PARA ARGÜIR A SIMULAÇÃO

O Código de 1916 tratava expressamente da legitimidade, abrigoando a regra segundo a qual poderiam "demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da Fazenda" (art. 105). O novo Código, ao invés, não repete tal previsão.

No regime do vetusto Código, já também se admitia que a anulação fosse pleiteada pela parte que havia celebrado o ato. Embora o art. 104 dispusesse que os simulantes

<sup>36</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 353; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, v. I, p. 575.

<sup>37</sup>"Considera-se de boa-fé o terceiro, se desconhecia a simulação. Deve ele, ademais, ser titular de algum direito decorrente do negócio simulado". RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 537.

<sup>38</sup>PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.*, p. 474.

<sup>39</sup>BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 406-407.

<sup>40</sup>Comenta-se que se "o terceiro de boa-fé adquiriu direitos supervenientes à simulação, negociando com a parte que detinha a aparente titularidade da situação jurídica, os autores da simulação não terão como opor-lhe o negócio dissimulado (art. 167, § 2º). Para esses terceiros de boa-fé, o que prevalece é a aparência, para eles invencível. Quem a criou, deve sustentá-la, em face dos terceiros que negociaram nela confiando". THEODORO Júnior, Humberto. *Op. cit.*, p. 476-477.

não podiam alegar a simulação um contra o outro, nem contra terceiros, caminharam a doutrina e a jurisprudência<sup>41</sup> no sentido de entender que, por não ser a simulação um vício do consentimento, não poderia ter uma solução de base puramente subjetiva, como se o defeito fosse daqueles que estampam a dissonância entre a vontade e a declaração.

Podem requerer a declaração de nulidade todas as pessoas interessadas, inclusive as que tenham tomado parte da simulação<sup>42</sup>. Alerta-se, não obstante, que quando a invalidade do ato simulado é promovida por um dos contraentes contra o outro, “torna-se mais rigorosa a exigência de prova, pois, no caso, se trata, precisamente, de pessoa que podia no ato de simulação prevenir-se de instrumentos de prova em relação ao caráter simulado do negócio”<sup>43</sup>.

O novo Código, ao não detalhar a legitimidade para pleitear a declaração de invalidade do negócio simulado, é coerente com a própria sistemática que, ao contrário do diploma anterior, cuida da simulação como uma causa de nulidade e não mais de anulabilidade.

Segundo o novo diploma, diferentemente da anulabilidade (art. 171), na nulidade a legitimação processual para pretender-se invalidar o negócio é mais ampla, cabendo a qualquer interessado (art. 166). Com efeito, a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, ou até mesmo pronunciada *ex officio* pelo juiz (art. 168).

### 9 – PRAZO PARA IMPUGNAR O NEGÓCIO SIMULADO

O Código de 1916 previa o prazo de quatro anos para que o interessado pleiteasse que fosse decretada a anulação do ato simulado, a contar da data de sua celebração (art. 178, § 9º, V, b). Embora no *caput* do artigo a lei usasse o verbo *prescrever*, a doutrina entendia que o referido prazo era decadencial, tanto por se tratar do exercício de um direito potestativo, quanto em vista da natureza constitutiva da ação anulatória.

O Código de 2002 não estabelece prazo para que seja declarada a nulidade do negócio simulado. Entretanto, como a simulação é causa de nulidade, lê-se, bem a propósito, que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo” (art. 169). Sabe-se, por outro lado, que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não haja fixado prazo menor (art. 205).

Ao dizer que o negócio nulo não convalesce pelo decurso do tempo, não pode o dispositivo legal ser levado ao extremo, como se existisse, no direito brasileiro, uma nulidade radical ou *de pleno direito*.

<sup>41</sup>Veja-se, à guisa de exemplo, o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, já mencionado na nota 10 deste trabalho.

<sup>42</sup>Chega-se a dizer que, “entre as pessoas investidas do poder de promover a ação de simulação, ocupam o primeiro posto os próprios autores do ato simulado. Não tem nenhuma importância o fato de que a simulação seja fraudulenta ou *in fraudem legis*, simples ou maliciosa, absoluta ou relativa”. BUTERA, Antonio. *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti “in fraudem legis”*. Torino: UTET, 1936, p. 244.

<sup>43</sup>CAMPOS, Francisco. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 260.

Como explica Valle Ferreira, com todo acerto, não há, no direito brasileiro, nulidade de pleno direito, “...pois qualquer que seja o grau de imperfeição do ato, a nulidade só pode ser pronunciada por julgamento”. A graduação entre nulidade e anulabilidade não envolve a produção de efeitos, pois, uma vez pronunciada a invalidade, “...as duas causas se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado e para o futuro” (CC1916, art. 158; CC2002, art. 182). Alerta ainda que “...a idéia obstinada de uma nulidade de pleno direito, ou radical, continua a inspirar conclusões erradas, como, por exemplo, esta afirmativa freqüente de que o *ato nulo* não tem qualquer eficácia, ao passo que o *anulável* produz todos os efeitos até que seja decretada a invalidade”<sup>44</sup>.

Quanto ao modo de operar, pois, tanto o ato nulo como o anulável são dependentes de reconhecimento judicial<sup>45</sup>. O ordenamento jurídico veda a autotutela, devendo o prejudicado se socorrer do Poder Judiciário para que, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, possa o juiz pronunciar a invalidade.

Não parece correto insistir, como faz parte da doutrina, sobretudo a menos recente, que as nulidades sejam imprescritíveis, ficando as situações em aberto por mais de dez anos, que é o prazo prescricional geral, podendo ser agitadas a qualquer tempo. Embora a prescrição não acarrete a extinção do direito a que ela se refere, põe termo à pretensão surgida para o titular com a violação do direito (CC2002, art. 189).

Caio Mário da Silva Pereira lembra que a doutrina tradicional sustenta que, além de insanável, a nulidade é imprescritível, “o que daria em que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio nulo: *quod nullum est nullo lapsu temporis convalere potest*”. Ensina, no entanto, que os juristas modernos, “depois de assentarem que a prescribibilidade é a regra e a imprescribibilidade, a exceção, admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo”<sup>46</sup>.

A jurisprudência dominante não destoa desse entendimento. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar caso em que a simulação se configurava como fraude à lei, entendeu

<sup>44</sup>FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 205, jan. 1964, p. 24.

<sup>45</sup>O desembargador Luiz Roldão mostra o equívoco de se achar que a nulidade acontece *ab initio*, ao contrário da anulabilidade, cuja rescisão só viria com a sentença. Escreve, sobre a primeira, que “Demais disso, a despeito da afirmação de não produzir o ato efeito *ab initio*, enquanto não for reconhecida por sentença, pode sempre o ato produzir dano, quando não seja, perturbando a certeza de direito, que constitui um bem jurídico. Daí a relatividade da assertiva, que poderia gerar a impressão de prescindir seu conhecimento sempre do ato judicial”. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Invalidade dos Atos Jurídicos – Nulidades – Anulabilidades – Conversão*. *Revista de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 53, jul./set. 1990, p. 12.

<sup>46</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 406.

que a hipótese era de nulidade e não de anulabilidade do negócio, fixando o prazo prescricional em vinte anos, nos termos do art. 177 do Código de 1916<sup>47</sup>. A mesma Corte, na Súmula n.º 494, dispôs que o prazo para se reclamar a nulidade é de vinte anos<sup>48</sup>. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora não seja uniforme, também permite sustentar, em uma grande variedade de casos, a prescritibilidade quanto ao reconhecimento da nulidade<sup>49</sup>.

Acrescente-se ainda que, findo o prazo prescricional, não haveria normalmente interesse de agir em se declarar a nulidade do negócio simulado<sup>50</sup>, pois a pretensão de fazê-lo cumprir também estaria fulminada pela prescrição.

Por outro lado, se o negócio, malgrado sendo nulo, produziu seus efeitos materiais, sustenta Humberto Theodoro Jr. que, “criando para a parte uma situação concreta de titularidade do direito subjetivo por ela adquirido, não se pode mais cogitar da imprescritibilidade da ação para reverter ditos efeitos”, uma vez que “a segurança das relações jurídicas – que é um dos valores mais caros ao direito – não pode ficar indefinidamente em xeque”<sup>51</sup>.

## 10 – CONCLUSÕES

A simulação não é vício do consentimento, mas defeito em que há incompatibilidade entre a causa típica do negócio e o intento prático das partes. Isso justifica que, ao invés de anulabilidade, como no regime anterior, tenha o Código Civil de 2002 preferido incluí-la entre as causas de nulidade. A referida incompatibilidade também é o critério para distinguir o negócio simulado do negócio fiduciário e do negócio indireto.

<sup>47</sup>STF, 2ª Turma, RE 88442-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 86, t. 3, p. 903.

<sup>48</sup>A Súmula mencionada versava a invalidade da venda feita por ascendente a descendente, sem a anuência dos demais descendentes, prevista no art. 1.132 do Código de 1916. Enquanto parte da doutrina sustentava a nulidade, outra forte corrente posicionava-se pela anulabilidade. Na jurisprudência, a perplexidade foi ainda maior. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal inclinava-se pela tese da anulabilidade (Súmula n.º 152, de 16.12.1963), tendo mais tarde abraçado a posição que definia a nulidade do negócio (Súmula n.º 494, de 03.10.1969). No Superior Tribunal de Justiça, houve decisões nos dois sentidos, sendo que, afinal, prevaleceu a tese da anulabilidade (STJ, 4ª Turma, REsp 977-PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 27.03.1995, p. 7160). O novo Código, de modo expresso, estipula que a compra e venda, no caso, é anulável (art. 496), no prazo decadencial de dois anos (art. 179).

<sup>49</sup>Como exemplos de hipóteses em que se aplicou o prazo de prescrição vintenária, vejam-se: nulidade de compra e venda simulada que encobre doação (STJ, 4ª Turma, REsp 10.300-SP, Rel. Min. Aadir Passarinho Jr., DJ 08.03.2000, p. 115), nulidade de dissolução de sociedade comercial (STJ, 3ª Turma, REsp 140.369-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJ de 16.11.98, p. 87), nulidade de doação inoficiosa (STJ, 4ª Turma, REsp 151.935-RS, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ de 16.11.1998, p. 96) e nulidade de partilha sem a participação do herdeiro (STJ, 3ª Turma, REsp 68.644-BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 22.04.1997). Em sentido contrário: nulidade de compra e venda de imóvel por falta de outorga uxória (STJ, 3ª Turma, REsp 38.549-SP, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 28.08.2000, p. 70) e nulidade de registro imobiliário por haver duplicidade (STJ, 3ª Turma, REsp 89.768-RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 21.06.99, p. 149).

<sup>50</sup>BUTERA, Antonio. *Op. cit.*, p. 118-124.

<sup>51</sup>THEODORO Jr., Humberto. Nota de atualização. In: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 485.

O efeito da simulação absoluta é a nulidade do negócio simulado, sem que haja um negócio sucedâneo (*colorem habet, substantiam vero nullam*), pois aquele é vazio de conteúdo. Por sua vez, o efeito da simulação relativa é a nulidade do negócio simulado, para que subsista o negócio dissimulado (*colorem habet, substantiam vero alteram*), se válido for na substância e na forma, aplicando-se, assim, o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

O novo Código não ressalva a simulação inocente, admitindo que ela seja, tanto quanto a simulação culposa, causa de invalidade. O princípio da conservação dos negócios jurídicos inspira, no entanto, a ponderação sobre entendimento tão duro.

A declaração de nulidade não deve prejudicar os terceiros de boa-fé, que tenham confiado na validade do negócio simulado. São tutelados os direitos dos terceiros de boa-fé, não a impedir que seja declarada a nulidade, mas tornando-lhes inoponíveis os efeitos dessa declaração.

Como a simulação acarreta a nulidade do negócio que por ela se vicia, são legítimos para pleitear o seu reconhecimento todos os interessados, bem como o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Cabe, outrossim, a declaração de nulidade de ofício, pelo juiz da causa.

Por ser hipótese de nulidade, prevê o novo Código, ademais, que não há convalidação pelo decurso do tempo; em outras palavras, o negócio nulo não se torna válido. Na esteira da melhor doutrina e da jurisprudência dominante ainda na vigência do Código Civil de 1916, não se deve deixar de cogitar, porém, da prescritibilidade da pretensão de impugnar judicialmente o negócio simulado, sendo que é de dez anos o prazo geral de prescrição ditado pela nova lei.