Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Gustavo Souza de Azevedo

Simulação civil em perspectiva dinâmica: estudo sobre a eficácia do negócio jurídico simulado

Rio de Janeiro
2022

Gustavo Souza de Azevedo

Simulação civil em perspectiva dinâmica: estudo sobre a eficácia do negócio jurídico simulado

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A994 Azevedo, Gustavo Souza de

Simulação civil em perspectiva dinâmica: estudo sobre a eficácia do negócio jurídico simulado / Gustavo Souza de Azevedo. - 2022.
156 f.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.
1. Eficácia e validade no direito - Teses. 2.Tutela – Teses. 3.Direito privado – Teses. I.Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Gustavo Souza de Azevedo

Simulação civil em perspectiva dinâmica: estudo sobre a eficácia do negócio jurídico simulado

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 26 de maio de 2022.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Carmem e Arnaldo, e à minha irmã, Mariana, sem os quais eu não seria.

AGRADECIMENTOS

Por paradoxal que possa parecer, todo agradecimento contém, em si, uma parcela de ingratidão. São tantas as pessoas que, ao longo da vida, contribuem, de alguma maneira, por mais singela que seja, para estarmos onde estamos que o limite da memória não permite o justo agradecimento a todos. De toda forma, agradecer é preciso, pois, se sonhar é coisa de se fazer sozinho, realizar sonhos é atividade coletiva. E a vida, se vale a pena ser vivida, vale porque compartilhada. O afeto é o motor do mundo.

Finalizado o mestrado em direito civil na Uerj, o primeiro agradecimento deve ser dirigido àqueles cujos ensinamentos foram tão valiosos ao longo dos dois anos de curso – que se tornaram três, devido à pandemia. Professores que efetivamente fazem jus ao título e que iluminam seus alunos com clareza de raciocínio e rigor técnico, agradeço a todos cujas aulas pude desfrutar: Aline de Miranda Valverde Terra, Anderson Schreiber, André Roque, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Eduardo Nunes de Souza, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Gustavo Tepedino, José Ricardo Cunha e Milena Donato Oliva. Em nome desses mestres, agradeço a todos os professores que tive desde a pré-escola até o presente momento, que não mediram esforços para me tornar alguém melhor. Se aprendi algo, sem dúvida devo mais à capacidade desses dedicados guias do que à minha própria capacidade.

Ainda dentre as pessoas especiais com quem tive o privilégio de compartilhar a trajetória no mestrado em direito civil da Uerj, agradeço aos colegas que ingressaram comigo em 2019: Camila Ferrão, Camila Melchior, Diego Dias, Erick Régis, Laís Cavalcanti, Lucas Reale, Marco Antônio Lima, Mariana Vasconcellos, Marília Lopes, Matheus Baia, Renan Cortazio, Renata Setton, e Suzani de Souza. Sem o companheirismo, o bom humor e a generosidade de cada um a trajetória teria sido muito mais árdua. Dentre todos, porém, não posso deixar de destacar o Marco Antônio, que, de colega de sala de aula, tornou-se companhia semanal nas arquibancadas de São Januário.

Agradeço também a todas as pessoas incríveis com as quais a Universidade do Estado do Rio de Janeiro me deu o privilégio de conviver desde 2013, quando ingressei na graduação. A Uerj é instituição ímpar não apenas em razão da qualidade do ensino e do serviço prestado à sociedade fluminense, mas também por conta das relações de afeto que proporciona. Tão importante quanto sua função social é a função existencial que tem na vida de cada um de seus membros; a Uerj vai muito além de instituição de ensino, ser uerjiano é um estilo de vida, uma forma de encarar o mundo. Poucas instituições têm a capacidade de unir sua comunidade com tamanha intensidade. E tantas são as pessoas direta ou

indiretamente ligadas à Uerj a quem sou grato que as listar nesse exíguo espaço seria impraticável. Em nome de todas, porém, não poderia deixar de citar expressamente Guilherme Monegalha e Rodrigo Côrrea, amigos que se tornaram irmãos.

Antes da Uerj, contudo, houve o Colégio Santo Agostinho. As amizades cultivadas na nossa eterna Turma C, no limiar para completarem duas décadas, são preciosidades a serem levadas para a eternidade. Como verdadeira família, as vicissitudes da vida por vezes nos afastam fisicamente e nos impedem de estarmos juntos com a frequência que gostaríamos, mas o carinho fraternal que nos une e o apoio incondicional nos momentos de necessidade são certezas inabaláveis no mundo dos afetos líquidos.

Não posso deixar de registrar, ainda, o quão privilegiado sou por defender esta dissertação perante banca composta pelos professores Eduardo Nunes de Souza e Maria Celina Bodin de Moraes. Nem nos mais mirabolantes devaneios eu poderia imaginar, em 2013, quando ainda calouro na Faculdade de Direito da Uerj, que, quase dez anos depois, estaria diante dos meus dois primeiros professores de direito civil nesse tão importante momento da vida acadêmica. Dizem – e tendo a concordar – que a primeira impressão é a que fica e, sem dúvida, ter sido apresentado ao direito civil pelas lições de dois professores tão inspiradores representou o primeiro impulso – e talvez o mais importante – para chegar a esse momento. Aos professores, portanto, agradeço não só pela generosidade de compor a banca examinadora, mas, principalmente, por terem sido a causa primordial do meu interesse pelo direito civil.

Completa a banca meu orientador, professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. A gratidão que sinto não se exprime em palavras. Verdadeiro pai acadêmico, desde 2017, tanto no escritório quanto nas pesquisas acadêmicas, o professor deposita em mim confiança que não sei se mereço. Principal responsável por me incentivar a prestar a prova do mestrado no mesmo ano que finalizava a graduação, suas lições diárias de direito e de vida para sempre me acompanharão. Agradeço imensamente ao professor por todo o aprendizado dos últimos cinco anos.

Finalmente, agradeço à minha família. Sem o apoio das pessoas incríveis mencionadas nos parágrafos anteriores, eu não seria o que hoje sou – e, ouso dizer, muito provavelmente seria algo pior. Contudo, não fossem meus pais, Carmem e Arnaldo, e minha irmã, Mariana, eu simplesmente não seria. Devo-lhes a existência e muito mais, pois, sem eles, haveria nada no lugar do algo.

RESUMO

AZEVEDO, Gustavo Souza de. *Simulação civil em perspectiva dinâmica*: estudo sobre a eficácia do negócio jurídico simulado. 2022. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A simulação civil, insituto por meio do qual o direito privado lida com o fingimento de atos jurídicos, é conhecida dos juristas há milênios. Foi com as revoluções liberais e as codificações oitocentistas, porém, que a figura ganhou os contornos dogmáticos que carrega até os dias atuais. O dogma da vontade apreendeu a simulação como divergência entre vontade interna (verdadeira) e vontade externa (fictícia), de modo que a solução conferida pelo BGB ao problema da simulação – invalidade do negócio simulado por vício da vontade – influenciou diversos ordenamentos da família romano-germânica, inclusive o brasileiro. O estágio atual do direito, no entanto, com o abandono do dogma da vontade, a funcionalização das situações jurídicas e a constitucionalização do direito civil, torna anacrônica a apreensão tradicional acerca da simulação civil. Percebe-se, igualmente, enorme descompasso entre a cominação legal acerca da nulidade do negócio simulado e os diversos efeitos jurídicos que, em inúmeros casos, decorrem da relação entre simuladores. Diante disso, propõe-se uma releitura da eficácia da simulação civil à luz do que se denominou de renovada teoria geral das invalidades negociais. Defende-se que, apesar da previsão legal de nulidade do negócio simulado, o intérprete-aplicador não pode parar neste estágio de análise da legalidade do ato, devendo realizar juízo de merecimento de tutela dos interesses – tanto das partes como de terceiros – envolvidos no caso concreto à luz da totalidade do ordenamento unitariamente considerado para que encontre a melhor solução para aquela específica relação jurídica.

Palavras-chave: Simulação; negócio jurídico; invalidade; eficácia; merecimento de tutela.

ABSTRACT

AZEVEDO, Gustavo Souza de. *Contract simulation in a dynamic perspective*: a study on simulated contracts' efficacy. 2022. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Simulation is the legal institute that deals with fake contracts. It is known for thousands of years, but only after the liberal revolutions and the elaboration of Civil Codes by the European countries in the 19th Century the institute was defined in its modern terms. The acceptance of the dogma of will as a premise of the classical contract law generated a definition of simulation as the disagreement between internal will (real) and external will (false). In parallel, the solution to this disagreement provided by the German Civil Code was to stablish the invalidity of the simulated contracts, as the will of the contractors was vicious. The German solution for the problem proposed by simulated contracts was followed by various civil law legal systems, the Brazilian Civil Code included. This classical understanding about simulated contracts, however, is outdated nowadays, specially after the forsaken of the dogma of will, the enshrinement of the funccional analysis of legal rights and the constitutionalization of civil law. It is notable, as well, the mismatch between the legal provision indicating the nullment of simulated contracts and the various legal effects that can arise from this kind of simulated relations. From this premises, this dissertation proposes a reinterpretation of the efficacy of simulated contracts inspired in the renewed theory of invalid contracts. Thus, it is argued that, despite de legal provision determining the invalidity of a simulated contract, the judge must not be satisfied by this solution and should go beyond in order to analyse the accordance of the effects of the simulated contracts with the principles of the legal system and its values.

Keywords: Simulation; legal transactions; invalidity; efficacy; merit judgement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A MENTIRA COMO VIRTUDE? 10

1 **SIMULAÇÃO CIVIL: CONCEITO E REQUISITOS** 19

1.1 **O conceito de simulação no cenário da conceituação de negócio jurídico** 19

1.1.1 Declaração de vontade como elemento central da estrutura do negócio jurídico 20

1.1.2 O negócio jurídico em perspectiva funcional 27

1.1.3 Simulação como divergência consciente entre estrutura e função do negócio jurídico 31

1.2 **Requisitos para a configuração da simulação civil** 33

1.2.1 Divergência entre declaração e efeitos 34

1.2.1.1 Interposição fictícia de pessoa 35

1.2.1.2 Declaração não verdadeira 38

1.2.1.3 Antedatação e pós-datação 40

1.2.2 Acordo simulatório 42

1.2.3 Intenção de enganar terceiro 47

1.3 **Simulação absoluta e simulação relativa** 51

2 **AS POTENCIALIDADES EFICACIAIS DA SIMULAÇÃO CIVIL** 60

2.1 **Eficácia dos negócios jurídicos em geral** 61

2.2 **Simulação e autonomia privada** 63

2.3 **Efeitos da simulação civil entre as partes** 65

2.3.1 Efeitos reflexos do negócio jurídico dito aparente 67

2.3.2 Obrigação de cumprir o que se dissimulou e legítima expectativa de não ser demandado pelo que se simulou 70

2.3.3 Dever de manter o sigilo da simulação 76

2.4 **Efeitos da simulação civil em relação a terceiros** 79

2.4.1 Terceiros prejudicados pela simulação 79

2.4.2 Terceiros de boa-fé e eficácia do negócio dito aparente 82

2.4.3 Conflito de interesses entre terceiros 90

3 **MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SIMULAÇÃO CIVIL NO CONTEXTO DA RENOVADA TEORIA DAS INVALIDADES NEGOCIAIS** 93

3.1 **A renovada teoria das invalidades negociais** 94

3.2 **A preservação de efeitos na simulação civil, princípio da conservação dos efeitos negociais e conversão do negócio jurídico nulo** 105

3.2.1 Validade formal do negócio dito dissimulado: preenchimento, pela declaração de vontade aparente, dos requisitos formais do negócio resultante do processo de conversão do negócio simulado 115

3.2.2 Validade substancial: merecimento de tutela dos efeitos dissimulados e dos demais interesses envolvidos na simulação civil 120

CONCLUSÕES..... 132

REFERÊNCIAS 143

INTRODUÇÃO: A MENTIRA COMO VIRTUDE?

O poeta é um fingidor
Finge tão completamente
Que chega a fingir que é dor
A dor que deveras sente.

(Fernando Pessoa)

O fingimento faz parte da realidade social, verdade e mentira compõem igualmente a natureza humana a ponto de Benjamin Constant afirmar que "[o] princípio moral, por exemplo, que prescreve ser um dever dizer a verdade, se fosse considerado de uma maneira absoluta e isolada, tornaria impossível qualquer sociedade",[1] pensamento que encontra raiz na filosofia platônica.[2] José Ingenieros, em seus estudos de psicologia, identificou a simulação como um dos principais instrumentos à disposição dos indivíduos e dos grupos sociais na luta pela vida. Em suas palavras, "todos os homens são mais ou menos simuladores, embora em alguns apenas seja a simulação um meio habitual e preferido de luta pela vida".[3]

O direito, como parte integrante e indissociável do fenômeno social,[4] naturalmente não está imune ao fingir. Atos jurídicos – assim como qualquer ato humano – podem ser praticados com o intuito de gerar uma falsa percepção da realidade àquele que o interpreta. Historicamente, a teoria jurídica e a legislação denominaram de *simulação* o fingimento de atos jurídicos, qualificando-os como *atos simulados*.

O direito romano pré-clássico já estava familiarizado com a figura e, por força do formalismo imperante à época, atribuía plena eficácia ao ato simulado, pois valia o que estava

---

[1] CONSTANT, Benjamin. Das Reações Políticas, capítulo 8 ("Dos princípios"). Trad. Theresa Calvet de Magalhães. In: PUENTE, Fernando Rey (org.). *Os filósofos e a mentira*. Belo Horizonte: UFMG; Departamento de Filosofia – FAFICH/UFMG, 2002. No capítulo mencionado, Constant coloca-se expressamente em oposição a Kant ao afirmar, na sequência, que "Temos a prova disso nas conseqüências muito diretas que um filósofo alemão tirou desse princípio, chegando até mesmo a pretender que a mentira fosse um crime em relação a assassinos que vos perguntassem se o vosso amigo, perseguido por eles, não está refugiado em vossa casa". Kant, na sequência, elaborou sua tréplica publicada com o título *Sobre o suposto direito de mentir por amor à humanidade*, na qual reafirma sua tese no sentido de que qualquer mentira configura "uma injustiça causada à humanidade em geral". (In: KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 189).

[2] N'A República, Platão narra o seguinte ensinamento de Sócrates: "Suponhamos que um amigo, em seu juízo perfeito, me tenha confiado algumas armas, e mas venha reclamar quando estiver doido: deverei devolver-lhas? Ninguém diria tal, nem que eu agisse bem em fazê-lo, como tampouco julgariam que fosse meu dever falar sempre a verdade a uma pessoa em semelhante estado. (...) Nesse caso, a justiça não se limita a falar a verdade e a devolver o que recebemos". (PLATÃO. *A República*. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, pp. 14-15).

[3] INGENIEROS, José. *A simulação na luta pela vida*. Salvador: Progresso, 1956, pp. 80-81.

[4] "O direito é antes de tudo cultura de uma determinada sociedade, síntese dos problemas e de suas soluções". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 5-6).

escrito, sendo irrelevante seu caráter simulatório,[5] o que, inclusive, levou Ihering a afirmar que "o *dolus* e a *fraus* estavam legalizados" e "o direito antigo não conhecia nenhum remédio contra esse mal".[6] Já no período clássico, os romanistas vislumbram indícios da ineficácia dos atos simulados e na era pós-clássica fixa-se esse princípio geral, que se cristalizou na expressão de Modestinus: "*constractus imaginarii iuris vinculum non obtinente, quum fides facti simulatur non intercedente veritate*".[7]

Interessante observar que, em Roma, a razão justificadora da invalidade dos atos simulados tinha contornos práticos. Conforme explica Homero Prates, "[n]ão indagavam os jurisconsultos romanos qual a verdadeira intenção dos simulantes em constituir o ato aparente; bastava-lhes o confronto entre a verdade e a ficção, entre a *simulata gesta* e a *veritatis substantia*".[8] O ato simulado era juridicamente inválido simplesmente porque, com sua prática, as partes de fato não pretendiam produzir efeitos jurídicos.

Apenas na modernidade, com o desenvolvimento do dogma da vontade na esteira do triunfo burguês na era das revoluções, que a simulação recebeu a definição frequentemente repetida até os dias de hoje, com uma ou outra variação, mas que se resume na *discordância entre vontade interna e vontade declarada*.[9]

---

[5] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 180. Ainda sobre o formalismo do período pré-clássico, vale mencionar: "Dominava a forma sobre o conteúdo e, em consequência deste formalismo rigoroso, a interpretativo era absolutamente literal: atendia apenas ao significado dos *verba* que a experiência consagrara com grande exactidão e, por isso, a i*urisprudentia* pontifical tinha considerado na redacção das formas solenes dos negócios. Numa palavra: a *interpretatio* limitava-se a procurar determinar "id quod actum est", porque a *voluntas*, que tinha levado as pessoas à realização do acto negocial, desaparecera obnubilada nos *verba*. Por isso, não se questionavam os seus vícios nem tinha sentido a eventual divergência entre a vontade e a declaração". (JUSTO, Antonio Santos. A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breves referências aos direitos português e brasileiro. In: *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*: derecho de obligaciones, t. VI. Oviedo: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2021, p. 664).

[6] IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*, v. III. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 103.

[7] Digesto, Livro XLIV, Título 7, princípio 54. Em tradução livre: "contratos imaginários não geram vínculo jurídico, porque fatos simulados não se baseiam na verdade".

[8] PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 106. Ainda de acordo com o autor: "O motivo de nulidade dos atos simulados residia para os romanos na circunstância de que nos negócios jurídicos deve prevalecer a verdade sobre a aparência: o ato simulado é nulo porque não é verdadeiro, porque não corresponde à realidade". No mesmo sentido, v. CÁMARA, Héctor. *Simulación em los actos jurídicos*. 2ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 67: "Los juristas romanos, sin embargo, para investigar el motivo de la nulidad no analizan psicológicamente e lacto, apreciando en forma parcial la relación jurídica; el negocio aparente era nulo por no corresponder a larealidad".

[9] CORDEIRO, António Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2014, p. 67. Nesse sentido, v. também MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 207: "caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declara"; e SANTOS, José Belleza. *A Simulação em Direito Civil*. Coimbra: Dactilografado por Mário da Silva e Sousa, 1955, p. 10: "normalmente a manifestação exterior da vontade está em perfeita harmonia com a vontade que se declarou. (...) Pode, porém, acontecer, e de facto algumas vezes acontece, que esses dois elementos, em lugar de coincidirem, sejam divergentes. (...) Essa divergência pode ser intencional, tendo-se querido aparentar uma vontade que realmente se não tem. É o que se verifica nas declarações *ludendi causa*, na reserva mental, na simulação". E,

A centralidade conferida à vontade pelo nascente direito privado pós-revolucionário encontra explicação na necessidade da nova classe dominante de viabilizar o desenvolvimento de sua atividade econômica. A ordem jurídica precisava moldar-se a uma sociedade, na descrição de Eric Hobsbawm, "dedicada a uma economia de obtenção de lucro, livre iniciativa competitiva, esforços do indivíduo isolado, igualdade de direitos, oportunidade e liberdades".[10]

O sistema passa a girar em torno do homem burguês, sujeito de direito, que, pelo poder de sua vontade, desenvolvia atividade econômica com meios de produção que eram de sua propriedade e cujos produtos comercializava por meio de contratos celebrados com outros burgueses, razão pela qual Michele Giorgianni vislumbra a *propriedade* e o *contrato* como os dois pilares daquela ordem jurídica, "ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo".[11] E a vontade do sujeito de direito consistia no motor fundamental que dava a propulsão inicial à engrenagem do recém-criado sistema capitalista.[12]

Nesse momento histórico, juristas da envergadura de Savigny elaboram institutos jurídicos da mais alta abstração,[13] como a *relação jurídica* e o *direito subjetivo*, sempre indicando a vontade como elemento fundamental do conceito.[14] Dentre todas essas inovações, porém, destaca-se o *negócio jurídico*, cujo reconhecimento pela ordem jurídica se fundamenta

---

ainda, FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Trad.: A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 59, para quem a simulação "tem a sua origem numa divergência deliberada e secreta do íntimo dos contratantes".

[10] HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital*: 1848-1875. 31ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021, p. 360.

[11] GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras, trad. Maria Cristina de Cicco. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 747, 1998, p. 39.

[12] "No centro deste sistema (...) está o "sujeito" de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário a um estado de sujeição (*subiectum*). O direito subjetivo é por isso entendido como poder da vontade do sujeito, e no centro do sistema sobressai o 'contrato' como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade: pode-se dizer que todo o direito positivo, através da ficção do 'contrato social', é reconduzido aos esquemas voluntarísticos do Direito Privado". (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras, trad. Maria Cristina de Cicco. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 747, 1998, p. 38).

[13] Sobre o conceito de instituto jurídico, Larenz, ainda comentado a obra de Savigny, ensina: "o instituto jurídico é pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito. Não são as regras jurídicas que, no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes – acentua Savigny – são essas regras que, por 'abstracção', se extraem 'artificialmente' da intuição global dos mesmos institutos. (...) é, pois, 'na intuição dos institutos jurídicos' que as regras encontram seu último fundamento'. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad.: Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13).

[14] Nesse sentido, Larenz explica que "Savigny estabelece um conceito abstracto de relação jurídica como um 'poder da vontade'". (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad.: Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 15). E o próprio Savigny afirma que o direito subjetivo consiste em área de poder nos limites da qual "a vontade do indivíduo reina, e reina com o consentimento de todos". (SAVIGNY, F. C. von. *Traité de droit romain*. Tome 1. Paris: Firmin Didot Frères, 1840, p. 7. Tradução livre).

na "*plena realización de la voluntad humana, dentro de los límites trazados por la ley moral y el bien general*".[15]

O negócio jurídico consiste, portanto, no instrumento no qual a vontade do sujeito possui mais ampla atuação, capaz de definir os efeitos jurídicos do ato praticado, o que o diferencia dos atos-fatos jurídicos e dos atos jurídicos em sentido estrito. Por meio dele, o particular pode autogerir suas atividades, em pleno exercício de liberdade individual.[16] Talvez justamente por consistir no mais importante vetor da vontade individual previsto na ordem jurídica é que o negócio jurídico tenha assumido a centralidade dos sistemas jurídicos de influência germânica.[17]

Assim, a simulação ganhou o enquadramento dogmático que se reflete na grande maioria das legislações contemporâneas, como causa de invalidade dos negócios jurídicos em razão da ausência de vontade verdadeira das partes acerca do conteúdo da declaração.[18] Dessa forma se posiciona o *caput* do artigo 167 do Código Civil brasileiro ao estabelecer, em sua primeira oração, que "é nulo o negócio jurídico simulado".

Tendo-se como premissa o dogma voluntarístico e a compreensão do negócio jurídico como instrumento de promoção da liberdade individual, a conclusão encontradiça nas legislações parece natural, pois não se justificaria o reconhecimento, pelo ordenamento, de negócio jurídico que não fosse verdadeiramente querido pelas partes. Essa solução, no entanto, não se mostra suficiente quando se está diante de simulação relativa –e mesmo em muitos casos de simulação absoluta, diga-se. Por esse motivo, ao lado do negócio simulado, eivado de nulidade, a legislação e a doutrina tradicional vislumbram a possibilidade de haver um negócio dissimulado, potencialmente válido, se presentes os requisitos formais e substanciais de validade. Nos termos da segunda oração do *caput* do artigo 167 do Código Civil; "subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma".

Em termos gerais, desta forma se cristalizou a problemática da simulação na doutrina moderna e nas legislações: invalidade do negócio simulado, que, por isso, não produz

---

[15] ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil* (parte general), t. 1, v. 1. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. Blas Pérez González; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 53.

[16] "Il negozio giuridico, in quanto constituisce uno dei mezzi per l'autoregolamento dei propri interesi, in quanto è mezzo di attuazione del domínio della volontà sulla sfera giuridica propria del soggetto, è il precipuo strumento dell'autonomia privata". (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Npoli: Morano, pp. 54-55).

[17] "O núcleo dos estudos da teoria geral do direito civil, verdadeiro centro de gravidade dos demais institutos da Parte Geral, finda por ser o negócio jurídico – sua estrutura, suas modalidades, seus eventuais efeitos e invalidades, sua prova". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 36-37).

[18] Nas palavras de Francisco Ferrara: "a falta de validade (...) é um efeito reflexo da falta de ser querido o conteúdo da declaração". (FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 65).

efeitos;[19] e potencial validade do negócio dissimulado, hábil a produzir efeitos se presentes os requisitos de substância e forma. Como se nota, a apreensão da matéria nesses termos representa uma forma estática de modulação dos efeitos jurídicos da simulação. A ausência do elemento volitivo eivaria sempre o negócio jurídico simulado de invalidade – e, portanto, de ineficácia –, ao passo que a presença desse elemento no negócio dissimulado permitiria a produção de efeitos.

Essa solução se explica pelo fato de que o único controle de eficácia dos negócios jurídicos conhecido pela doutrina do século XVIII e primeira metade do século XIX consistia na análise estrutural da validade (licitude).[20] Ou seja, o único meio que as legislações modernas tinham à disposição para afirmar a ineficácia do negócio simulado era declará-lo nulo, da mesma forma que só poderiam reconhecer a produção de efeitos pelo negócio dito dissimulado se identificassem nele um negócio jurídico válido distinto daquele que se simulou.[21]

---

[19] Nessa direção, vale mencionar consideração feita por Alberto Auricchio, com base na doutrina italiana a respeito da matéria, de que "o estudo do negócio simulado não permitia nenhuma certeza, a não ser a sua incapacidade de produzir efeitos em relação aos contraentes". (AURICCHIO, Alberto. *A simulação nos negócios jurídicos*: premissas gerais. 1ª ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra editora, 1964, p. 7). Da mesma forma, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi afirmam que "il contratto simulato non produce effetto tra le parti". (CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. Padova: CEDAM, 1997, p. 1.321). Trata-se de afirmação constantemente repetida na doutrina italiana tendo em vista a previsão do artigo 1.414, § 1º, do Código Civil daquele país, segundo o qual: "*Il contratto simulato non produce effetto tra le parti*".

[20] No apogeu do liberalismo, a relevância conferida à vontade individual para a produção de efeitos jurídicos afastava qualquer possibilidade de interferência na autonomia privada que não fosse previsível para as partes. Por essa razão, o legislador, pelo método regulamentar, estabelecia genérica e abstratamente os requisitos de validade do negócio jurídico, sem os quais não seria possível a produção de efeitos. Nas palavras de Gustavo Tepedino: "a teoria do negócio jurídico, formulada o esplendor do voluntarismo e dotada de substrato teórico de rara sofisticação, serviu de instrumento técnico para a segurança da autonomia privada, subordinando os efeitos obrigacionais a uma série de pressupostos, requisitos e modalidades associados a elementos subjetivos, objetivos e formais. Com a teoria do negócio jurídico logrou o Direito assegurar-se de que os efeitos obrigacionais tivesses por fonte, inicialmente, a vontade real dos agentes e, posteriormente, a vontade declarada, valorando-se, assim, à luz de disciplina legal extensa e analítica, o livre discernimento e o conteúdo das declarações tal qual manifestadas, em homenagem à maior segurança social". (TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (coords.). *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014, p .320). Ainda a respeito desse primeiro momento do controle de legalidade dos autos de autonomia privada, à época do apogeu liberal: "A legalidade para o direito civil constituiu, assim, a afirmação de uma liberdade na forma de controle. Sustentar que a atividade particular encontrava limites apenas na ilicitude (vale dizer, na contrariedade à expressa disposição legal) implicava afirmar, por via de consequência, que nenhum outro limite além da própria lei se aplicava a ela". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 43).

[21] Como observa Eduardo Nunes de Souza, "o chamado plano da validade negocial pode ser compreendido, ao fim e ao cabo, como uma questão de eficácia, ou melhor, de controle da eficácia negocial". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 40).

Como consequência, recorreu-se a construções dogmáticas que parecem um tanto artificiais, tal qual a afirmação de que existem dois negócios jurídicos na simulação relativa.[22] Além disso, meramente cominar o negócio simulado de nulidade e reconhecer a possibilidade de validade do negócio dito dissimulado por vezes não se afigura suficiente para explicar a produção de efeitos, no caso concreto, pelo ato simulado.

A bem da verdade, doutrina e legislação tentaram, por longo tempo, mitigar esse postulado genérico por meio de regras e exceções que serão detidamente analisadas ao longo do trabalho. O que vale dizer, por ora, é que logo se percebeu a possibilidade de, em alguns casos, a simulação civil não ser ilícita e, por isso, merecer a produção de – certos – efeitos. O método regulamentar, no entanto, mostrou-se incapaz de abarcar a miríade de interesses envolvidos nos casos concretos.

Por essa razão, parece essencial analisar a questão em perspectiva dinâmica. Para tanto, recorre-se ao arsenal teórico desenvolvido a partir do final do século XIX, com a elaboração da doutrina do abuso de direito, e, posteriormente, com o surgimento da noção de merecimento de tutela em sentido estrito.[23] Essa nova forma de compreensão do fenômeno

---

[22] Carvalho Santos demonstrava a relevância de se distinguir negócio simulado de negócio dissimulado na seguinte passagem: "a simulação, pois, só não é causa de nulidade, explicam os tratadistas, da obrigação realmente contratada, o que mostra a necessidade de distinguir o ato jurídico simulado do dissimulado". (SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 390). No mesmo sentido, v. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 34: "[n]a simulação relativa, a doutrina interpreta o princípio de que a simulação é tolerada, enquanto não tenha um escopo fraudatório, no sentido de que a nulidade do negócio simulado, nessa espécie de simulação, não contamina o negócio dissimulado, não acarreta a nulidade deste, se ele, em si mesmo, for válido, se contiver os requisitos de substância e de forma exigidos em lei". Por outro lado, Cunha Gonçalves já afirmava, a respeito da teoria dualista da simulação, que "há nesta doutrina um excesso de fantasia". (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 876).

[23] A respeito do abuso de direito, Josserand ensina: "é preciso compreender, efetivamente, que os direitos nos são concedidos pelos poderes públicos, não para que façamos uso deles discricionariamente, a torto e a direito, mas visando um motivo determinado; instituídos pela sociedade, teem missão social a cumprir, uma aspiração, um destino de que não devemos afastá-los". (JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. In. *Revista Forense*, vol. LXXXVI, a. XXXVIII, abril de 1941, p. 552). Daí se compreensão a noção do abuso como exercício disfuncional de certo direito. Já o merecimento de tutela, nas palavras de Eduardo Nunes de Souza, "se revela uma instância positiva de controle dos atos dos particulares, que não visa diretamente à repressão de violações ao direito (papel já desempenhado pelos juízos de ilicitude e abusividade), mas sim a conferir proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que promove – ainda que a consequência indireta dessa proteção acabe por resultar na repressão a outro exercício particularmente conflitante com ele. (...) Note-se que a solução conferida ao ato que não se considera merecedor de tutela não dista daquela direcionada ao exercício abusivo das situações jurídicas: a partir de uma análise funcional, identifica-se em que medida o ato precisa ser reprimido. A diferença está essencialmente no fundamento pelo qual se nega tutela ao ato. Em caso de abuso, verifica-se uma desconformidade à função que caracteriza e legitima a própria situação jurídica, aos valores e interesses que o sistema associa a ela". (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; Meireles, Rose Melo Venceslau. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, pp. 93-94).

jurídico passou a permitir o controle funcional de legalidade dos atos jurídicos e conferiu ao intérprete renovados mecanismos para modulação dos efeitos do negócio jurídico.

Da mesma forma, a metodologia civil-constitucional, norteadora do presente trabalho, propicia uma análise funcional dos atos simulados ao permitir a apreensão do caso concreto à luz do ordenamento jurídico como um todo.[24] Em superação do método subsuntivo, tal metodologia propugna que interpretação e aplicação do direito ocorrem simultaneamente, afastando-se, assim, da compreensão meramente estática do fenômeno jurídico. Ganham relevo, para a solução do caso concreto, os princípios e valores constitucionais, que conferem unidade ao ordenamento.[25]

Nessa medida, a premissa que permeia o presente trabalho consiste, na esteira da renovada teoria geral das invalidades que se tem desenvolvido em doutrina nos últimos anos,[26] em compreender a simulação – tal qual se faz com as demais hipóteses de invalidade – como um problema de merecimento de tutela dos efeitos produzidos pelo ato simulado. A regra geral prevista no Código Civil – invalidade do ato simulado e potencial validade do ato dito dissimulado – apresenta-se apenas como ponto de partida do processo interpretativo, que não torna prescindível, ao intérprete, a modulação dos efeitos do ato concretamente analisado a partir do ordenamento globalmente considerado.[27]

---

[24] "A qualificação do fato jurídico é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina: trata-se de construir a resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta, exigência portadora de uma sua irrepetibilidade. (...) A interpretação tem função aplicativa, tem escopo prático, é a identificação de um significado jurídico (efeitos do fato). O fato não preexiste à interpretação, mas é constituído pelo procedimento que o interpreta: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições. A subsunção – sobre a qual se baseia a tese que considera a qualificação uma fase autônoma e distinta – é um modelo superado, fruto da confusão entre lógica formal e raciocínio prático". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 650-652).

[25] Nesse sentido, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que uma das proposições fundamentais da metodologia civil constitucional consiste "no reconhecimento da abertura do sistema aos valores constitucionalmente assegurados, a permitir a unidade interpretativa do ordenamento jurídico". (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Rumos contemporâneos do direito civil*: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 20). Na mesma direção, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 9: "Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido norrnativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário".

[26] Dentre os trabalhos que se têm desenvolvido a respeito da teoria das invalidades, destacam-se o de Eduardo Nunes de Souza (*Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017), o de Hamid Charaf Bdine Júnior (*Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010), e o de Alexandre Guerra (*Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016).

[27] "O brocardo *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como um juízo lógico, enquanto, a rigor, ela é 'um instrumento modelado para disciplinar a vida de relação'. O intérprete não se pode

A partir desses pressupostos até aqui estabelecidos, pretende-se, no primeiro capítulo, apresentar os contornos da simulação civil, com seu conceito e seus requisitos, tendo como supedâneo a numerosa doutrina existente sobre o tema, mas sempre em perspectiva crítica. Busca-se, assim, reformular os desafios impostos ao jurista pela simulação a partir do estágio atual do direito privado, em especial com a superação do individualismo e do voluntarismo clássicos, que permitiu compreender o negócio jurídico de maneira objetivada.

No segundo capítulo, a atenção se voltará propriamente à identificação dos potenciais efeitos da simulação civil, tanto entre as partes simuladoras como em relação a terceiros. Nessa etapa, o negócio simulado será estudado como instrumento hábil a produzir, modificar ou extinguir situações jurídicas, seja em razão de seu relevante papel como instrumento de autonomia privada à disposição das partes, seja em decorrência da incidência de princípios do ordenamento, como a boa-fé objetiva e a tutela da aparência.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se ao estudo da modulação dos efeitos identificados no capítulo dois. Para isso, a renovada teoria das invalidades será utilizada como premissa com o objetivo de demonstrar que, na análise do caso concreto, embora o dado normativo a respeito da invalidade do negócio simulado e da potencial validade do ato dissimulado consista em importante ponto e partida, mostra-se insuficiente para resolver todos os casos de simulação de maneira satisfatória, devendo o intérprete avaliar a totalidade dos efeitos daquele negócio em específico à luz do ordenamento como um todo para, assim, individuar a melhor disciplina para aquela relação jurídica.

Ao cabo do trabalho, espera-se que o leitor tenha uma visão da simulação civil em perspectiva dinâmica, compreendendo os interesses e valores jurídicos em jogo para que, à luz do caso concreto, tenha os instrumentos necessários à modulação dos efeitos do negócio simulado de acordo com os princípios constitucionais, não se limitando à aplicação subsuntiva do artigo 167 do Código Civil. Como bem compreendia Benjamin Constant, o fingimento faz parte da vida em sociedade e não necessariamente será contrário à moral – ou ao direito, no específico caso da simulação. Argutamente afirmava Cunha Gonçalves que "pode verificar-se, pois, na simulação toda a gama de motivos, desde o extremo do escrúpulo de consciência até ao da falta absoluta de escrúpulos".[28] Isto é, em atrevida ampliação do poema de Fernando Pessoa e na linha do que foi constatado por José Ingenieros, podemos

---

limitar a tomar conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*, a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar leis 'claras' ou leis 'ambíguas': a clareza não é um *prius* (o pressuposto), mas é um *posterius* (o resultado) da interpretação". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 616).

[28] GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 841.

afirmar que não apenas os poetas são fingidores, mas todos que vivem socialmente são fingidores, o que se modifica, de caso para caso, são os interesses envolvidos no fingimento. E são estes interesses que devem ser sopesados pelo intérprete quando analisa um caso de simulação civil.

1 SIMULAÇÃO CIVIL: CONCEITO E REQUISITOS

Verdade, mentira, certeza, incerteza…
Aquele cego ali na estrada também conhece estas palavras.
Estou sentado num degrau alto e tenho as mãos apertadas
Sobre o mais alto dos joelhos cruzados.
Bem: verdade, mentira, certeza, incerteza o que são?

(Alberto Caeiro)

Muito já se escreveu sobre simulação civil, tendo eminentes autores se debruçado sobre a conceituação do instituto, bem como sobre a identificação dos requisitos necessários à sua configuração. A maioria deles, no entanto, analisou o tema sob a perspectiva voluntarista, como já mencionado, enxergando na simulação um desacordo entre vontade interna (real) e vontade externa (declarada).

O presente capítulo pretende, em primeiro lugar, conceituar a simulação a partir dos contornos atuais atribuídos ao negócio jurídico.[29] Na sequência, serão analisados, um a um, os requisitos identificados, em doutrina, para se reconhecer um negócio jurídico simulado. Por fim, serão analisadas as categorias da simulação absoluta e da simulação relativa. Em síntese, o que se pretende, neste momento, é fornecer ao leitor instrumentos para, à luz do caso concreto, concluir o que é e o que não é simulação, ou, nas palavras do poema Alberto Caeiro, o que é verdade e o que é mentira.

1.1 O conceito de simulação no cenário da conceituação de negócio jurídico

Antes de iniciar qualquer argumentação, faz-se necessário estabelecer consensos fundamentais sobre os quais o argumento será erigido. Por essa razão, antes de adentrar no conceito de simulação, importante dar passo atrás para tratar do conceito de negócio jurídico. Essa simbiose existente entre os conceitos dos institutos mencionados foi constatada por Alberto Auricchio, para quem "se define primeiro, no campo da teoria geral, o negócio, e se lhe identifica a essência naquele elemento que lhe justifica a eficácia, necessariamente, esse

[29] Embora se admita que a simulação seja fenômeno relacionado aos atos jurídicos *lato sensu*, o presente trabalho focará, especificamente, na simulação de negócio jurídico, tendo em vista ser nesta categoria que a problemática se coloca com maior relevância e mais amiúde. Muito do que se desenvolverá adiante, no entanto, poderá ser aplicado à simulação de atos jurídicos em geral. Para melhor compreensão da distinção entre fato jurídico, ato jurídico lato sensu, ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, v. TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol 1, jul./set. 2014, pp. 8-37.

elemento faltará na simulação; saber se ele é a vontade ou a causa, é um problema sucessivo e até secundário".[30]

1.1.1 Declaração de vontade como elemento central da estrutura do negócio jurídico

Estruturalmente falando, as teorias a respeito da definição de negócio jurídico subdividem-se em subjetiva e objetiva. A primeira delas, elaborada quando da formulação inicial do instituto pela doutrina alemã, identifica a vontade dos agentes como seu elemento central. Significa dizer que, ausente uma vontade verdadeira no sentido do que foi declarado, o negócio será incapaz de produzir efeitos jurídicos. De acordo com Savigny, precursor dessa corrente, quando "a vontade que parece resultar da manifestação não existe na realidade, (...) então não há lugar para se admitir suas consequências jurídicas".[31] Conforme observa Orlando Gomes, segundo essa linha de pensamento, "na interpretação dos negócios jurídicos deve-se atender à intenção do declarante, à sua vontade real, visto que a declaração não passa de simples processo de sua revelação ".[32]

A teoria subjetiva, nos moldes como foi inicialmente formulada, representa a consagração máxima do individualismo e do dogma da vontade. Funda-se na filosofia kantiana segundo a qual o ato de vontade jamais poderá ser injusto, expressa nos seguintes termos: "se alguém decreta algo contra um outro, é sempre possível que, com isso, cometa injustiça contra este, mas nunca naquilo que decide sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*)".[33] Em outras palavras, se o negócio por meio do qual o agente busca regular seus interesses corresponde à sua vontade real, impossível considerá-lo injusto e, por consequência, inválido.

Essa corrente, no entanto, não tardou a receber críticas, principalmente em razão do embaraço que representava à segurança jurídica. Com efeito, dar preferência, sem ressalvas, à vontade interna em detrimento da declarada é o mesmo que pendurar uma espada de Dâmocles sobre o negócio jurídico, tornando-o suscetível à ineficácia a qualquer momento.[34]

---

[30] AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico*: premissas gerais. 1ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 14.

[31] SAVIGNY, F. C. von. *Traité de droit romain*. Tome 3. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1843, p. 277. Tradução livre.

[32] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 211

[33] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Célia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013, pp. 119-120.

[34] "a segurança dos contratos não consente que se possa impugnar sem mais nada a própria declaração e tirar-lhe o valor, com a alegação de que é diversa do pensamento íntimo". (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999,

Sem falar na dificuldade prática que impunha ao intérprete, obrigado que estava a perquirir a vontade psicológica dos contratantes.[35]

Por esse motivo, rapidamente os adeptos da teoria subjetiva trataram de mitigá-la, tornando-a mais compatível com o dinamismo e a necessidade de segurança impostos pelo trânsito jurídico.[36] Nessa linha, desenvolveu-se, por exemplo, a teoria da *culpa in contrahendo*, segundo a qual o contratante deve ser diligente quando da formação do negócio jurídico a fim de evitar futuras causas de invalidade. Como consequência, se assim não agir, aquele responsável pela ineficácia do negócio responderá pelos danos produzidos à contraparte. Atualmente, a teoria da *culpa in contrahendo* encontra-se superada pela responsabilidade pré-contratual, desenvolvida como corolário da boa-fé objetiva e que, por isso, torna supérflua qualquer investigação a respeito de culpa. No entanto, sua contribuição histórica para a evolução das teorias subjetivas do negócio jurídico é inegável.[37]

Para além disso, a teoria subjetiva do negócio jurídico representava a ideologia de seu tempo, caracterizada pelo liberalismo clássico do século XIX. Já na parte final daquele século, contudo, ocorrem importantes alterações estruturais no interior do capitalismo com a superação da fase da concorrência, na qual o poder econômico estava distribuído entre empresários de portes relativamente iguais que competiam no mercado com uma certa paridade de forças – capitalismo concorrencial –, e a passagem para uma nova fase, caracterizada pela centralização do capital em poucos empresários que controlam o mercado – capitalismo monopolista.

Nessa nova etapa, a indústria caracteriza-se por ter seus mercados estruturados de forma oligopólica.[38] Segundo Gisela Taschner Goldenstein, referida mudança estrutural no interior do sistema capitalista pode ser percebida pelos seguintes fatos: o desenvolvimento de empresas gigantes e a mudança da base de acumulação; a emergência de novas relações entre

---

p. 330). No mesmo sentido, v. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos do negócio jurídico no novo Código Civil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, 2001, p. 118.

[35] "Per le esigenze stesse della vita sociale non possiamo in genere indagare l'altrui interno volere, que, per lo più, è impenetrabile, e dobbiamo, perciò, stare alla dichiarazione altrui. Nessuma relazione sociale, né di affari né di amicizia, eee... serebbe possibile se non si desse, di regola, credito all'altrui parola". (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 17ª ed. Milão: Giuffrè, 2004, p. 174).

[36] "Os autores que, de um modo ou outro, se filiam à teoria subjetiva, sempre se preocupam com os excessos que de sua aplicação rígida poderiam resultar". (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 161).

[37] Sobre as figuras da *culpa in contrahendo* e da responsabilidade pré-contratual, v. FRITZ, Karina Nunes. Responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas Essenciais*: obrigações e contratos, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 149-198).

[38] BRAGA, José Carlos de Souza; MAZZUCCHELLI, Frederico. Notas introdutórias ao capitalismo monopolista. In.: *Revista de Economia Política*, vol. 1, nº 2, 1981, p. 59.

a propriedade e o controle do capital, bem como de novas técnicas de gerência; o desenvolvimento da indústria cultural, da publicidade, do crédito e do capital financeiro; a extensão da educação formal tendencialmente a toda a sociedade; a incorporação sistemática da ciência pelo processo produtivo; a internacionalização cada vez maior do modo de produção; e a liberação do capital de suas limitações técnicas e financeiras.[39]

Nesse cenário, surgem empresas extremamente poderosas economicamente que acabam por dominar o mercado. Percebe-se, assim, uma significativa diminuição da concorrência, vez que as novas mega indústrias tolhem o desenvolvimento dos capitalistas menores, tornando rara a figura do livre empreendedor e iniciando a era das sociedades anônimas.[40] Conforme observa Savatier, "a atividade empresarial se despersonaliza, ela se torna, ou ao menos corre o risco de se tornar, cada vez mais, uma coisa, uma matéria despersonalizada. (...) por meio dessa evolução, o espaço do contrato individual se retrai continuamente. (...) a vontade das partes perde, cada vez mais, a centralidade no contrato".[41]

Paralelamente, as grandes indústrias fazem surgir massas proletárias, que rapidamente se organizam e tomam consciência política. A pressão dos movimentos sociais, que logo passam a ocupar espaço nos parlamentos, promove significativas alterações legislativas.[42] Houve, portanto, um verdadeiro aumento da complexidade da sociedade. Enquanto, no século XIX, o direito se preocupava apenas na manutenção da igualdade formal entre burgueses a fim de permitir a livre concorrência, no século XX teve que resolver questões relacionadas ao desequilíbrio concorrencial, com o surgimento dos grandes monopólios, e aos interesses das classes trabalhadoras, que passaram a ocupar espaços de atuação na sociedade.[43]

---

[39] GOLDENSTEIN, Gisela Taschner. Trabalho e dominação no capitalismo monopolista: um esboço de sistematização. In.: *Revista de Administração de Empresas*, vol. 26, nº 4, São Paulo, 1986, p. 1.

[40] "Essa estrutura econômica modificada transforma também as funções do empresário. O livre empreendedor desaparece. O empresário de hoje em dia é mais ou menos um mero funcionário da empresa". (NEUMANN, Franz. *O império do direito*, trad.: Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 437-438).

[41] SAVATIER, René. *Les metamorphoses ecónomique et sociale du droit civil d'aujourd'hui*. 2ª ed. Paris: Librairie Dalloz, 1952, p. 84. Tradução livre.

[42] A mais relevante alteração legislativa ocorrida no direito positivo nesse período talvez seja a adoção preferencial de cláusulas gerais de textura aberta, em oposição às regras gerais e abstratas que caracterizavam as codificações oitocentistas. Afinal, os conceitos tidos por universais e absolutos que fundamentavam o direito liberal do século XIX não mais eram capazes de solucionar os diferentes conflitos sociais e a igualdade formal por ele proporcionada não era mais satisfatória em um mundo marcado por desigualdades materiais decorrentes tanto da acumulação de capital pelos monopólios quanto das demandas sociais do proletariado, que passaram a ser pautas políticas. Aparecem, então, no direito positivo, expressões como "boa-fé", "bons costumes", "bem comum" e "função social", que conferiram ao juiz um espaço maior de discricionariedade, vez que seu método de aplicação não é mais subsuntivo. Nas palavras de Franz Neumann, as cláusulas gerais "passaram de enteados do direito à posição de filhos preferidos e mimados" (NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa, trad.: Bianca Tavolari. In.: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 109, 2014, p. 70).

[43] Ripert resume as questões que surgiram acerca do negócio jurídico nesse momento histórico com as seguintes indagações: "Supondo a convenção irrepreensível pelo seu objeto e pelo seu fim, estão as duas partes em pé de igualdade e não será a sua desigualdade justamente daquelas que a lei se deve esforçar por corrigir, sendo como

O ideal liberal, pautado numa autonomia da vontade cujo pilar consistia na concepção de liberdade individual como noção pré-jurídica e, por isso, infensa a controles pelo direito, perde espaço nessa nova e complexa sociedade.[44] Ganha relevo a intervenção estatal nas relações privadas e o dirigismo contratual próprio do que se denominou de Estado social.[45]

Tendo em vista o caráter histórico-relativo do direito como sistema aberto às influencias econômicas e sociais que o circundam, naturalmente a teoria do negócio jurídico

---

é a mãe da injustiça? Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência ou da sua vontade? Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e a das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?" (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 54-55).

[44] Segundo António Menezes Cordeiro, "uma discussão antiga curava saber se essa liberdade era originária ou derivada: no primeiro caso, ela corresponderia a um dado imanente das pessoas, dotadas, por si mesmas, do poder de criar Direito; no segundo, ela ocorreria por concessão do Direito. Várias implicações históricas e metodológicas actuaram neste domínio; a natureza originária da autonomia privada liga-se a um individualismo mais marcado, traduz o domínio do 'dogma da vontade' e implica a inclusão no Direito de factores que o transcendem". (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. 1. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1987/88, pp. 343-344). Na legalidade constitucional, no entanto, conforme explica Pietro Perlingieri, "cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade". Nessa linha, o autor observa que o simples fato de Tício entrar em seu automóvel e percorrer alguns quilômetros é juridicamente relevante, porque é manifestação de um valor, de um princípio jurídico, o da liberdade de circulação. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 5-6). Nessa perspectiva, mesmo a autonomia privada, considerada pelo direito liberal como realidade pré-jurídica, em verdade deve se submeter aos princípios e valores sociais ou, nas palavras de León Duguit, a uma função social: "tomada em sí misma, la concepción individualista es insostenible. Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedade y que aporta estos derechos a la sociedade es uma idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es uma pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es um ser social; no puede vivir más que em sociedade; ha vivido siempre em sociedade. (...)
En efecto, todo derecho por definición implica uma relación entre dos sujetos. Si se imagina um hombre aislado y absolutamente separado de sus semejantes, no tiene, no puede tener derechos. Robinson em si isla no tiene derechos; no puede tenerlos em tanto no esté em relación con otros hombres". (DUGUIT, León. *Las transformaciónes del derecho público y privado*. Trad.: Carlos G. Posada. Granada: Comares, 2007, p. 157).

[45] Nas palavras de Gustavo Tepedino: "Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiriam profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia". (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In. *Temas de direito civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4). No mesmo sentido, v. RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo: AM2, pp. 32-33: "Proponho distinguir dois períodos na história de nossa legislação. O primeiro compreende todo o século 19. As classes burguesas detêm a riqueza e exercem o poder. Há portanto uma aliança entre as duas potências, econômica e política. O capitalismo se vangloria de ser individualista e liberal. Ele mesmo cria as instituições jurídicas de que necessita, mas pede, apesar disso, ao legislador, que as reconheça, obtendo-o facilmente. (...) O segundo período começa no fim do século 19. Produziu-se um fato essencial, a emancipação do sufrágio universal. (...) Pela mesma época, os sindicatos declarados lícitos agrupam os trabalhadores e mais tarde a Confederação Geral do Trabalho reúne os sindicatos operários e as associações de funcionários. O socialismo faz agora figura de partido político e tem como programa a luta contra o capitalismo".

não poderia passar imune a alterações tão significativas.[46] Assim, surgem as correntes ditas objetivas, que abandonam a busca pela vontade interna do sujeito e atribuem valor jurígeno apenas à declaração de vontade, cujo conteúdo seria facilmente apreensível por qualquer um que a analisasse. Conforme defende Emílio Betti, expoente dessa corrente, "declaração e comportamento não são simples revelação externa, manifestação complementar de um estado de espírito interno", mas diversamente, "declaração e comportamento são a realização ordenadora de uma linha de conduta (...), e que têm, portanto, uma relevância essencialmente social e uma eficácia operativa própria".[47] Nota-se, facilmente, uma radical mudança de concepção a respeito do negócio jurídico, que, em sua origem, preocupava-se com a tutela da liberdade individual – teorias subjetivas – e que passa a ser compreendido a partir de uma perspectiva social.[48]

A teoria objetiva levada às últimas consequências, no entanto, também provoca graves iniquidades. A primeira crítica formulada contra essa doutrina, que logo salta aos olhos, diz respeito à impossibilidade de, em todo e qualquer caso, levar-se em conta apenas o conteúdo declarado sem que se provoquem flagrantes injustiças. Citem-se, aqui, os defeitos do negócio jurídico ou vícios do consentimento, capazes de invalidá-lo justamente em razão de a declaração não corresponder à vontade real do contratante. Certamente nem mesmo os mais ferrenhos defensores da teoria objetiva poderiam admitir a validade de negócio jurídico celebrado por força de coação ou dolo, por exemplo.

Por conta disso, aparecem, em doutrina, teorias intermediárias, que procuram conciliar vontade e declaração na conceituação do negócio jurídica.[49] A que fornecer a melhor resposta

---

[46] "A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito. Ela partilha a abertura do sistema científico com todas as outras Ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do sistema objectivo é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do Direito, como um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável". (CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 281).

[47] BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 81.

[48] Conforme expõe Antônio Junqueira de Azevedo, "não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda-se inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21).

[49] Vicente Ráo, ao tentar conciliar vontade e declaração, afirma: "a harmonia entre os elementos volitivos e entre eles e o elemento objetivo representado pela declaração é, sem dúvida, requisito necessário, em substância e em princípio, da normalidade dos atos jurídicos. Mas, quando os conflitos surgem e se caracterizam, logo se revela a inexistência de uma regra única e geral de solução, regra que a doutrina até hoje não logrou formular, por não ser

ao problema parece ser a tese desenvolvida por Antônio Junqueira de Azevedo. Filiando-se às linhas objetivas ao afirmar que "a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade", o autor reconhece a relevância da vontade para sua validade, pois "a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos".[50]

Dito de outra forma, estruturalmente falando, o elemento central do negócio jurídico consiste na declaração. Entretanto, a vontade do agente não é de todo irrelevante, sendo o processo volitivo momento anterior e fundante da autonomia privada, de modo que, se estiver viciada a vontade, o negócio subsequente poderá ser invalidado, tendo em vista que apenas uma vontade livre e consciente a animar a prática de negócios jurídicos se mostra capaz de, em última instância, fundamentar a obrigatoriedade dos pactos.[51]

Importante observar, contudo, que o vício da vontade capaz de invalidar o negócio jurídico, precisa, de alguma forma, ser exteriorizado e, portanto, ser apreensível pela contraparte. O intérprete não precisa, neste caso, adentrar nos meandros psíquicos do emissor da vontade a fim de identificar-lhe a vontade real. Cabe-lhe, em verdade, verificar se há algum indício exteriorizado que poderia ou deveria fazer a parte receptora perceber que a manifestação de vontade exarada se encontrava viciada.

Veja-se, a título de exemplo, o caso do erro substancial como causa de invalidade do negócio jurídico. Não é qualquer erro que permite a anulação, mas apenas o erro "que poderia

---

possível submeter ao mesmo tratamento todas as espécies de fato ocorrentes". (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 170). No mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 229.

[50] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 82-83. No mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 242: "pareceria ingênuo reduzir o autorregulamento preceptivo, em que se constitui o negócio, em ato de vontade, pressuposto nem sempre íntegro da declaração. Na esteira de tais considerações, a vontade, em si mesma considerada, não é propriamente elemento do negócio jurídico, senão a declaração de vontade, conforme manifestada e percebida no mundo social". Esse conceito de negócio jurídico parece ter como base aquele desenvolvido por Ludwig Enneccerus, para quem "Aunque la plena realización de la voluntad humana, dentro de los límites trazados por la ley y el bien general, constituye la base del reconocimiento del negocio jurídico, la seguridad del tráfico exige, no obstante, en casos nada raros, que la declaración de voluntad susceptible de ser reconocida externamente sea válida y eficaz, aunque no medie voluntad alguna o la declaración no tenga el contenido que corresponde a la voluntad. Por esto, la existência de la voluntad interna no debe recogerse em la definición del concepto del negocio jurídico. Por esto, damos la seguiente definición: el negocio jurídico es um supuesto de hecho que contiene uma o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido". (ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil* (parte general), t. 1, v. 1. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. Blas Pérez González; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, pp. 53-54).

[51] "Esta voluntad interna explica cómo uma persona puede estar obligada hacia outra o cómo puede convertirse em titular de un derecho a consecuencia de una disposición legal". (PLANIOL, Marcel. *Tratado de derecho civil*, t. 1. Atualizado por Georges Ripert e Jean Boulanger. Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, p. 417).

ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio",[52] isto é, apenas o erro perceptível pelo receptor é invalidante. Com isso, busca-se preservar a segurança jurídica, pois, nesses casos, o receptor pode prever futura invalidade do negócio celebrado, o que é bem diferente do que ocorre nas teorias ditas subjetivas, que torna o negócio ineficaz por discrepar da vontade real independentemente da cognoscibilidade dessa discrepância pelo outro contratante, tornando-o refém dos psicologismos alheios.[53]

Essa perceptibilidade do vício da vontade como requisito da invalidade do negócio está presente em todos as demais espécies de defeito do negócio jurídico. Na fraude contra credores, por exemplo, o artigo 159 do Código Civil é claro ao afirmar que os contratos onerosos realizados por alienante insolvente somente serão anuláveis "se a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante".[54]

Nos demais casos de defeito, a cognoscibilidade pelo receptor da declaração de vontade é flagrante. No estado de perigo e na lesão, as próprias circunstâncias deixam claro a incapacidade de o declarante emitir vontade verdadeira, situação da qual o receptor se aproveita para tirar vantagem.[55] No dolo, o próprio receptor produz o erro no emissor, de modo que jamais poderia alegar desconhecimento do vício da vontade.[56] E, por fim, na coação a situação mostra-se ainda mais evidente, pois o emissor é constrangido a celebrar o negócio. Além disso, o artigo 155 do Código Civil corrobora ainda mais o afirmado acima a respeito da necessária cognoscibilidade do defeito pelo receptor, ao estatuir que "subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou

---

[52] Código Civil, art. 138: "São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio".

[53] "o erro do emitente da vontade somente gerará o desfazimento do negócio caso se reconheça a possibilidade de percebê-lo por parte do destinatário". Com isso, "o art. 138 do CC faz uma escolha, a *contrario sensu*, por tutelar os contratantes de boa-fé em que a declaração de vontade, embora viciada, haja despertado legítima confiança". (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 242). No mesmo sentido, v. MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barro. *Negócio jurídico*: vícios sociais. Curitiba: Juruá, 2007, p. 42: "para que haja a anulação, diante do previsto pelo Código Civil brasileiro, é preciso que o erro seja essencial, substancial e recognoscível pela pessoa a quem o negócio jurídico se dirige".

[54] Código Civil, art. 159: "Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante".

[55] Conforme explica Caio Mário da Silva Pereira, para que se caracterize a lesão, é necessário que o beneficiário "se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1. 24ª ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 458). Quanto ao estado de perigo, o artigo 156 do Código Civil é claro ao exigir que o perigo de grave dano seja conhecido pela outra parte.

[56] "O dolo como vício da vontade é a falsa representação à qual uma pessoa é induzida por malícia, ardil ou fraude de outrem. A diferença básica entre o erro e o dolo consiste em ser espontâneo o primeiro e provocado o segundo. O erro deriva de uma falta de atenção ou de perícia do agente. No dolo é a atividade de outrem que, ardilosamente, induz o agente a ter uma falsa representação". (WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*, vol I: introdução e parte geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 183).

devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto".[57]

Em síntese, o que se pretende concluir no presente momento é que, considerado estruturalmente, *o elemento fundamental do negócio jurídico é a declaração de vontade*. Entretanto, a vontade em si tem importante influência na validade no negócio por conta dos denominados vícios do consentimento. A vontade que releva, nestes casos, contudo, não é a vontade psíquica, defendida pelas teorias subjetivas, mas apenas aquela vontade interior discrepante da vontade declarada que, de certa forma, foi exteriorizada e, por isso, tornou-se cognoscível ao receptor da declaração de vontade.

Em paralelo, a manifestação de vontade, elemento central da estrutura do negócio jurídico, deve preencher requisitos para que seja juridicamente válida. Assim, o emissor da vontade deve ser capaz – ou ter assistência ou representação de seu assistente ou representante –; dever ter objeto lícito, possível e determinado ou determinável; e a forma pela qual a manifestação se exterioriza deve ser a prescrita ou não defesa em lei.[58]

1.1.2 O negócio jurídico em perspectiva funcional

O jurista, ao analisar os institutos jurídicos, contudo, não deve se satisfazer apenas com o exame de sua estrutura, devendo, para uma percepção completa do fenômeno, adentrar em sua função.[59] A perspectiva funcional, no direito, tem especial relevância tendo em vista a finalidade prática do ordenamento, isto é, regular relações concretas, de modo que a mera análise contemplativa dos institutos abstratamente considerados não basta para a apreensão de

---

[57] "se preserva o ato justamente porque a parte que aproveitou dessa coação não tinha, ou não devia ter, esse conhecimento, portanto se preserva a sua boa-fé subjetiva e se preserva com isso o negócio". (MOREIRA ALVES, José Carlos. Parte Geral do Novo Código Civil. In: *Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*, parte 1. Rio de Janeiro, 2002, pp. 58-59).

[58] "Elementos essenciais genéricos dos atos jurídicos são a vontade do agente capaz (elemento volitivo compreendendo a autodeterminação do agente, a declaração voluntariamente produzida e a vontade de conteúdo do ato), o objeto possível, lícito, determinado ou determinável, a forma e, segundo certa corrente doutrinária, a causa". (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 85). Nesse sentido, o artigo 104 do Código Civil prescreve: "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei".

[59] "[P]ode-se dizer que estrutura e função respondem a duas perguntas que se põem em torno do fato. O 'como é?' evidencia a estrutura, o 'para que serve?' evidencia a função". (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução do direito civil-constitucional. 3ª ed. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 94). No mesmo sentido e a respeito da análise funcional do direito, v. BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: *Da estrutura à função*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, pp. 53-79).

seus reais contornos.[60] Por esse motivo, também a análise do negócio jurídico não pode se ater ao aspecto estrutural, analisado no item anterior. Uma vez constatado que, em sua estrutura, o negócio consiste na declaração de vontade, passa-se a perscrutar sua finalidade.

O negócio jurídico, tal qual os demais institutos, não é uma estrutura vazia de função, mas produz efeitos concretos. A síntese desses efeitos essenciais, que representa a perspectiva funcional do negócio jurídico, consiste em vicissitudes que os particulares podem provocar voluntariamente em suas situações jurídicas (o tema será aprofundado no item 2.1). Dito de outra forma, o negócio jurídico, genericamente considerado, tem por função permitir ao particular autorregular seus interesses criando, modificando ou extinguindo situações subjetivas.[61] Tais efeitos, porém, precisam passar pelo crivo axiológico do ordenamento para que, apenas após um juízo positivo, mereçam tutela. Nas palavras de Pietro Perlingieri:

> Em um estado social de direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito da pessoa e da sua dignidade, 'não é justificável uma autonomia negocial como dogma em si; nem tudo que é desejado pelas partes é merecedor de tutela. É sempre necessário verificar se um ato de autonomia é lícito, merecedor de tutela, razoável e proporcional, conforme aos princípios e aos valores presentes no ordenamento jurídico; e o legitimado a proceder este controle é quem quer que tenha a devida competência.[62]

Ainda segundo o autor, se a apreensão do negócio jurídico se restringisse à análise estrutural, pouco importa a teoria adotada, se a subjetiva ou a objetiva, ao fim e ao cabo a autonomia privada seria tomada como postulado, insuscetível de controle pelo ordenamento. Isso porque, constatada a presença do elemento central do negócio, seja esse elemento a vontade – teoria subjetiva – ou a declaração de vontade – teoria objetiva –, bem como dos demais requisitos subjetivos, objetivos e formais, o negócio produziria seus efeitos sem que

---

[60] "[A] importância metodológica da distinção entre estrutura e função reside nas potencialidades que se abrem ao hermeneuta – particularmente no âmbito jurídico – para a identificação da verdadeira natureza de seu objeto de estudo, a partir da adoção de uma perspectiva funcional. Na análise funcional dos institutos jurídicos, é a função – vale dizer, o conjunto dos efeitos produzidos, dos interesses promovidos pelos institutos – que permitirá a atribuição de um nomen iuris e a consequente identificação de sua disciplina jurídica". (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. In*: Revista de Direito Privado*, n. 54, 2013, p. 66).

[61] "Todo fato juridicamente relevante, e em particular todo fato humano voluntário, tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento em esquemas típicos ou é moldada pela iniciativa dos sujeitos. (...) Este significado, reconstruído pela aplicação das regras e princípios, se exprime em situações subjetivas, isto é, em efeitos do fato (o efeito é a constituição, modificação ou extinção das situações subjetivas): a função é justamente a síntese dos efeitos essenciais do fato". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 642-643). No mesmo sentido, v. PUGLIATTI, Salvatore. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. In: *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, v. 1, 1947, p. 20.

[62] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

houvesse qualquer controle valorativo à luz do caso concreto,[63] o que não deve ter lugar em uma sociedade que não esteja preocupada apenas com a isonomia formal, mas que tenha a pretensão de produzir justiça no caso concreto.[64]

Nessa toada, a título exemplificativo, merece destaque, na jurisprudência brasileira, o Enunciado 308 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça a respeito da análise funcional do contrato de hipoteca. De acordo com a tese fixada, "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". O mesmo entendimento foi posteriormente estendido para a alienação fiduciária em garantia.

De acordo com o posicionamento do STJ, os contratos de garantia firmados entre construtora e agente financeiro, embora estruturalmente escorreitos e, portanto, válidos, geram, perante o adquirente do imóvel, efeitos nefastos que não merecem tutela do ordenamento. Interessante notar a própria terminologia adotada pelo Enunciado em questão, que faz referência à *ineficácia* desses contratos perante o adquirente e não à invalidade. Isso porque, estruturalmente válidos, esses contratos podem produzir outros efeitos jurídicos que merecerão tutela.[65]

O controle de legalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, neste caso, foi funcional ao notar a incompatibilidade da garantia firmada com valores como a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e a especial proteção conferida pela Constituição da República aos

---

[63] "A diferença entre as duas opiniões consiste no fato de que, enquanto na teoria da vontade existe correspondência entre efeitos desejados e efeitos jurídicos, na teoria perceptiva a correspondência seria entre efeitos declarados e efeitos jurídicos. (...) Estas construções se fundam inteiramente no dogma da autonomia privada, que, todavia, não pode ser tomado como postulado. É necessário questionar, ao contrário, quais são os aspectos em que se manifesta a autonomia negocial. Tradicionalmente, responde-se que esta se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato. É preciso verificar se tais liberdades encontram efetiva confirmação na teoria dos atos, em razão da fisionomia que esta assume dos princípios gerais do ordenamento. É a partir de tais princípios que se extrai a valoração de merecimento de tutela para a autonomia negocial: a autonomia, portanto, não é um valor em si. Revela-se indispensável o reexame da noção à luz do juízo de valor dos atos realizados, para deduzir se estes, considerados individualmente, possam ser regulados, ao menos em parte, pela autonomia negocial". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 342-343).

[64] De acordo com Karl Larez, o estágio atual da doutrina do direito, alcunhada de jurisprudência dos valores tem por propósito "a solução justa de litígios judiciais, ou mais rigorosamente dito, na justiça do caso concreto". (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad.: Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 168).

[65] "Como se vê, o Enunciado 308 não representa o fim da hipoteca. Ao contrário, garante que a hipoteca, assim como qualquer situação jurídica subjetiva, seja valorada e seu merecimento de tutela, especialmente nas relações de consumo, seja avaliado à luz da concreta operação almejada pelas partes". (OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional: a cláusula geral da boa-fé objetiva nas situações jurídicas obrigacionais e reais e os Enunciados 302 e 308 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, ano 24. São Paulo: RT, set.-out. 2015, p. 129).

direitos dos consumidores (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXII; CRFB/88, art. 170, inciso V). Nos termos postos pela Corte em questão,

> a intenção da Súmula 308/STJ é a de proteger, propriamente, o adquirente de boa-fé que cumpriu o contrato de compra e venda do imóvel e quitou o preço ajustado, até mesmo porque este possui legítima expectativa de que a construtora cumprirá com as suas obrigações perante o financiador, quitando as parcelas do financiamento e, desse modo, tornando livre de ônus o bem negociado.[66]

Em suma, demonstrada a importância da análise funcional do fenômeno jurídico e conjugando-a com o exame estrutural realizado no item anterior, uma definição razoável de negócio jurídico, na linha do que propõem Orlando Gomes, no Brasil, e Roberto Ruggiero, no direito estrangeiro, parece ser como *declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos merecedores de tutela pela ordem jurídica*.[67] Com isso, restam abarcadas estrutura e função do instituto, além de deixar clara a necessidade de controle valorativo da autonomia privada,[68] já que "[o] negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral".[69]

Com os contornos do negócio jurídico aqui estabelecidos, pretende-se atribuir novo significado ao velho significante surgido no apogeu do liberalismo voluntarista. Afinal, conforme ensina Luiz Edson Fachin, a constituicionalização do direito civil "é uma nova fundamentação das figuras centrais do direito subjetivo, da autonomia privada, do contrato, da propriedade e da liberdade".[70]

---

[66] STJ, 3ª T, REsp 1.576.164/DF, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julg. 14.05.2019.

[67] Esse parece ser o conceito de negócio jurídico adotado por Orlando Gomes, ao afirmar que "negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei". Adiante, o autor ainda esclarece que "se o escopo prático em mira é tutelado pelo ordenamento jurídico, o negócio produz seus efeitos próprios, aos quais se conforma". (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 207 e 216). Na mesma linha segue a definição de Ruggiero, para quem "a definição mais simples e admitida do negócio jurídico é: "uma declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico". (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 315).

[68] "La autonomia privata reppresenta ancora um aspecto ineliminable della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo s'inserisce ormai in uma concezione dell'ordinamento sche s'inspira al prevalente valore della solidarieta sociale, quale valore di fondo della mostra Constituzione" (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. III: Il contratto. Milão: Giuffrè, 1984, p. 33). No mesmo sentido v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. In: civilistica.com, a. 2, n. 1, 2013, p.

[69] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. In: *civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013, p. 6.

[70] FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 84-85.

1.1.3 Simulação como divergência consciente entre estrutura e função do negócio jurídico

Identificados o conceito de negócio jurídico, bem como seus perfis estrutural e funcional, estabeleceram-se as premissas necessárias para que, finalmente, possa-se examinar a figura central do presente estudo, a simulação civil. De início, importante esclarecer que a legislação brasileira não estabelece um conceito de simulação, deixando à doutrina o papel de definir o instituto.[71] Trata-se de escolha legislativa distinta da que realizou o legislador português, que no artigo 240º, nº 1, definiu simulação nos seguintes termos: "[s]e, 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", o que, aliás, justifica a reprodução, mesmo pelos autores portugueses contemporâneos, da definição de simulação como "divergência entre declaração e vontade real".[72]

O Código Civil brasileiro, por outro lado, apenas determinou as consequências jurídicas da simulação civil no *caput* do artigo 167 e, no parágrafo primeiro, indicou tipos abertos – ou modalidades – de negócios simulados, a partir dos quais se pode identificar um conceito único para o instituto, bem como seus requisitos específicos.

Se há algum consenso a respeito da simulação, que tanto divide os autores, ela reside na constatação de que, no negócio jurídico simulado, existe divergência consciente entre a declaração emitida e um dado da realidade, daí se afirmar que a simulação é o instituto elaborado pelo direito para lidar com o fingimento no âmbito jurídico.[73]

Esse dado da realidade com o qual a declaração diverge varia de acordo com a concepção de negócio jurídico adotada pelo intérprete, conforme desenvolvido nos itens anteriores. A doutrina clássica, pautada no dogma da vontade, identificava, na simulação, divergência entre vontade real (interna) e declaração (vontade declarada ou externa).

---

[71] Trata-se de orientação tradicional do direito positivo brasileiro, que, no mais das vezes, recusa estabelecer conceitos e definições dos institutos em geral. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, em sua exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1963: "Na convicção de que a lei não se destina a fins didáticos, mas ao ordenamento social, ou dirige-se à vontade antes que à inteligência, na feliz expressão do mestre Clóvis Beviláqua, abandonei as definições, que melhor se sentem nos livros de doutrina e nos compêndios universitários". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Anteprojeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Sérgio Fragoso, 1964, p. 9).

[72] A título ilustrativo, mencione-se Rui Diogo de Castro Leitão, para quem "desacordo intencional entre a vontade real e a respetiva declaração". (LEITÃO, Rui Diogo de Castro. *O problema da simulação*: uma solução em sede de interpretação jurídico-negocial? Dissertação de mestrado: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2015, p. 117). E, também, António Barreto Menezes Cordeiro, segundo o qual "a divergência entre a vontade declarada e a vontade real representa o elemento mais distintivo da simulação". (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 65).

[73] Hector Cámara, após examinar diversas teorias a respeito do conceito de simulação, chega à seguinte conclusão: "en un sentido generalísimo, simular significa representar o hacer parecer alguna cosa fingindo o imitando lo que no es". (CÁMARA, Héctor. *Simulación en los actos jurídicos*. 2ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p 28).

Conforme explica Castro y Bravo, o desenvolvimento desse conceito de simulação pela doutrina alemã também se justifica pelo fato de tal sistema jurídico ser anticausalista, o que embaraçava qualquer explicação do instituto a partir dos efeitos jurídicos.[74]

Essa definição com base na vontade interna, no entanto, popularizou-se de tal forma que ganhou adeptos mesmo em países tradicionalmente causalistas.[75] Encontram-se até mesmo autores que, embora perfilam no grupo dos defensores da acepção objetiva do negócio jurídico, ao tratarem da simulação retornam ao conceito voluntarista mencionado.[76]

Superada, porém, a apreensão individualista do negócio jurídico, tal definição não merece ser acatada, pois representaria imprecisão lógica a partir do que se definiu como sendo os caracteres do instituto. Dessa forma, ao se seguir a linha de raciocínio iniciada nos itens precedentes, a simulação civil deve ser conceituada como *divergência intencional entre declaração de vontade e efeitos concretamente perseguidos pelas partes*,[77] o que, em última análise, significa dizer que simulação consiste no descompasso entre o elemento estrutural do negócio jurídico – a declaração de vontade – e a função ou finalidade prática pretendida pelos negociantes.[78] Nessa direção, Alberto Auricchio escreve que "entre as sugestões mais vivas

---

[74] "Esta doctrina no es compatibile con um sistema caracterizado precisamente por el intento de prescindir de la causa. De ahí, los ingeniosos esfuerzos de la doctrina alemana para explicar la simulación, refiriéndola a uma desarmonía o contradicción em el juego de la voluntad y de la declaración. Dirección del pensamento jurídico, aunque apropiada solo al Derecho alemán, que há influido mucho, hasta podérsele llamar dominante, em países de sistemas causalistas". (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 336). Vale mencionar que a legislação civil espanhola, diversamente do direito germânico, trata a simulação como um problema de causa do negócio jurídico, considerando-a uma hipótese de *causa falsa* no artigo 1.276 do Código Civil: "La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita".

[75] A título ilustrativo, Guido Alpa, ao conceituar simulação civil a partir do ordenamento jurídico italiano, tradicionalmente causalista, escreve: "si ha simulazione quando vi è divergenza voluta tra la volontà e la dichiarazione". (ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006, p. 51).

[76] Nesse sentido, Orlando Gomes, embora, como visto, pareça se alinhar mais às correntes objetivas do negócio jurídico, ao conceituar a simulação afirma que a figura tem lugar "quando em um contrato se verifica, para enganar a terceiro, intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelas partes". (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 319).

[77] Nessa direção, "Quando le parti stipulano un contratto ma in realtà no ne vogliono gli effetti oppure vogliono la produzione di effetti diversi, l'accordo si dice simulatorio". (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 1997, p. 412. Tradução livre: "Quando as partes estipulam um contrato mas em realidade não lhe querem os efeitos ou querem a produção de efeitos diversos, o acordo se diz simulatório"). No mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, v. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 349: "na simulação, dessa forma, há divergência intencional entre o declarado e o efetivamente realizado". Ver, ainda, De Page, para quem "les parties, pour atteindre un résultat déterminé, font une convention dont l'effet principal n'est pas celui qu'elles ont visé". (DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2. Bruxelles: Etablissements émile Bruylant, 1934, p. 536).

[78] Em outros termos Emílio Betti parece querer dizer a mesma coisa, isto é, que na simulação há descompasso entre estrutura e função do negócio ao afirmar que "a discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto, pode configurar uma verdadeira *incompatibilidade*: e então teremos o fenômeno da simulação". (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 278).

sugeridas pelo estudo da simulação, fica a tarefa de sincronizar a teoria do negócio com a das situações subjectivas, a dinâmica com a estática jurídica".[79]

Esse conceito será pormenorizado nos próximos itens, que tratarão dos requisitos indicados pela doutrina como necessários à configuração da simulação civil. Como se verá, tais requisitos espelham os contornos indicados na definição do parágrafo anterior. Posteriormente, quando se adentrar no exame da distinção entre simulação absoluta e simulação relativa (item 1.3) e, ainda, quando se perquirir os efeitos da simulação civil e sua modulação (capítulos 2 e 3), então será possível concretizar, com exemplos ilustrativos, a conceituação de simulação civil aqui apresentada.

1.2 Requisitos para a configuração da simulação civil

A doutrina, ao se debruçar sobre a simulação civil, identifica, no mais das vezes, três requisitos capazes de caracterizar a simulação civil e distingui-la de figuras afins. Esses requisitos podem ser classificados como requisito objetivo, requisito subjetivo e requisito teleológico. O primeiro deles, requisito objetivo, consiste naquilo que se definiu no item anterior como divergência entre a declaração de vontade e um dado da realidade. Para fins do presente trabalho, como já se pôde indicar, esse dado da realidade é os efeitos concretamente perseguidos pelas partes, portanto, o primeiro requisito nada mais é que a *divergência entre declaração e efeitos*.

O segundo requisito, dito subjetivo, é a consciência de ambos os negociantes a respeito da simulação. Isto é, todas as partes do negócio devem estar cientes e concordar que os efeitos perseguidos concretamente não correspondem àquilo que foi declarado. Tal requisito pode ser denominado de *conluio* ou *acordo simulatório*.

Finalmente, o terceiro requisito proposto pela doutrina, denominado aqui de teleológico, consiste no objetivo buscado pelas partes ao celebrarem negócio jurídico simulado. Diz-se que a simulação tem sempre por objetivo *enganar terceiro*.[80] Esse requisito

---

[79] AURICCHIO, Alberto. *A simulação nos negócios jurídicos*: premissas gerais. 1ª ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra editora, 1964, p. 32.

[80] Vários autores listam os três requisitos mencionados, ilustrativamente, v. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7ª ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 401: "Para que se configure o vício da simulação, é necessário que reúna os seguintes elementos: 1) conformidade das partes contratantes; 2) o propósito de enganar, ou inocuamente ou em prejuízo de terceiro ou da lei; 3) desconformidade consciente entre a vontade e a declaração". No mesmo sentido, v. FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 52. Conforme observa António Barreto Menezes Cordeiro, "a identificação inequívoca dos três requisitos pode ser encontrada em todos os manuais e tratados de Direito civil". (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 65).

comumente identificado, no entanto, será criticamente examinado, tendo em vista que, aparentemente, não é dotado de autonomia em relação aos demais.

1.2.1 Divergência entre declaração e efeitos

A divergência entre declaração e efeitos – ou entre estrutura e função do negócio – consiste em declarar aquilo que não se quer efetivamente. Esse desacordo, como requisito da simulação, mostra-se essencial para distingui-la de outros institutos que possuem características análogas, em especial o negócio fiduciário e a fraude contra credores. Na lição de Serpa Lopes, "força é, entretanto, não confundir a ação anulatória do ato jurídico simulado com a ação pauliana. Nesta, ataca-se um ato verdadeiro e que, nada obstante, pode produzir um prejuízo aos credores; na ação anulatória por simulação pede-se, ao contrário, a anulação de um ato de mera aparência".[81]

Em síntese, nesses dois outros institutos não há qualquer divergência entre declaração e efeitos. Verificam-se, na prática, todas as consequências jurídicas esperadas daquele negócio declarado, o que não ocorre na simulação.[82] Quando, por exemplo, devedor insolvente faz doação de bens em favor de parente seu, há ali verdadeira doação, conquanto anulável por representar fraude a seus credores, não se podendo cogitar de negócio simulado.[83] O que gera a confusão entre as figuras, conforme observa Homero Prates, é que, no mais das vezes, "o negócio simulado não é senão umas das formas agravadas de fraude, porque disfarçada e encoberta: oculta quase sempre o intuito de prejudicar a credores, ao Fisco ou de dar aparência de negócio lícito a uma violação da lei".[84] No que toca à distinção e

---

[81] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7ª ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 406). No mesmo sentido, v. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2. Bruxelles: Etablissements émile Bruylant, 1934, p. 549: "l'ction paulienne suppose la sincérité de l'acte que le créancier ataque. (...) L'action en déclaration de simulation se fonde au contraire, sur le caractere fictif de l'acte". Tradução livre: a ação pauliana supõe a sinceridade do ato que o credor ataca. (...) A ação de declaração de simulação se funda, ao contrário, sobre o caráter fictício do ato").

[82] "o negócio simulado e o ato real em fraude de credores se distinguem num ponto fundamental: é em que um é sincero, efetivo, outro fictício ou aparente". (PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 92).

[83] CC, art. 158: "Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos"

CC, art. 159. "Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante".

[84] PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 92. No mesmo sentido, v. BUTERA, Antonio. *Della frode e della simulazione*, t. II: della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis. Torino: Unione tipográfico-editrice torinese, 1936, p. 59: "La simulazione, in sostanza, è uma forma aggravata o qualificata di frode. L'atto fraudolento e l'atto simulato, pur differenti tra di loro, coincidono su di un terreno comune, nel senso che l'uno e l'altro danneggiano le ragioni dei creditori".

às problemáticas envolvendo simulação e negócio fiduciário, serão aprofundadas adiante, quando do estudo da simulação relativa.

Importante frisar, então, que a divergência entre declaração e efeitos é da essência da simulação e está presente nos três suportes fáticos indicados nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 167 do Código Civil, que serão analisados a seguir.

1.2.1.1 Interposição fictícia de pessoa

O primeiro desses suportes fáticos, indicado no inciso I, ocorre quando o negócio jurídico aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem. Trata-se, aqui, da interposição de pessoa com o fim de ocultar o real adquirente do direito transmitido, também denominada de simulação *ad personam* ou simulação relativa subjetiva.[85] Como observa Messineo, nessa modalidade de simulação "o contrato não é atingido por inteiro, mas em apenas um de seus elementos subjetivos no sentido de que, mantida a efetividade de todos os outros elementos, um dos sujeitos é fictício":[86]

Nesse elemento subjetivo, portanto, que reside a divergência essencial à simulação quando se está diante de interposição fictícia de pessoa. Enquanto a declaração de vontade indica que se transfere certo direito ao sujeito *A*, na realidade quem exerce, na prática, a nova situação jurídica criada pelo negócio jurídico é o sujeito *B*. O efeito jurídico diverge, nessa medida, daquilo que, estruturalmente, o negócio indica.[87]

A simulação por interposição fictícia de pessoa tem lugar, de modo geral, quando o verdadeiro adquirente do direito transferido não pode, por qualquer motivo, exercer a situação jurídica criada pelo negócio jurídico celebrado. Ilustrativamente, pode-se mencionar a hipótese do tutor, que, por expressa vedação legal, está impedido de adquirir bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor.[88] A fim de fraudar a lei, pode o tutor solicitar a alguém de sua confiança que atue como seu testa de ferro e figure como adquirente do bem do menor, mas

---

[85] "l'inserzione di un soggetto in un rapporto che sorge od è destinato a realizzarsi fra altri soggetti". (DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*. Torino: Tip. Cane & Durando, 1960, p. 380).

[86] MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 534. Tradução livre.

[87] Observa-se que a pessoa interposta apenas exerce a função de ponte para a realização do negócio efetivo, realmente querido pelo simulador-vendedor. Ela não tem interesse algum, a não ser favorecer, em razão de laços de amizade, o pretenso vendedor". (GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87).

[88] CC, art. 1.749. "Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade: I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor".

quem, ao fim e ao cabo, usufrui efetivamente do bem adquirido é o tutor. Evidentemente que, desvendada a artimanha, nulo será esse negócio jurídico.

Importante pontuar que interposição fictícia de pessoa não se confunde com a técnica da representação. Esta ocorre quando, por determinação ou por negócio jurídico unilateral – procuração –, alguém está habilitado a agir em nome de outra pessoa, de modo a vincular diretamente o representado perante terceiros com quem tratar.[89] Eis, portanto, a grande distinção entre as figuras: na interposição fictícia, o testa de ferro assume, ainda que ficticiamente, um dos polos da relação jurídica, aparentando, para a sociedade, ser o titular daquela situação subjetivo; já na representação, o próprio representado aparece, ostensivamente, como titular daquele centro de interesse, servindo o representante apenas como veículo por meio do qual emite-se a vontade do representado.

Da mesma forma, a interposição fictícia não se confunde com a interposição real, também chamada de representação indireta. Neste caso, o terceiro (*B*) adquire o direito perante o alienante (*A*) e, na sequência, por meio de um novo negócio jurídico transfere àquele que verdadeiramente desejava a aquisição (*C*). Observe-se que, neste caso, há dois negócios jurídicos e há duas transferências de titularidade, servindo o terceiro como intermediário do adquirente final.[90] Não há, aqui, simulação, mas sim dois negócios jurídicos verdadeiros que, conjuntamente, promovem a finalidade pretendida pelas partes: a transferir a titularidade de *A* para *C*.[91] Na lição de Luca Nanni, a questão fundamental que se coloca para

---

[89] "A representação, por sua vez, consubstancia técnica de atuação em nome de outrem que tem como núcleo central a contemplativo domini, isto é, agir declaradamente em nome alheio, de maneira que os terceiros que tratam com o representante consideram estarem vinculados ao representado, que figura como parte nos ajustes entabulados". (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre representação voluntária e o contrato de mandato. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). *Teoria geral do direito civil*: questões controvertidas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 214).

[90] Em hipóteses como essa, se estará diante, no mais das vezes, de negócios fiduciários, pois a garantia que o adquirente final tem de que o intermediário efetivamente lhe transferirá o direito adquirido é apenas a confiança que nele deposita: "aquele que espera a transferência futura (...) não tem nenhuma garantia de que tal transferência terá lugar, a não ser a confiança que deposição no amigo – a fidúcia que entre eles reina". (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p 284). Conforme ensina Milena Donato Oliva, "a doutrina ressalta, ainda, como nota característica do negócio fiduciário, o chamado poder de abuso por parte do titular do direito, decorrente da ausência de mecanismos legais que pudessem assegurar o retorno do bem ao fiduciante (ou a terceiro) na hipótese de sua indevida alienação pelo terceiro". (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas: 2014, p. 15). A distinção entre simulação e negócio fiduciário ou negócio indireto será aprofundada adiante.

[91] "No primeiro caso [interposição real], a interposta pessoa intervém no negócio jurídico como contratante verdadeiro, adquire os direitos e assume as obrigações do contrato, ainda que esteja fiduciariamente obrigada a retransmitir a outrem o conteúdo dos direitos adquiridos. Só em sentido económico se pode dizer que a referida pessoa não tem interesse e permanece estranha à relação estabelecida, pois juridicamente será sempre uma parte contratante e esta situação não se modificará, mesmo que se prove que agiu por conta de outrem. (...) Muito diferente é a figura do testa de ferro. Este não intervém realmente na relação jurídica; é um contratante fictício, aparente, imaginário, em seu lugar e por detrás dele encontra-se o verdadeiro contratante, que se conserva escondido. Os efeitos jurídicos recaem desde o princípio sobre este contratante oculto; o outro, a interposta pessoa, é um fantoche, um homem de palha, um simples meio para consumar o engano". (FERRARA, Francisco.

distinguir interposição fictícia da interposição real indaga "se o direito objeto da contratação é apenas aparentemente transferido ao interposto ou se é efetivamente atribuído à sua pessoa".[92]

A ilustrar a distinção entre interposição fictícia e interposição real, mencione-se interessante caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual ambas as figuras estavam presentes. Na espécie, um casal, ambos sócios de uma farmácia, separaram-se de fato, mas, meses antes da separação, um dos cônjuges, sócio administrador da sociedade empresária familiar, decidiu não distribuir os lucros entre os sócios, destinando tais valores à conta de reserva da empresa. Na sequência, a farmácia, com o montante da reserva, adquiriu três imóveis e dois veículos, sendo que os três últimos imóveis foram comprados no mês de agosto, o mesmo em que ocorreu a separação de fato. No mês subsequente – setembro – a farmácia doou os três imóveis que haviam acabado de ser adquiridos aos pais do cônjuge sócio controlador.

Nesse cenário descrito, pode-se vislumbrar, em primeiro lugar, interposição real de pessoa, verificada na aquisição, pela farmácia, dos três imóveis que, em um mês, foram doados aos pais do sócio controlador. Como se nota, houve a celebração de um negócio verídico, pois a farmácia figurou como adquirente do imóvel, que passou para seu patrimônio e cujo preço foi pago com o montante que constava na conta de reserva da empresa, mas tal aquisição se deu apenas com o objetivo de que os bens fossem transferidos, na sequência, ao titular final dos imóveis. Conforme constatou a sentença e o acórdão do tribunal reproduziu:

> A proximidade dessas datas indica que ao optar por não distribuir os lucros e adquirir tais bens, o corréu Éder não agiu com a intenção de incrementar o patrimônio de sua empresa. Tanto é assim que, no mês seguinte (setembro de 2013), os três imóveis adquiridos em agosto daquele mesmo ano foram doados pela corré Farmácia Drogamar Ltda aos corréus Adel e Ramona, pais do corréu Éder.[93]

A simulação dos negócios jurídicos. Campinas: Red Livros, 1999, pp. 166-167). San Tiago Dantas fornece o seguinte exemplo de interposição real de pessoa: "uma pessoa quer comprar uma casa, mas não tem neste momento dinheiro necessário; surge um amigo e se oferece dizendo que compra a casa e lha transfere; daqui a um ano ou dois, quando tiver dinheiro suficiente, a pagará". (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p 284).

[92] NANNI, Luca. *L'interposizione di persona*. Padova: CEDAM, 1990, p. 8. No original: "se il diritto ogetto della contrattazione sai solo apparentemente transitato in capo all'interposto o si sai radicato nella sua persona". Nessa passagem, o autor critica a distinção entre interposição real e interposição fictícia encampada por Ferrara e por Butera, que se caracterizava se ater à estrutura do acordo simulatório ao afirmar que na interposição real haveria conluio apenas entre interponente e interposto, deixando o outro contratante de fora, ao passo que, na interposição real, os três participariam do acordo simulatório. Nas palavras de Butera: "L'interposizione di persona è reale nel caso in cui il negozio simulato si svolge nei rapporti interni tra persona interposta e interponente, mentre l'altro contraente, cioè l'alienante, vi rimane interamente estraneo". (BUTERA. Antonio. *Della frode e della simulazione*, t. II: della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis. Torino: Unione tipográfico-editrice torinese, 1936, p. 69).

[93] TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 4003500-56.2013.8.26.0032, Relª. Desª. Christiane Santini, julg. 12.11.2019. Também sobre interposição de pessoa, v. STJ, 3ª T., REsp 1.620.702/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 22.11.2016, julgado no qual se constatou que "diante da impossibilidade de aquisição

De outro giro, igualmente nota-se no caso narrado a ocorrência de simulação na modalidade de interposição fictícia de pessoa no momento em que a farmácia transfere aos pais do cônjuge sócio controlador os imóveis adquiridos. Conforme reconheceu o acórdão, o verdadeiro beneficiário da doação realizada era o sócio controlador, mas o contrato indicou seus pais como donatários com o fim de fraudar a meação a que o outro cônjuge teria direito após o divórcio. Diante disso, o Tribunal de Justiça manteve a sentença que havia declarado a nulidade dos negócios jurídicos.

1.2.1.2 Declaração não verdadeira

O inciso II do parágrafo primeiro do artigo 167 do Código Civil indica o segundo suporte fático da simulação: quando os negócios jurídicos "contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira". A dicção do inciso em questão é tão ampla que a mera menção a "declaração não verdadeira" já seria suficiente para englobar não apenas as demais hipóteses descritas no referido dispositivo, como também aquelas modalidades indicadas nos incisos I e III. Afinal, como se verificou até aqui, simulação civil, em sua essência, nada mais é que a declaração não verdadeira dos efeitos realmente pretendidos.

A abrangência do dispositivo justifica-se, porém, pois se trata de previsão suplementar, com o objetivo de alcançar todas as hipóteses de simulação não abarcadas pelos incisos I – interposição fictícia – e III – antedatação e pós-datação. Em síntese, todos os casos de divergência consciente entre declaração e efeitos, seja absoluta ou relativa, que não envolvam os aspectos subjetivos da relação jurídica – isto é, as partes – e tampouco o tempo de sua celebração estão contemplados pelo termo "declaração não verdadeira" contido no inciso II.

O inciso II provoca, ainda, discussão a respeito da possibilidade, no direito brasileiro, de ocorrer simulação parcial, isto é, quando o simulacro "envolve uma só cláusula do contrato ou algumas cláusulas As demais se revelam verdadeiras".[94] Pontes de Miranda, ao analisar idêntico dispositivo contido no Código Civil de 1916, afirmava que "com a referência à 'confissão', à 'condição' e à 'cláusula', o art. 102, II, excluiu que se pensasse em anulação parcial; todo o ato jurídico é anulável, de modo que se anula a própria parte realmente

---

das ações diretamente pelo acionista principal, que se comprometera a observar o direito de preferência, o negócio jurídico operou-se por intermédio de seu filho, com dinheiro aportado pelo pai".

[94] GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

querida".[95] Essa, porém, parece não ser a melhor interpretação do dispositivo, em especial à luz do princípio da conservação dos pactos. Assim, mais razoável é concluir que apenas a cláusula ou condição simuladas serão inválidas, devendo ser reajustado o contrato para corresponder à realidade.

Entretanto, não será sempre possível a preservação do negócio jurídico mesmo quando apenas parcialmente simulado. Isso porque, para preservá-lo, a simulação parcial deve envolver apenas cláusulas acessórias e não essenciais, [96] de modo a não comprometer o equilíbrio funcional do contrato.[97] Se, porém, a cláusula simulada estiver no âmago da relação jurídica, a consequência será a total ineficácia do negócio.

Muito comuns são casos de simulação parcial a envolver o preço em contrato de compra e venda, seja para indicar valor menor, a fim de recolher menos tributo, seja para indicar valor maior com o objetivo de fraudar direito de preferência de terceiro, por exemplo. Nessas hipóteses, a solução mais adequada será a complementação do tributo pago a menor;[98] e, ao titular do direito de prelação, oferecer oportunidade de exercê-lo de acordo com as verdadeiras condições ofertadas pelo adquirente ou, não sendo isso possível, indenizá-lo pelas perdas e danos.[99]

---

[95] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001, p. 455.

[96] "La simulación es parcial cuando recae sobre uma cláusula accesoria u otros elementos como el precio, plazo, condición, etc...". (JINESTA, Ernesto. *La simulacion en el derecho privado*. Escuela Judicial, 1990, p. 106).

[97] "Nas simulações parciais, a nulidade incidirá normalmente sobre a parte do negócio em que se deu a falsidade, salvo se for impossível manter o negócio com a amputação da parte nula. A regra, porém, é, podendo separar-se a porção viciada, a nulidade da parte não afetará o todo". (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 487). A respeito do equilíbrio funcional do negócio jurídico, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In: *civilistica.com*, a. 7, n. 1, 2018, pp. 9-10: "o estudo do equilíbrio não deve ser realizado pontualmente apenas no tocante a determinada obrigação estaticamente considerada, mas de forma global, levando em conta a relação jurídica como um todo, a abranger as especificidades de cada situação jurídica em concreto, em perspectiva dinâmica. Na busca do equilíbrio funcional, devem ser avaliadas, por exemplo, circunstâncias contratuais além daquelas traduzidas nos clássicos binômios preço-serviço ou preço- coisa. Em uma sociedade fluida e de massificação do consumo, impõe-se observar fatores como o risco assumido por cada contratante, além de juros, cláusulas penais, cláusula resolutiva expressa, dentre outros".

[98] Nesse sentido, v. TJDFT, 6ª Turma Cível, apelação 0008477-39.2016.8.07.0015, Rel. Des. Carlos Rodrigues, julg. 24.05.2017: "APELAÇÃO. RITO DO ART. 202 DA LEI 6.015/73 ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. REGISTRO PÚBLICO. DÚVIDA REGISTRÁRIA. MODIFICAÇÃO DO PREÇO ACORDADO. ITBI COMPLEMENTAR RECOLHIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FISCO. DISSIMULAÇÃO. CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO. PROCEDIMENTO DE RERRATIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) Na hipótese em apreço, não se tratando de simulação absoluta, mas, no máximo, de negócio jurídico dissimulado (simulação relativa), consistente na venda de bem imóvel declarada por preço inferior ao efetivamente ajustado, com o intuito confesso pelas partes de burlar o fisco, o defeito deve analisado e reconhecida repercussão apenas sob o prisma da hermenêutica tributária. 4. Uma vez praticado o ato jurídico ou celebrado o negócio que a lei tributária erigiu em fato gerador, desta nasce a obrigação para com o Fisco. E essa obrigação subsiste independentemente da validade ou invalidade do ato na órbita civil. 5. Ao tentar retificar voluntariamente o preço do imóvel na escritura pública de compra e venda, o suscitado almeja adequar o ato à realidade, afastando o prejuízo ao fisco, com o devido recolhimento do ITBI complementar".

[99] "En la hipótesis de simulación parcial, probada la falta de veracidad de uma cláusula (por ej., del precio), e lacto em sí será perfectamente válido, ya que es la expresión de la voluntad de las partes efectuarlo, pudiendo

1.2.1.3 Antedatação e pós-datação

A terceira modalidade de simulação, prevista no inciso III do parágrafo primeiro do artigo 167 do Código Civil, relaciona-se à indicação do tempo em que ocorreu o ato e consiste em antedatar ou pós-datar o negócio jurídico. Essa hipótese de simulação tem relevância em razão da regra geral segundo a qual *tempus regit actum*, isto é, o fato jurídico submete-se à lei vigente quando de sua ocorrência.[100] Por vezes, podem as partes simular o momento da celebração de certo negócio jurídico com o objetivo de aproveitarem-se de legislação pretérita revogada, mas mais benéfica. Da mesma forma, não raro ocorre antedatação para que certa transmissão de direitos tenha ocorrido em momento anterior à decretação de falência ou insolvência, por exemplo.[101]

Destaque-se que o referido inciso III faz referência apenas à antedatação e pós-datação em documentos particulares como caso de simulação. Conforme explica Pontes de Miranda, isso ocorre, pois "a antedata, ou pós-data, nas escrituras públicas e outros atos públicos, não é simulação; é falsidade; porque o oficial público, que tem fé pública, é que data o ato, e não o manifestante da vontade".[102] Outros autores, porém, como José Beleza dos Santos, criticam essa modalidade de simulação ao argumento de que antedatar ou pós-datar qualquer

---

ejercitarse sus derechos y obligaciones, debiendo los contratantes ajustarse al precio real, abonando el impuesto y penas correspondentes a la infracción". (CÁMARA, Héctor. *Simulación em los actos jurídicos*. 2ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p 67). Vale dizer que essa é a orientação adotada pelo Código Tributário Nacional no parágrafo único de seu artigo 116, que permite à autoridade tributária desqualificar o negócio simulado, mas com a preservação do ato dissimulado, veja-se: "A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária". Vale dizer que referido dispositivo é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal Pleno, ADI 2446/DF. Relª. Minª Cármen Lúcia, processo com pedido de vista). A questão será retomada adiante, quando for abordada a distinção entre simulação e negócio indireto.

[100] No dizer que Washington de Barros Monteiro: "A lei é expedida para disciplinar fatos futuros. O passado escapa ao seu império. Sua vigência estende-se, como já se acentuou, desde o início de sua obrigatoriedade até o início da obrigatoriedade de outra lei que a derrogue. Sua eficácia, em regra, restringe-se exclusivamente aos atos verificados durante o período de sua existência". (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29).

[101] "COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Cessão de posição contratual de promissário comprador. Nulidade. Contrato antecedido por negócios a non domino. Nulidade por ilicitude de objeto. Simulação relativa. Antedatação do primeiro negócio da cadeia de transmissões, com o objetivo de simular data anterior à decretação de indisponibilidade do imóvel em ação civil pública. Art. 167, §1º, III, do Código Civil. Sentença mantida. Recurso improvido". (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, apelação 1005397-73.2018.8.26.0428, Rel. Des. Francisco Loureiro).

[102] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001, p. 458. No mesmo sentido, v. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 864.

documento, seja público ou particular, seria falsidade, nunca simulação, por não envolver manifestação de vontade.[103]

Diferenciar a simulação da falsidade tem sido objeto de estudo de inúmeros autores. Ferrara, ao tentar distinguir os dois institutos, estabelece uma distinção puramente material ao afirmar que a falsidade "tem por campo de operação o ato, como forma de testemunho probatório, que ela constrói totalmente ou altera na sua materialidade, riscando, raspando, modificando o escrito. Consiste em viciar a materialidade do escrito, a parte gráfica do documento, cuja força probatória se quer modificar". Por outro lado, segundo o autor, na simulação "os contratantes fingem ou alteram a verdade subjetiva do consenso manifestado, declarando uma coisa que não querem ou não querem daquela maneira; em que a aparência reside no elemento espiritual do contrato, invisível, impalpável, imperceptível".[104]

Explicação mais elaborada, no entanto, remonta à classificação clássica que distingue os documentos dispositivos dos documentos probatórios Segundo Giovanni Pugliese, "dispositivos devemos considerar aqueles documentos que contêm uma declaração de vontade relativa a um determinado negócio jurídico". Já os probatórios são "aqueles documentos que, redigidos em momento mais ou menos posterior à conclusão do negócio, são destinados a conservar a memória do ato e eventualmente fornecer meio de prova".[105] Como consequência da diferenciação estabelecida, a doutrina conclui que apenas os documentos dispositivos podem ser objeto de simulação, ao passo que os documentos probatórios seriam objeto de falsidade.[106]

Essa segunda explicação, embora mais interessante, ainda peca pelo estruturalismo excessivo e por chegar a conclusões abstratas que nem sempre se confirmam na realidade.

---

[103] "A indicação da data não constitui uma declaração de vontade, mas afirmação de um fato; pode haver por isso afirmação falsa, mas não uma declaração de vontade, quando as partes pré-datam ou pós-datam os documentos particulares. (...) [A] viciação da data é, portanto, sempre falsidade". (SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*, v.1. Coimbra: Mário da Silva e Souza, 1955). Em posição diversa, Cunha Gonçalves diz que "Preferimos a primeira destas opiniões [que considerara a antedata ou pós-data como modalidade de simulação]; pois, a data inexacta consignada por acôrdo das partes não é uma data viciada. Não se pode viciar senão uma data que já estava escrita, rasurando-a, emendando-a, ou obliterando-a por processos químicos e substituindo-a por outra". (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 864).

[104] FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 118. A insuficiência dessa explicação se deve, principalmente, ao fato de não ser capaz de abarcar a distinção entre simulação e falsidade intelectual, mas apenas aquela existente entre simulação e falsidade material.

[105] PUGLIESE, Giovanni. *La simulazione nei negozi giuridici*. Padova: CEDAM, 1938, pp. 164-165. Tradução livre do original: "È di conoscenza comune che i documenti si sogliono distinguere in due grande categorie: probatori (ossia esclusivamente probatori) e dispositivi. Dispositivi si devono a mio parere considerare quei documenti che contengono la dichiarazione di volontà relativa a un determinato negozio giuridico, e che pertanto perfezionano, o concorrono a perfezionare, un determinato negozio. Esplicano invece uma mera funzione probatória quei documenti che, redatti in un momento più o meno posteriore alla conclusione del negozio, sono destinati a conservarne il ricordo e a fornirne eventualmente la prova".

[106] DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*. Torino: Tip. Cane & Durando, 1960, p. 218.

Diante disso, em uma tentativa aprimorá-la, talvez seja melhor referir-se não já a documento probatório e documento dispositivo, mas sim em *declaração meramente descritiva* e *declaração de vontade propriamente dita*.[107] Enquanto a declaração meramente descritiva resgata um fato ocorrido no passado e o descreve, referindo-se ao mundo do *ser*; a declaração de vontade propriamente dita projeta-se ao futuro e pertence ao mundo do *dever ser*, de caráter prospectivo.[108]

Dessa forma, pode-se concluir que falsidade e simulação têm em comum a característica de envolverem declarações não verdadeiras com o objetivo de criar uma falsa percepção da realidade para aquele que a analisa; o que muda é a natureza dessa declaração. Assim, retomando a questão da antedatação e da pós-datação, a falsa declaração da data pode ser, a depender do caso, simulação ou falsidade. Será simulação quando, no momento da celebração do negócio jurídico, as partes, em comum acordo, resolvem atribuir data diversa ao negócio com o objetivo de fazer crer que os efeitos jurídicos perseguidos devem ter início em momento diferente daquele em que realmente se iniciarão. Por outro lado, haverá falsidade quando o agente – não há necessidade de conluio entre as partes nesse caso – declarar data falsa a respeito de eventos já ocorridos no passado.

Analisado o primeiro requisito essencial à configuração da simulação civil, denominado de divergência entre declaração e efeitos, bem como demonstrado de que maneiras tal requisito se manifesta nas três modalidades de simulação indicadas no Código Civil, passa-se a examinar o segundo requisito da simulação, consubstanciado a presença de acordo simulatório.

1.2.2 Acordo simulatório

O *acordo simulatório* ou *conluio*,[109] segundo requisito classicamente indicado pela doutrina como essencial à configuração da simulação civil, tem por finalidade deixar clara a

---

[107] A doutrina faz referência à distinção entre "declaração de vontade" e declaração de verdade": "A declaração de verdade ou de ciência, como ensina Manuel de Andrade, destina-se a representar um estado de coisas, enquanto a 'declaração de vontade' (constitutiva, dispositiva ou negocial) destina-se a modificar uma situação jurídica preexistente". (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 77).

[108] "Na falsidade intelectual atende-se à relação entre o que se declarou, o que se passou no acto da celebração do documento, aquilo que nele se devia consignar e o que nele de fato se redigiu. Na simulação tem-se em vista as relações entre a declaração que se fez e aquilo que realmente se quis". (SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*, v. 1. Coimbra: Mário da Silva e Souza, 1955, p. 88).

[109] Há mesmo autores que enxergam no acordo simulatório a própria essência da simulação. Nesse sentido: "Lo que constituye esencialmente la simulación es el acuerdo simulatório, esto es, el concierto para fraguar um acto jurídico bilateral o unilateral recepticio, que no envuelve realidad alguna o que envuelve uma realidad distinta

necessidade de que a divergência entre declaração de vontade e efeitos perseguidos, a caracterizar esse instituto, seja *consciente*. Nas lição de Messineo, o acordo simulatório "se substancia na vontade específica das partes direcionada a dar vida à simulação (qualquer que seja o tipo)".[110]

Distingue-se, assim, a simulação dos vícios do consentimento, nos quais a discrepância entre o declarado e o que se pretende ocorre involuntariamente, o que, aliás, justifica a afirmação de que o instituto em estudo não configura um defeito volitivo, já que as partes, *conscientemente*, produzem uma declaração de vontade que não condiz com a realidade.[111] Nas palavras de Orlando Gomes, "[a] simulação distingue-se dos vícios do consentimento porque a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente".[112]

Essa compreensão da simulação não mais como uma questão relacionada à vontade das partes, mas sim aos efeitos do negócio justificou a relevante alteração legislativa promovida pelo Código Civil de 2002, que, em vez de considerar a simulação como defeito do negócio jurídico e, consequentemente, como causa de anulabilidade, passou a considerá-la causa de nulidade. Conforme explica José Carlos Moreira Alves, responsável pelo anteprojeto da parte geral do Código Civil de 2002, "[n]o capítulo concernente à invalidade do negócio jurídico, colocou-se a simulação, que deixa de ser defeito do negócio jurídico e, portanto, um chamado vício social do negócio jurídico, (...) que não é propriamente um denominado vício da vontade".[113]

Não basta, ainda, que a consciência seja de apenas uma das partes, mas ambos os contratantes devem estar cientes da divergência entre declaração e efeitos perseguidos, além de terem que concordar a respeito da realização da simulação.

---

relativamente a su forma, a su contenido o a la identidad de sus autores o partes". (TAJEDA, Eduardo Niño. La simulacion. In: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, 1991-1992, p. 77).

[110] MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 452. Tradução livre. No original: "si sostanzia la specifica voluntà delle parti, direta a dar vitta alla simulazione (quale che ne sia il tipo)".

[111] Nesse sentido, Castro y Bravo explica que "Ante todo, puede observase que no hay una verdadera contradicción entre declaración y voluntad. Cuando A y B han convenido una venta con el pacto secreto de que ella será sin precio (sea esto para defraudar a los acredores de A o para donar la cosa a B), ambos quisieron manifestar lo que declaran y así no puede desconocerse que lo declarado corresponde a lo querido". (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 336).

[112] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 319.

[113] MOREIRA ALVES, José Carlos. Parte Geral do Novo Código Civil. In: *Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*, parte 1. Rio de Janeiro, 2002, p. 59. No mesmo sentido, v. MATTIETTO, Leonardo. Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 61, 2006, p. 219: "A escolha legislativa, passando a simulação de causa de anulabilidade para de nulidade, é respaldada na ideia de que tal figura, mais que restrita a atingir interesses provados, ofende o interesse público de correção e veracidade nas relações negociais. 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".

Essa consciência e objetivo, comuns às partes, que distinguem a simulação da reserva mental.[114] Conforme estatui o artigo 110 do Código Civil, diferentemente do que ocorre na simulação, "a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou", justamente porque o querer interno, quando não exteriorizado, não se mostra capaz de produzir efeitos no mundo jurídico. Diversamente, porém, se o destinatário tiver conhecimento da reserva mental do declarante, então, neste caso, se estará diante de reserva mental bilateral, que, para muitos autores, nada mais é do que simulação propriamente dita,[115] o que justifica a ressalva feita na parte final do dispositivo mencionado.[116]

Finalmente, o acordo simulatório também é capaz de distinguir a simulação da qualificação errônea do contrato pelas partes, que ocorre quando os contratantes, por desconhecimento, denominam de maneira inadequada o negócio celebrado.[117] Como se verá adiante, o procedimento realizado pelo intérprete nesses nos dois casos é bastante semelhante, com a requalificação do negócio a partir de sua função. Todavia, o fato de na simulação as partes produzirem o erro voluntariamente – o que, na maioria das vezes, tem por fim prejudicar terceiros ou violar a lei – acaba conferindo uma litigiosidade inerente à simulação, a justificar, no campo processual, a necessidade de ajuizamento, por terceiro, de ação declaratória de nulidade do negócio simulado para que sobressaia sua real natureza. A qualificação errônea, por outro lado, dificilmente será objeto de ação própria, mas acabará

---

[114] "Este elemento afasta a simulação da reserva mental. Na reserva mental, uma das partes escamoteia a sua vontade real dos restantes intervenientes. Não há um pactum simulatonis. O negócio efetivamente concluído é apenas pretendido por um dos contratantes. Ora, a simulação pressupõe um conluio, o que não se verifica na reserva mental. De resto, sendo a divergência comum a todas as declarações de vontade, aplica-se, como seria expectável, o regime da simulação". (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 66).

[115] Nesse sentido, ver Orlando Gomes: "a reserva mental não pode ser invocada pelo declarante para invalidar o contrato, mas o invalida se a outra parte tinha conhecimento. Se concordara, a reserva é bilateral, equivalendo à simulação. Reger-se-á, então, pelas regras aplicáveis a esta". (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 320). Ver também von Tuhr, para quem "la simulación se asemeja mucho a la reserva mental conocida por la parte contraria (art. 116, 2), y, de igual modo que ésta, entraña la nulidade de la declaración (art. 117, I)." (VON TUHR, A. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán, vol. II. Trad.: Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 499-500).

[116] Confira-se a íntegra do artigo 110 do Código Civil: "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

[117] "no existe simulación cuando, por ignorância del derecho, as partes designan com una expresión técnica errónea los factos jurídicos que efectivamente querem; por ejemplo, hablando de comodato, en tanto que del acuerdo resulta que lo que quieren es una locación: em este caso, la locación es válida, no como negocio simulado, sino em virtude de la interpretación y clasificación exactas de la declaración". (VON TUHR, A. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán, vol. II. Trad.: Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 500).

tratada como questão incidental em algum litígio a envolver os próprios contratantes que discordam a respeito da interpretação contratual.[118]

Importante abordar, ainda, discussão doutrinária a respeito da natureza do acordo simulatório, ou seja, se se trata de negócio jurídico autônomo em relação ao negócio simulado ou se, na realidade, encontra-se vinculado a este. Não são poucos os autores que enxergam no acordo simulatório um ato preparatório do negócio simualdo, Messineo afirma que aquele possui "função instrumental, ou programática, ou preparatória, ou de preordenação a respeito da simulação futura".[119] E Luiz Sergio Parraguez Ruiz noticia que há autores na Argentina e na Espanha que, de maneira mais radical, enxergam no acordo simulatório a natureza de contrato preliminar, a obrigar as partes a concluírem o contrato simulado.[120]

António Barreto Menezes Cordeiro, por sua vez, também vislumbra o acordo simulatório como ato preparatório independente do negócio simulado, contudo, não enxerga naquele natureza negocial, mas sim um *ato preparatório jurídico não vinculativo*.[121] Esse, porém, não parece ser o melhor entendimento. Isso porque, embora o acordo simulatório seja de fato um ato preparatório, de modo que não produzirá qualquer efeito jurídico se o negócio simulado não for celebrado, fato é que, uma vez consumado o negócio simulado, a boa-fé objetiva impõe sua observância pelos simuladores, tornando-o vinculante, como se verá adiante.[122] Assim sendo, não há como negar a natureza negocial do acordo simulatório, pois "produz determinados efeitos jurídicos (...) uma vez que determina o conteúdo negativo do contrato celebrado" Acrescente-se, ainda, a necessidade de o acordo simulatório respeitar os requisitos legais de validade dos negócios jurídicos para que possa ter eficácia, além de poder ser anulado se constatado algum vício do consentimento.[123]

Vale observar, no entanto, que constatar a natureza negocial do acordo simulatório não implica considerá-lo independente do negócio simulado. Com efeito, o que se pretende defender nos próximos itens e capítulos é a análise da simulação civil como fenômeno

---

[118] A seguinte passagem de Homero Prates é esclarecedora a respeito da questão: "A inexata classificação do ato simulado, o error in nomine negotii, não se confunde com a simulação. A intencional divergência entre a vontade e a declaração é a característica fundamental do ato simulado. Quando esta discordância é involuntária temos então um caso de erro e não de simulação. Aliás, em qualquer negócio jurídico as partes têm sempre em vista um fim prático determinado e a eventual denominação errônea do ato realizado constitui matéria de interpretação". (PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, pp. 87-88.)

[119] MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 453. Tradução livre.

[120] RUIZ, Luis Sergio Parraguez. *El negocio jurídico simulado*. Universidade de Salamanca: tese de doutorado, 2012, pp. 42-43.

[121] CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 69.

[122] MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 534. Tradução livre.

[123] BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. III: Il contratto. Milão: Giuffrè, 1984, p. 660. Tradução livre. E continua o autor: "o reconhecimento do caráter negocial do acordo simulatório autoriza a aplicação da disciplina contratual e, em particular, a possível invalidade do acordo por vício do consentimento".

complexo, mas unitário, a ser apreendido pelo intérprete em sua totalidade a partir da síntese de seus efeitos essenciais,[124] na medida em que acordo simulatório, negócio simulado e negócio dissimulado, embora historicamente tratados pela doutrina de maneira apartada, na realidade compõem realidade jurídica única e indissociável. Não existem três negócios jurídicos estrutural e funcionalmente independentes entre si, mas um único negócio que, devido às peculiaridades eficaciais atribuídas pelas partes, é compreendido pelo ordenamento como simulado.

Essa apreensão da simulação, pela doutrina tradicional, como composta por diferentes negócios jurídicos muito se explica também em razão da doutrina francesa da *contre-lettre* ou, em português, da contradeclaração.[125] De acordo com a sistemática contida no Código Civil francês, há, na simulação, uma declaração de vontade ostensiva – negócio simulado – e, paralelamente, uma contradeclaração – *contre-lettre* – oculta que tem por finalidade retirar eficácia do pacto simulado e, ao mesmo tempo, regular a relação interna entre simuladores.[126] Nos termos do artigo 1.201 do Código Civil francês, "quando as partes tiverem celebrado um contrato aparente que dissimule um contrato oculto, este último, também chamado de contradeclaração, produz efeitos entre as partes. Ele não é oponível a terceiros, que podem, contudo, dele se valer".[127]

Note-se que a contradeclaração, na doutrina francesa, existe tanto na simulação absoluta quanto na simulação relativa, de modo que, no primeiro caso, ela equivalerá ao acordo simulatório, a tirar eficácia do negócio ostensivo. Já na simulação relativa, a contradeclaração aglutina as figuras do acordo simulatório e do negócio dissimulado.[128] Essa constatação fica clara na seguinte lição de Carbonnier: "Eles [as partes], convencionam dissimular suas vontades verdadeiras atrás de um contrato que não será mais que uma

---

[124] "a função é justamente a síntese dos efeitos 'essenciais' do fato". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 643).

[125] "La contre-lettre est un acte secret, qui anule ou modifie, em tout ou em partie, um autre acte ostensible; lequel est, par cela même, um acte simule". (DEMOLOMBE, C. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6. Paris: A. Lahure Éditeur, 1879, pp. 270-271).

[126] "La docttrina francesa, que há construído su concepto de simulación a partir de la contre-lettre o contraescritura, identifica con ella este acuerdo clandestino. Los tratadistas de ese país entienden generalmente que la contre-lettre paralisa, em todo o em parte, la eficacia de lacto simulado o aparente". RUIZ, Luis Sergio Parraguez. *El negocio jurídico simulado*. Universidade de Salamanca: tese de doutorado, 2012, pp. 40-41).

[127] Artigo 1.201 do Código Civil francês: "Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir".

[128] "Esta eficácia negativa, ou "contra-operante", é própria do acordo simulatório expresso numa contradeclaração, qualquer que seja o caráter da simulação, quer esta seja absoluta ou relativa. Mas quando a simulação é relativa, o acordo simulatório pode ter, ainda, uma eficácia positiva, a que poderíamos chamar "operante", na medida em que leva, não a afastar, mas a utilizar o preceito do negócio naquele sentido divergente que se convencionou". (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 295).

aparência. Entre eles existe, então, dois acordos de vontade nascidos ao mesmo tempo e que se encobrem: um ostensivo, mas mentiroso (este é o ato aparente, o ato simulado); o outro sincero, mas secreto (a contradeclaração, o ato dissimulado).” E continua o autor: “a contradeclaração pode ter por objeto suprimir, modificar ou transferir os efeitos do ato aparente”.[129]

Entretanto, como adiantado anteriormente – e será aprofundado adiante – a melhor forma de compreender a simulação e a complexa relação jurídica levada a efeito pelos simuladores é considerá-la como fenômeno unitário, cujos reais contornos apenas poderão ser apreendidos com a análise global dos efeitos jurídicos perseguidos. De fato, parece pouco relevante a separação estanque entre acordo simulatório, negócio simulado e negócio dissimulado; e menos relevante ainda a problemática da natureza jurídica de cada um deles. Ao fim e ao cabo, o que deve buscar o intérprete-aplicador é a identificação dos reais objetivos perseguidos pelos contratantes e, então, proceder com o juízo de merecimento de tutela à luz dos princípios e valores constitucionais.

1.2.3 Intenção de enganar terceiro

O terceiro requisito classicamente indicado pela doutrina como essencial à caracterização da simulação civil é a *intenção de enganar terceiro*. Praticamente a totalidade dos autores que tratam do assunto frisam que enganar terceiro não se confunde com prejudicar terceiro. Isso porque, por vezes, haverá simulação com o objetivo de ocultar determinado negócio jurídico, mas com fins lícitos, sem que disso resulte prejuízo a terceiros. Nas palavras de Messina, “a veste aparente pode ter sido escolhida pelo único fim de guardar um segredo lícito sobre os próprios negócios”.[130] Conforme esclarecem os exemplos fornecidos por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

> O intuito de enganar terceiro não implica intuito de prejudicar ou violar a lei. Se este ocorrer também, reputa-se simulação maliciosa. É o caso de uma venda em que se simula um preço maior que o efetivamente pago para prejudicar um preferente, ou um preço menor para prejudicar o fisco. Ao contrário, se as partes estiverem de boa-

---

[129] CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, t. 2. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 410. Tradução livre. No original: “Ils conviennent de dissimuler leur volonté véritable derrière um contrat qui ne sera qu-une apparence. Entre eux, il existe donc deux accords de volonté nés em même temps et qui se recounvrent: lún ostensible, mais mensonger (c’est l’acte apparent, l’acte simule). La contre-lettre peut avoir pour objet de supprimer, modifier ou déplacer les effets de l’acte apparent”.

[130] MESSINA, Giuseppe. La simulazione assoluta. In: *Rivista di diritto commerciale*, 1907, vol. I, p. 507. Tradução livre. Por essa razão, Beleza dos Santos afirma que “o *animus nocendi* não é portanto um elemento essencial da simulação, mas sim o *animus decipiendi*”. (SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*, v. 1. Coimbra: Mário da Silva e Souza, 1955, p. 65).

> fé, a simulação é chamada inocente. Como uma aparente doação que disfarça uma efetiva compra e venda para ostentar o altruísmo do declarante.[131]

O Código Civil de 1916 fazia expressa distinção entre simulação inocente e simulação maliciosa, ao prever, no artigo 103, que "a simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei". O diploma de 2002, no entanto, não repetiu a orientação do regime anterior, indicando a irrelevância da intenção perseguida pelas partes para a validade do negócio simulado.[132]

Com efeito, devido à consagração, no Código de 2002, da nulidade – e não anulabilidade – do negócio simulado como consequência do reconhecimento da simulação, a distinção entre simulação inocente e simulação maliciosa parece ter perdido qualquer razão de ser e, em ambos os casos, a lei declara o negócio simulado nulo. Portanto, a consequência jurídica será a mesma, independentemente da inocência ou maliciosidade das partes. A intenção dos contratantes terá relevância apenas posteriormente, no momento do exame de merecimento de tutela dos efeitos do negócio dito dissimulado, que, a depender da ponderação realizada, poderão ou não ser preservados.[133] A preservação ou não dos efeitos

---

[131] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 317.

[132] Sobre a questão, v., por todos, ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 17ª ed. Salvador: JvsPodvum, 2019, p. 711: "Discute-se atualmente, em sede doutrinária, se, perante a Codificação Civil de 2002, que não manteve a regra insculpida no art. 103 do Código Civil de 1916, a simulação inocente teria, ou não, passado a ser causa de invalidade do negócio jurídico. Alguns ilustres autores preferem afirmar que, apesar da ausência de disposição legal, somente havendo prejuízo de terceiros, ou infringência à lei, poderá se consubstanciar a simulação (que será, portanto, necessariamente maliciosa, nocente). Outros, por seu turno, entendem que, diante da nova ordem positiva, em qualquer caso (seja inocente, seja maliciosa), a simulação implicará nulidade do negócio, uma vez que não traduzirá a realidade. Parece assistir razão à primeira corrente, inclusive contando com a simpatia dos Tribunais; afinal de contas, não havendo intenção de prejudicar terceiros ou mesmo de violar a lei, não parece producente invalidar o negócio jurídico". Essa, porém, não parece ser o entendimento majoritário: "a maioria dos autores entende que a supressão corrobora a jurisprudência majoritária no sentido de que a simulação inocente também causa nulidade do negócio simulado". (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 317). Nesse sentido, aliás, foi redigido o Enunciado 152 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante".

[133] Interessante notar a orientação de San Tiago Dantas nesse sentido ainda na vigência do Código Civil de 1916, veja-se: "Que dizer de um caso em que, para que o tio não saiba que vendeu o sobrinho certo objeto de família que ele muito estimava simulou que apenas o emprestou? Então se faz com um terceiro contrato de empréstimo para mostra-lo ao público e se dá por fora uma ressalva, ou mesmo sem ressalva, por simples confiança, fica entendido que sua propriedade ficará transferida. Surge alguém e anula o negócio simulado que é o empréstimo. Deve-se aí entender que se anula também a transferência da propriedade que ocultamente se simulou? Não há razão para isso. A simulação aí é benigna; o motivo que levou ao negócio aparente era, para o direito, inocente. De modo que se cai o empréstimo, é porque o negócio simulado não tem razão de ser. A simulação é benigna e, por conseguinte, o negócio que se oculta surge à luz. Tal é a doutrina a respeito da simulação". (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p 283). Nessa linha de raciocínio, Eduardo Nunes de Souza observa: "tem-se, aqui, uma hipótese de ato nulo cuja invalidade não pode ser suscitada por nenhum dos sujeitos que o celebrou. Por conta dessa peculiaridade, sob a égide do Código Civil revogado, a simulação era tratada como causa de anulabilidade do negócio jurídico, por ser esta a espécie de invalidade que

dissimulados, portanto, não decorre do regime da simulação – isto é, se se trata de simulação inocente ou maliciosa – mas sim da posterior análise de merecimento de tutela realizada pelo intérprete.

Processualmente, porém, a distinção entre simulação inocente e simulação maliciosa encampada pelo Código de 1916 tinha razão de ser. Devido à anulabilidade – e não nulidade – do negócio simulado naquele regime, a invalidade decorrente da simulação não era considerada questão de ordem pública e apenas os prejudicados – não os simuladores – possuíam legitimidade para arguir a simulação em juízo quando houvesse intenção de prejudicar terceiro ou de fraudar a lei, conforme previsto no artigo 104: "tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros".[134]

Por outro lado, no caso de simulação inocente, o legislador vislumbrou a necessidade de conferir aos simuladores legitimidade para alegar a simulação em face do outro para que o caráter simulatório do negócio fosse esclarecido na hipótese, por exemplo, de o outro simulador querer executar contrato absolutamente simulado.[135] Nesse caso, diferentemente do que ocorria na simulação maliciosa, os simuladores tinham legitimidade para arguir a simulação caso tivessem interesse em esclarecer a natureza simulatória – a ineficácia, pois – do contrato celebrado, pois, diante da inexistência de um terceiro prejudicado nessa espécie de simulação, se a lei não legitimasse as partes para argui-la, o caráter simulatório do negócio restaria inatacável, o que representaria terreno fértil para abusos de um simulador em face do outro.[136]

Essa era a compreensão de Pontes de Miranda a respeito do tema, pois afirmava o autor: "à ação declarativa negativa são legitimados os figurantes e os terceiro, porque, embora não haja efeitos, pode haver interesse em se declarar que o ato jurídico não existe". E, adiante,

---

melhor se aproxima de uma legitimidade restrita de alegação". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 236).

[134] Tratava-se de orientação diametralmente oposto ao que preconizava – e ainda preconiza – o Código Civil português, que, no § 1º do artigo 242º, afirma expressamente o seguinte: "Sem prejuízo do disposto no artigo 286º, a nulidade do negócio simulado pode ser arguida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta".

[135] O dever de os simuladores respeitarem o que foi secretamente acordado no pacto simulatório como um dos efeitos próprios da simulação civil será desenvolvido no item 2.3.2 do presente trabalho.

[136] Explica Humberto Theodoro Júnior: "Se, por exemplo, um dos próprios contratantes insiste em manter a situação jurídica aparente contra a vontade do outro, a este cabe invocar a nulidade do negócio simulado, para exigir a prevalência da declaração verdadeira (aquela que ficou dissimulada), o que é possível de acontecer até mesmo na simuação inocente, onde ao praticar o ato falso, não ocorreu às partes, de forma alguma, o propósito de prejudicar a quem quer que fosse. A nulidade, portanto, tem a função de valorizar a verdade e neutralizar a mentira, e não apenas a de reparar ou evitar danos a terceiros". (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 488).

complementa: “a ação dos arts. 102, 104 e 105 é inconfundível com a ação declaratória negativa, que concerne aos atos simulados em que a simulação é inocente e absoluta”.[137] Com a mudança do regime legal da simulação colocada em prática pelo Código de 2002 e o reconhecimento da simulação como causa de nulidade, no entanto, a legitimidade processual para arguir o caráter simulatório de determinado negócio passou a ser genérica, a englobar também os simuladores, indepentemente do caráter inocente ou malicioso da simulação. Conforme explica Humberto Theodoro Júnior, “o impedimento do art. 104 não foi repedido no Código atual. E a omissão não deve ser tida como simples esquecimento. Na verdade, resultou de opção clara do legislador por uma nova sistemática para enfrentar o problema do negócio simulado”. E, na sequência, afirma que se o negócio simulado é “nulo por definição da lei, não pode, em princípio, produzir efeito para ningém, nem para os terceiros prejudicados nem para as partes que o celebraram”.[138]

Esclarecido que o intuito de enganar não se confunde com o objetivo de prejudicar terceiro ou fraudar a lei, vale pontuar que parte da doutrina não reconhece a finalidade de ludibriar como requisito autônomo em relação aos dois últimos abordados – divergência entre declaração e efeitos; e acordo simulatório. De fato, parece ter razão esse entendimento, defendido, no direito brasileiro, por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda que, embora reconheça que em toda simulação existe o intuito de enganar, observa que “o engano é inerente à simulação porque é inerente a toda a aparência que não corresponde à realidade. Quando se diz que a simulação é um procedimento destinado à criação de uma aparência contrária à realidade, já se sugere a ideia do engano, inerente à criação dessa aparência”. Por essa razão, não se justifica autonomizar o intuito de enganar dentre os requisitos da simulação civil,[139] o que, todavia, não significa discordar da afirmação de Carvalho Santos, para quem “o escopo de enganar é elemento integrante do ato simulado”.[140]

---

[137] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001, pp. 466-467. No mesmo sentido, Carvalho Santos lecionava: “A ação de declaração de simulação inocente pode ser exercida pelas próprias partes? Pode, sem dúvida, como vimos até mesmo pelo aresto da Côrte de Apelação acima citado. O que é essencial é que se trate, de fato, de uma simulação inocente, feita sem intuito de fraude de qualquer natureza". (SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 390).

[138] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 495.

[139] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 42. Em sentido análogo, Salvatore Romano, ao listar os requisitos que, para ele, caracterizam a simulação, anota que “crediamo però , sia per la non necessità dell’inganno, sia per l’obbiettiva non rilevanza della simulazione nei reguardi dei terzi, che sia preferibile indicare in luogo del scopo sopra indicato quello risultante della immediata direzione dell’intensa simulatória: l’esclusione dellátttuazione”. (ROMANO, Salvatore. *Contributo esegetico allo studio de la simulazione*. Milano: Giuffrè, 1955, pp. 39-40).

[140] SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 380.

De fato, quando se diz que simulação consiste na discordância consciente entre declaração de vontade e efeitos, já se subentende que isso provoca o engano em quem observa o negócio jurídico. Aliás, esse potencial de causar engano, por si só já justifica o reconhecimento da simulação e a realização da interpretação corretiva pelo intérprete para, assim, sobressair os reais efeitos perseguidos pelas partes. Mostra-se irrelevante, pois, investigar se as partes pretendiam de fato enganar terceiro e menos ainda qual o objetivo desse engano para a caracterização da simulação.[141] Novamente, a constatação de uma finalidade enganadora, prejudicial a terceiro ou fraudadora da lei será essencial apenas no segundo momento, quando da análise do merecimento de tutela do negócio dito dissimulado, mas não para a configuração da simulação civil em si.

Delineados os requisitos clássicos indicados pela doutrina como caracterizadores da simulação, bem como feita a observação de que o intuito de enganar parece não merecer destaque dentre tais requisitos, sendo suficiente à aplicação do regime simulatório com a constatação de divergência consciente entre declaração de vontade e efeitos perseguidos, passa-se ao próximo item, que tem por objetivo esmiuçar a principal bipartição existente em matéria de simulação civil: aquela que distingue simulação absoluta de simulação relativa. Tudo o que foi dito até aqui aplica-se igualmente a ambas as espécies, já o próximo item será dedicado a estremá-las.

1.3 Simulação absoluta e simulação relativa

Adentra-se, agora, naquela que talvez seja a mais relevante divisão categorial em tema de simulação civil, a distinguir simulação absoluta de simulação relativa. Tradicionalmente, afirma-se que, na simulação absoluta "as partes não querem mais que criar a aparência do negócio", ao passo que, na relativa, "desejam celebrar um negócio verdadeiro no lugar do aparente, tendo este o fim dissimulatório".[142]

---

[141] Nas palavras de Giovanni Pugliese: "Si conclude quindi che lo scopo di inganno, non diversamente dell'intento fraudolento, se è connaturale al negozio simulato, è tuttavia superfluo per la sua individuazione scientifica, non essendovi ragione di distinguere teoricamente dai negozi simulati negozi in tutto uguali , ma privi di qualsiasi intenzione dolosa, como potrebbero essere i negozi conclusi per ischerzo o in teatro, ecc.". (PUGLIESE, Giovanni. *La simulazione nei negozi giuridici*. Padova: CEDAM, 1938, pp. 164-165, p. 28).

[142] VON TUHR, A. *Derecho civil*: teoría general del derecho civil alemán, vol. II. Trad.: Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 500. No direito brasileiro, Serpa Lopes ensina que "há simulação absoluta quando efetivamente o ato é inteiramente simulado, sem que por meio dele haja pretendido encobrir qualquer outro; há simulação relativa quando o ato aparente, simulado, não passa de um meio de realização do ato dissimulado, ou realmente querido". (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7ª ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 402).

Praticamente todas as legislações civis modernas, ao regularem a simulação civil, realizam a distinção entre simulação absoluta e simulação relativa nos mesmos termos encontrados no *caput* do artigo 167 do Código Civil brasileiro, segundo o qual "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma". Identifica-se, com isso, a teoria dualista da simulação, segundo a qual existem dois negócios jurídicos na simulação relativa, um ostensivo, mas carente de eficácia e, por isso, nulo, que consiste no negócio simulado; e outro oculto, o negócio dissimulado, mas eficaz entre as partes e, por isso, capaz de manter sua eficácia se válido for na substância e na forma.

A identificação, pela legislação e pela doutrina tradicional, da existência de dois negócios distintos na simulação relativa parece encontrar raiz, em primeiro lugar, na influência do Código Civil francês, que, como mencionado no item 1.2.2 (acordo simulatório), explicou a simulação civil por meio da teoria da contradeclaração – *contre-lettre* –, contida no artigo 1.201 daquele diploma. Essa formulação enxergou, na simulação, um segundo ato, diferente do contrato ostensivo que lhe alterava o conteúdo ou lhe retirava por completo a eficácia. Tanto assim, que, como explica Demolombe, na antiga doutrina civilista francesa, o termo *contre-lettre* designava dois tipos distintos de documentos: tanto os atos clandestinos, destinados a constatar a simulação de um ato ostensivo; e os atos adicionais, sinceros e verdadeiros, por meios dos quais as partes modificavam ou detalhavam um ato, também sincero e verdadeiro, celebrado anteriormente, isto é, aquilo que se compreende como aditivo ou alteração contratual.[143]

Para além disso, e em segundo lugar, a doutrina germânica tradicional a respeito do negócio jurídico também contribuiu para o surgimento dessa dualidade entre negócio simulado e negócio dissimulado. Conforme adiantado na introdução, o plano da validade consistia no único mecanismo conhecido pelos juristas oitocentistas para o controle de eficácia dos atos jurídicos, de modo que ou o negócio era válido ou inválido, não existindo meio termo.[144] Conforme explica Alberto Auricchio, ao tratar das teorias formalistas do direito:

---

[143] DEMOLOMBE, C. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6. Paris: A. Lahure Éditeur, 1879, p. 272.

[144] "A nulidade é uma sanção imposta ao negócio celebrado com contrariedade a normas jurídicas que regem sua validade, suprindo-lhe os efeitos". (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21). E prossegue o mesmo autor: "O reconhecimento de invalidade do negócio jurídico implica um juízo de valores do ordenamento, que opta por respeitar a autonomia de vontade do declarante ou os valores do sistema jurídico violados por sua celebração". No mesmo sentido, Massimo Bianca anota: "L'invalidità è in general ela irregolarità giuridica del contratto che comporta la sanzione della inefficacia definitiva". (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. III: Il contratto. Milão: Giuffrè, 1984, p. 573). E, no direito brasileiro: "a simulação, pois, só não é causa de nulidade, explicam os tratadistas, da obrigação realmente contratada, o que mostra a necessidade de distinguir o ato jurídico simulado do dissimulado". (SANTOS, João

> naquela teoria, a idoneidade do acto de autonomia privada para determinar o seu efeito, era avaliada só em atenção à norma de grau superior, e, por conseguinte, só era posta em relevo a sua natureza de facto jurídico, de forma que, necessariamente, o problema da eficácia negocial na simulação era resolvido com base na nulidade, por falta de um dos requisitos essenciais à previsão legislativa, o querer. Por outras palavras, naquela teoria, a distinção entre validade e eficácia é um mero momento lógico, inidóneo para reflectir aquela diversidade de interesses que corresponde à distinção.[145] (...)
> O nosso problema reduz-se, portanto, à alternativa entre dois termos: invalidade ou ineficácia. É também verdade que a possibilidade desta alternativa é, implicitamente, negada por uma longa tradição jurídica, que sempre, ou quase sempre, considerou pura e simplesmente, nulo o negócio simulado. Diga-se, porém, em primeiro lugar, que esta tradição, pelo próprio facto de ser muito antiga, faz parte de uma época em que a nulidade exprimia e esgotava a ineficácia, ao passo que, hoje em dia, é noção comum a toda a literatura jurídica, que o negócio, privado dos seus efeitos, não é, necessariamente, um negócio nulo.[146]

Assim, apenas o reconhecimento de dois negócios distintos, um simulado – inválido – e um dissimulado – potencialmente válido – permitiria a manutenção de alguns efeitos pretendidos pelas partes mesmo após a verificação da simulação civil.

Ao se analisar, porém, a simulação civil como uma questão de eficácia e, mais precisamente, como uma questão de merecimento de tutela dos efeitos produzidos pelo negócio jurídico simulado, torna-se desnecessária qualquer construção teórica que distinga negócio simulado de negócio dissimulado.[147] A partir dessa nova perspectiva, tem-se um único negócio cujos efeitos, por vontade deliberada das partes, não se coadunam com o que foi declarado.[148] A solução, diante disso, não se encontra na identificação de dois negócios estruturalmente diversos, mas sim na atuação do intérprete-aplicador na busca dos efeitos essenciais realmente pretendidos pelas partes e, com isso, realizar uma interpretação corretiva daquele negócio, que, embora complexo, não deixa de representar uma única realidade negocial. Nas palavras de Luiz Carlos de Andrade Júnior:

Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 390)

[145] AURICCHIO, Alberto. *A simulação nos negócios jurídicos*: premissas gerais. 1ª ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra editora, 1964, p. 31.

[146] AURICCHIO, Alberto. *A simulação nos negócios jurídicos*: premissas gerais. 1ª ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra editora, 1964, pp. 88-89.

[147] Cunha Gonçalves já afirmava, a respeito da teoria dualista da simulação, que "há nesta doutrina um excesso de fantasia". (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 876).

[148] Essa parece ser a mesma posição adotada, em sua tese de doutorado, por Luiz Carlos de Andrade Júnior, na qual se lê: "Na descrição da simulação, há de se distinguir, de um lado, a aparência, e de outro, a realidade negocial. Tradicionalmente, esta distinção estabelece uma oposição entre o negócio simulado e o negócio dissimulado. Tal dicotomia tem levado a pensar que na simulação absoluta haveria apenas um negócio jurídico, enquanto na simulação relativa seriam dois. Quem assim pensa, todavia, não se dá conta do fato de que, na simulação, há sempre um único negócio jurídico, cujo propósito é, na simulação absoluta, exclusivamente o de criar uma aparência negocial, e, na simulação relativa, o de revestir a operação negocial de uma aparência anormal, camuflando-a, tal qual faz a pele do peixepedra". (ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 44).

> O negócio simulado e o negócio dissimulado não correspondem a relações negociais distintas e antagônicas, mas as faces de uma única relação jurídica. A ilusão negocial reveste o negócio dissimulado, recobre-o como um manto. Não seria correto, pois, pensar que as partes primeiro simulam para depois dissimularem; os contratantes, diversamente, fixam um regulamento de interesses normal o qual se torna dissimulado na medida em que – em momento logicamente ulterior – seja encoberto por uma aparência enganadora.[149]

Essa compreensão da simulação como unidade negocial se depreende, também, do que já se observou, em doutrina, a respeito de certa coerência e similitude funcional entre o negócio dito dissimulado e o negócio aparente, ou seja, que deve haver alguma coincidência de efeitos para que ocorra a simulação relativa. Na lição de Emilio Betti, "se não existisse um nexo entre o negócio simulado e o escopo dissimulado – nexo não apenas de contemporaneidade, mas também de contextualidade psicológica e lógica, nexo não só genético, mas funcional –, as partes não teriam qualquer razão para se servirem de um como meio para atingir o outro".[150]

De fato, difícil imaginar, por exemplo, um contrato de compra e venda dissimulado por contrato de prestação de serviços, tendo em vista a distância funcional que separa esses tipos contratuais; não há nexo lógico nem teleológico entre eles. A simulação, para existir, precisa ser verossímil. Umberto Eco, em seu Tratado Geral de Semiótica, define semiologia como uma teoria da mentira e afirma que "é signo tudo o que possa ser assumido como um substituto significante de uma outra coisa qualquer. Essa outra qualquer coisa não precisa necessariamente existir. (...) Nesse sentido, a semiótica é, em princípio, a disciplica que estuda tudo quanto possa ser usado para mentir".[151]

Assim, recorrendo-se à analogia com a semiótica, o negócio simulado é signo, tenta representar, perante o público, a verdadeira intencionalidade das partes, embora, a rigor, seja mentira. Se, porém, inexistir qualquer correlação entre o negócio simulado e os efeitos dissimulados, impossível perpetrar o engano. O contrato dito aparente, portanto, deve ser uma espécie de veículo por meio do qual seja possível alcançar os efeitos realmente perseguidos

---

[149] ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 146.

[150] BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 282. Na mesma direção, Nicola Distaso disserta o seguinte: "ciò importa che gli elementi consitutivi del procedimento simulato, in quanto dotati di rilevanza solo in funzione di tale fine, il quale li coordina ed al quale sono preordinati in un unico momento psicológico ed in una complessiva determinazione teleologica, non possono essere avulsi da esso; non possono essere considerati in una visione atomistica del fenômeno, la quale stabilisca rigide antitesi fra i diversi momenti del procedimento simulato i disconosca il nesso reciproco di collegamenti e di reazioni che avvince, in una totale e coerente connessione, i due momenti della preordinazione e dell'attuazioe dell'apparenza". (DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*. Torino: Tip. Cane & Durando, 1960, p. 150).

[151] ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad.: Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 4.

pelos simuladores. A compreensão disso demonstra que apenas a interpretação, em conjunto, do negócio dito aparente e do negócio dito dissimulado permitirá a identificação do escopo simulatório em sua plenitude.

Um contrato de compra e venda, por certo, pode ser dissimulado tanto por meio de um contrato de doação aparente como por meio de um contrato de locação aparente. Todavia, a escolha dos simuladores por um ou outro tipo contratual para figurar como negócio ostensivo reflete intencionalidades diferentes e, naturalmente, impactará na interpretação a ser feita pelo intérprete. Se a opção foi pela doação como contrato aparente, ficará claro que o que se pretendia ocultar – a *causa simulandi* – era o pagamento de um preço. Por outro lado, se escolheu-se a locação como negócio ostensivo, restará evidente ao intérprete que o pretendido, pelos simuladores, era camuflar a transferência da propriedade. A escolha do negócio simulado, portanto, influencia necessariamente a interpretação e a compreensão funcional do negócio dissimulado, bem como a análise do merecimento de tutela de seus efeitos. A questão foi colocada por Custódio Piedade Ubaldino Miranda da seguinte forma:

> A concepção referida, como todas as que estabelecem uma rígida separação, uma verdadeira antítese, entre os diversos momentos do procedimento simulatório, encontra graves dificuldades na solução de inúmeras questões que se propõem no tema da simulação e às quais só uma visão unitária do fenômeno simulatório é capaz de dar.[152]

Em síntese, o que se pode concluir é que, na simulação relativa, inexiste um negócio jurídico dissimulado ocultado por outro negócio jurídico simulado, mas, na realidade, há um único negócio jurídico, cujos reais efeitos não correspondem ao que foi declarado, embora a declaração – o que tradicionalmente se chama de negócio aparente, ostensivo ou simulado – indubitavelmente seja elemento essencial à compreensão, pelo intérprete, da finalidade pretendida pelos simuladores e, portanto, da real função daquela simulação em sua complexa unidade. Cabe ao intérprete, em sua missão, analisar toda a complexidade da relação existente para identificar os efeitos essenciais verdadeiramente pretendidos pelos contratantes e, com isso, qualificar devidamente o negócio.[153]

---

[152] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 91.

[153] A problemática da interpretação corretiva ou requalificação do negócio jurídico simulado será abordada oportunamente no item 3.2 deste trabalho.

Importante, ainda neste item, tecer breve consideração sobre a distinção entre simulação relativa e negócio jurídico indireto ou fiduciário.[154] A aproximação entre o fenômeno simulatório e o negócio jurídico indireto ocorre, pois, em ambos os casos, há certa desconformidade entre os elementos estrutural e funcional do negócio jurídico.[155] A proximidade é tamanha que San Tiago Dantas chega a afirmar que "sempre será a defesa do interponente alegar que o negócio foi fiduciário e não simulado".[156]

Diferentemente do que ocorre na simulação civil, no entanto, no negócio jurídico indireto não há qualquer combinação para simular. O processo desenvolve-se à luz do sol, visto que as próprias cláusulas do negócio evidenciam o escopo indireto.[157] Os efeitos decorrem naturalmente do negócio celebrado pelas partes e a aparente incongruência entre estrutura e função explica-se em razão da utilização de certo tipo negocial para finalidades que não lhe são típicas. O estranhamento do intérprete se dá apenas por conta da inovação promovida pela autonomia privada, conquanto não haja, neste caso, verdadeira incompatibilidade entre função e estrutura, uma vez que a função só será cumprida graças e por meio da estrutura adotada.[158]

A distinção entre os institutos encontradiça em doutrina aponta que, no negócio jurídico indireto, ao contrário do que ocorre na simulação, querem as partes efetivamente o negócio realizado e, portanto, submetem-se inteiramente aos seus efeitos típicos e à sua disciplina, muito embora para um resultado prático diverso do que lhe é ordinariamente esperado.[159] Dito de outra forma, no negócio jurídico indireto, o intérprete, ao confrontar a

---

[154] Os termos negócio jurídico indireto e negócio jurídico fiduciário serão tratados, aqui, como sinônimos, tendo em vista que a longa divergência doutrinária a respeito da nomenclatura do instituto extrapola o escopo do presente trabalho.

[155] "A discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto, pode configurar uma verdadeira incompatibilidade: e então teremos o fenômeno da simulação. Mas também pode ter o caráter de uma simples incongruência ou discordância (inadequação) entre meios e escopos que são entre si compatíveis: e nesse caso teremos o fenômeno do negócio indireto, ou do negócio fiduciário". (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 278).

[156] DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p 284.

[157] ASCARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 180. Nesse sentido também destaca Rubino: "Es verdad que también aqui falta una simulación en sentido técnico-jurídico, porque el recurso de los contratantes al procedimiento indirecto deriva no de la intención de prejudicar a los terceros, sino de la consabida idoneidade instrumental del negocio" (RUBINO, Dominico. *El Negócio Juridico Indireto*. Trad.: L. Rodriguez-Arias. Madri: Editorial Revista de Derecho Priavo, 1953, p. 77).

[158] COMPARATO, Fabio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto Salomão. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 381; ASCARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 179.

[159] "Il negozio indiretto si dintingue rispetto a quello simulato in quanto le parti vogliono realmente gli effetti giuridici del negozio". (BIANCA, Massimo. *Instituzioni di diritto privato*. Milano. Giuffrè, 2014, p. 445). Nesse sentido, v. também TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, v. 1, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 352: "O negócio fiduciário não se confunde com o simulado. (...) A vontade do negócio no negócio fiduciário é séria, os contratantes desejam o ajuste com as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam dele para finalidade diversa, mas também legítima e protegida pelo ordenamento". No

declaração de vontade com os efeitos práticos decorrentes daquele negócio concluirá que são perfeitamente condizentes, o que não ocorrerá se houver simulação.

A título ilustrativo, pense-se no corriqueiro exemplo da doação camuflada por compra e venda. O intérprete, neste caso, deverá analisar os efeitos concretos daquela relação jurídica e, ao fazê-lo, constatará que há, de um lado, a transferência da propriedade, mas que, de outro lado, não houve o pagamento do preço e, mesmo assim, a parte alienante deu-se por satisfeita. Após realizar tal análise, perceberá que esses efeitos não condizem com o regulamento de interesses previsto no negócio jurídico ostensivo, que estabelecia uma compra e venda e, inclusive, indicava o preço a ser pago em contrapartida. A partir dessa percepção, apenas poderá concluir que a compra e venda foi simulada e que a verdadeira relação jurídica existente entre as partes configura uma doação.

Por outro lado, no negócio jurídico indireto isso não ocorre. O exemplo da compra e venda com cláusula de retrovenda e escopo de garantia oferecido pelo professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho pode facilitar a visualização.

Já se sustentou, em doutrina, que a retrovenda com escopo de garantia seria sempre negócio jurídico simulado com objetivo de dissimular mútuo com garantia real de hipoteca.[160] Essa tese, no entanto, descurava-se dos efeitos jurídicos essenciais da retrovenda, que em diversos aspectos se distingue daqueles próprios do mútuo com garantia real de hipoteca. Com efeito, a utilização, pelas partes, da compra e venda com cláusula de retrovenda, mesmo que com escopo de garantia, obriga, por exemplo, a transferência imediata da propriedade ao credor e, além disso, impõe ao devedor que a dívida seja paga em até três anos para que possa reaver o imóvel. São efeitos específicos da retrovenda, que não encontram paralelo no mútuo com garantia hipotecária.[161] Por essa razão, caso esses efeitos sejam identificados pelo intérprete, pode-se dizer que a função em concreto percebida está em consonância com o regulamento de interesses previsto no negócio jurídico – indireto – analisado. Como se vê, diferentemente do que ocorre na simulação, neste caso os efeitos jurídicos percebidos decorrem do cumprimento natural do contrato celebrado, mesmo que o objetivo perseguido pelas partes com a sua celebração fosse distinto daquele para qual é tipicamente utilizado.

---

mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo. Nota Promissória e sua Autonomia, in: *Soluções Práticas*, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 25-27; e ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. 2, 4.reimpr. Coimbra: Almedina, 1974, p. 180; FERRARA, Francisco. *A Simulação dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Red Livros, 1999, pp. 76, mas abordando especificamente negócios fiduciários; MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, v. 1, 9ª ed. Milano: Giuffré, 1957, p. 581.

[160] CARNELUTTI, F. Mutuo pignoratizio e vendita com clausola di riscatto. In: *Revista di Diritto Processuale*, vol. I, 19146, pp. 156-157.

[161] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 154-155.

O fato de se qualificar o negócio como indireto e não como simulado, contudo, não implica sua validade.[162] Afinal, utilizando ainda o exemplo da retrovenda com escopo de garantia, é possível que o negócio celebrado pelas partes represente violação à vedação ao pacto comissório e, neste caso, a declaração de nulidade se impõe.[163]

Por fim, importa tecer considerações acerca da compra e venda a preço vil, hipótese que pode gerar dúvidas ao intérprete quanto à qualificação. Tem-se, nesse caso, a transferência da propriedade e, em contrapartida, o pagamento do preço. Este, porém, é estipulado em patamar muito abaixo daquele praticado no mercado pelo mesmo bem, o que suscita dúvidas se seria caso de compra e venda simulada para dissimular doação, de negócio jurídico indireto, utilizando-se da estrutura da compra e venda para se fazer doação ou se, na realidade, seria uma doação propriamente dita.

Em primeiro lugar, parece não haver, na compra e venda a preço vil, por si só, simulação. Isso porque, havendo a transferência da propriedade e o pagamento do preço indicado no contrato – mesmo que módico –, o negócio jurídico celebrado pelas partes produz seus efeitos normais, sem que as partes, em comum acordo, tenham lhe tirado eficácia.

Em segundo lugar, tampouco parece haver, na compra e venda a preço vil, negócio jurídico indireto, pois, para tanto, seria necessário que as partes se utilizassem da estrutura da compra e venda para atingir função diversa, o que não acontece aqui. Embora se utilize a expressão "compra e venda" para nomear a figura, tem-se, na realidade, verdadeiro contrato de doação. Isso se dá, pois, conforme observam Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, "a compra e venda caracteriza-se por duas prestações essenciais contrapostas, que a um só tempo definem o seu sinalagma e a sua causa: as prestações da entrega do bem para a transferência da propriedade e o pagamento do preço convencionado".[164]

---

[162] ACARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p.181.

[163] CC, Art. 1.428. "É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

[164] TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, v. 3, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 168. Sobre o tema, importante referir a parecer do professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho a respeito da compra e venda de ações avaliadas em mais de R$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) pelo valor simbólico de R$ 1,00 (um real). Na hipótese, o professor opinou que "se formalmente está presente um preço (o pagamento de um real), materialmente ele se revela vazio, oco, inconsistente quando contraposto ao valor da coisa cedida, situado em patamar acima de quarenta milhões de reais. (...) Não há, em definitivo, vínculo de causa e efeito, tecnicamente sinalagma, ligando as obrigações das partes de modo a que cada uma seja a razão de ser de outra e vice-versa, como acontece na compra e venda em geral. (...) O que se tem, a rigor, aqui, é mera liberalidade. A prática de ato sem interesse patrimonial correspectivo". (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto. In: *Rumos contemporâneos de direito civil*: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 288-290).

Na compra e venda a preço vil, no entanto, inexiste sinalagma, entendido como "nexo funcional entre polos prestacionais",[165] o que impossibilita a qualificação do negócio como compra e venda e o aproxima da doação. Por esse motivo, nesse caso, não há propriamente a utilização da estrutura de negócio típico (compra e venda) para atingir finalidade que lhe é estranha (doação), pois, diante da ausência de sinalagma, sequer se pode reconhecer, ali, a estrutura da compra e venda.[166]

---

[165] SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 78, jun. 2017, p. 7. Explica o autor: "No contrato não sinalagmático, o interesse objetivamente extraído da causa contratual pode ser concretizado independentemente dessa correlação entre os polos de prestações: uma das partes pode não ter nada a prestar, pode ter de observar apenas os deveres da boa-fé ou pode ter prestações de menor relevância para a causa (como nos ditos contratos bilaterais imperfeitos que não apresentam vínculo de correspectividade). Diversamente, estar-se-á diante de contrato sinalagmático quando os polos prestacionais forem reciprocamente relevantes para a promoção do resultado útil que o contrato busca promover". Em sentido análogo, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 361: "nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos as obrigações das partes se encontram numa relação de correspectividade e interdependência. Existe entre elas um nexo, um sinalagma, significando que a obrigação de uma das partes constitui a razão de ser da outra. Quando esse nexo se refere ao momento de celebração do contrato, quer dizer, só surge a obrigação de um dos contraentes se surgir a do outro, fala-se de sinalagma genético. Assim, se A e B celebram um contrato em que este se compromete, mediante retribuição, à prática de um facto ilícito, a invalidade da obrigação de B impede o nascimento da obrigação de A. Trata-se, porém, de sinalagma funcional, se a reciprocidade ou contrapartida das prestações se manifesta e releva durante a vida do contrato, designadamente quanto à simultaneidade do cumprimento, ou seja, a execução por uma das partes encontra-se condicionada à execução pela outra".

[166] Nesse mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira leciona: "Ainda que haja menção de um preço meramente simbólico, ou irrisório, o contrato é de doação e não de compra e venda". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obrigações e contratos* – Pareceres: de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 264). Em sentido diverso, v. ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 155, para quem, na compra e venda a preço vil, há negócio jurídico indireto, isto é, compra e venda por meio da qual se busca atingir os efeitos da doação.

2 AS POTENCIALIDADES EFICACIAIS DA SIMULAÇÃO CIVIL

"O dominó que vesti era errado.
Conheceram-me logo por quem não era e não desmenti, e perdi-me.
Quando quis tirar a máscara,
Estava pegada à cara".

*(*Álvaro de Campos*, Tabacaria)*

Examinados, no capítulo anterior, os principais conceitos relacionados à simulação civil, premissa necessária à compreensão dos contornos do instituto, adentra-se, neste capítulo, na investigação acerca dos potenciais efeitos produzidos pela simulação. Em outros termos, pretende-se identificar, em primeiro lugar, o que as partes buscam ao celebrarem negócio jurídico simulado, isto é, quais situações jurídicas esperam produzir para elas ao recorrerem à simulação. E, em segundo lugar, identificar quais outros efeitos surgem em relação a terceiros cujas esferas de interesses são afetadas pela simulação.

Como se perceberá ao longo do capítulo, a preocupação, nesse momento, não será a análise dos efeitos em concreto da simulação, mas sim tentar identificar, em abstrato, todos os potenciais interesses envolvidos na simulação, tanto das partes, como de terceiros. Assim, não será em todos os casos concretos de simulação que a totalidade de efeitos listados nesse capítulo estarão presente, motivo pelo qual se fala que a investigação, aqui será destinada aos *potenciais* efeitos da simulação civil. O problema da ponderação dos efeitos simulatórios, bem como o exame de questões a envolverem o merecimento de tutela dos interesses identificados nessa etapa, serão abordados no terceiro capítulo.

A questão tem relevância, pois, antes de se debruçar sobre o merecimento de tutela dos efeitos da simulação, fundamental tentar chegar a um consenso a respeito de quais são esses efeitos em potencial. Isso porque autores contemporâneos ainda repetem, por exemplo, afirmações como a de que, na simulação absoluta, "não se coloca aqui nenhum interesse atendível ou digno de tutela da parte dos outorgantes do ato simulado",[167] o que se pretende refutar. Apenas uma completa compreensão da eficácia simulatória permitirá, por parte do intérprete, realizar coerente ponderação dos interesses em jogo.

Para tanto, o item 2.1 será destinado a esclarecer o que se quer dizer quando se fala em efeitos do negócio jurídico em geral, isto é, em que consiste a eficácia negocial genericamente falando. Em seguida, no item 2.2, como premissa ao que será desenvolvido na sequência, será

[167] LEITÃO, Rui Diogo de Castro. *O problema da simulação*: uma solução em sede de interpretação jurídico-negocial? Dissertação de mestrado: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2015, p. 162. Afirmação esta que tem esteio em autores clássicos, conforme se verá adiante.

examinada a relação entre simulação civil e autonomia privada, questão que tem sido revisitada pelos juristas contemporâneos que se dedicam ao tema. Finalmente, no item 2.3 o foco recairá sobre os efeitos da simulação civil entre os simuladores e que, como se verá, têm sua juridicidade muito atrelada à boa-fé objetiva. Esse item será subdividido em três subitens a fim de apartar os três grandes conjuntos de interesses dos simuladores identificados na simulação civil: (i) a produção dos efeitos reflexos do negócio simulado; (ii) a produção dos efeitos próprios do negócio dissimulado e a consequente não produção dos efeitos típicos do negócio aparente; e, por fim, (iii) a manutenção do sigilo a respeito da simulação. O item 2.4, finalmente, dedica-se aos efeitos da simulação civil perante terceiros prejudicados pelo ato simulado (item 2.4.1) e perante terceiros de boa-fé (item 2.4.2), à luz da teoria da aparência ou princípio da confiança. Ainda serão tecidos breves comentários, no item 2.4.3 sobre potenciais conflitos de interesses entre terceiros.

2.1 Eficácia dos negócios jurídicos em geral

O negócio jurídico, como qualquer ato humano, destina-se a alguma finalidade, à produção de certos efeitos. A juridicidade do negócio jurídico, no entanto, impõe que, para além de efeitos práticos, presentes na generalidade dos atos humanos, também decorram dele efeitos jurídicos.[168] Conforme explica Marcos Bernardes de Mello, ao estabelecer distinção entre efeitos práticos e efeitos jurídicos, "efeitos práticos não seriam efeitos jurídicos, mas aquilo que de econômico, de moral, de religioso ou de qualquer outra natureza, se possa obter através do negócio" e que, por isso, "se os efeitos práticos não são jurídicos, não podem servir para caracterizar instituição jurídica".[169]

---

[168] Vale, aqui, mencionar clássica lição de Pietro Perlingieri, para quem "cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidades". Distingue o autor, no entanto, os atos entre aqueles não predeterminados a ter eficácia e aqueles outros predeterminados a ter eficácia. Conforme explica, "fato relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas bem individualizadas, mas qualquer fato que, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 639).

[169] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 153. No mesmo sentido, Antônio Junqueira de Azevedo esclarece que no plano da eficácia negocial "não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática o negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49). Pugliatti, ao desenvolver seu conceito de causa, deixa bastante clara a distinção entre efeitos práticos e efeitos jurídicos do negócio e porque apenas estes podem ser levados em consideração na identificação da função negocial: "rispetto al medesimo negozio giuridico potremo avere diverse cuase: Tizio conclude un negozio di acquisto di una casa, perché intende abitarla; Caio perché intende impiantarvi una azienda commerciale; Sempronio, perché intende speculare, rivendendola ad altri; Mevio, perché vuol darla in locazione. La causa del negozio con cui si effettua lácquisto non può identificarsi, volta a volta, col particolare motivo che

Se, portanto, os efeitos práticos não se confundem com os efeitos jurídicos, mostra-se necessário esclarecer o que se quer dizer quando se faz referência à eficácia jurídica dos fatos jurídicos de modo geral e, naturalmente, também dos negócios jurídicos. Conforme se lê nos principais escritos sobre teoria geral do direito civil, aos fatos jurídicos "o ordenamento atribui a virtude de produzir efeitos de direito ou seja: eventualidades capazes de provocar a aquisição, a perda e a modificação de um direito".[170] Assim, "o efeito é, portanto, um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas",[171] de modo que "a eficácia é a dimensão dinâmica das situações jurídicas".[172]

Os fatos jurídicos, portanto, têm a capacidade de modificar a realidade jurídica por meio de seus efeitos, que consistirão na criação, extinção ou modificação de situações jurídicas. Com isso, um novo – ou renovado – *dever-ser* aparece, a substituir o preexistente, e é de acordo com essa nova realidade jurídica que o titular da situação jurídica deverá atuar. Por essa razão, Pietro Perlingieri afirma que o efeito (situação jurídica ou novo *dever-ser* produzido pelo fato) "é instrumento de avaliação do agir humano entendido como categorias".[173] Após a ocorrência do fato, surge uma realidade jurídica distinta da anterior que, por sua vez, regulará um novo atuar de seu titular, ou seja, a produção de um novo ato jurídico. Trata-se, aqui, do perfil normativo das situações subjetivas, uma vez que "a juridicidade traduz-se no poder de realizar ou de exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas".[174] Na linha da teoria do direito de Hans Kelsen, a juridicidade do ato se liga, necessariamente, à natureza *coativa* dos efeitos do fato jurídico, isto é, das situações jurídicas subjetivas.[175]

---

há spinto il soggetto a volere, perché la variabilità dei motivi individuali di ciascun soggetto renderebbe van ala ricerca di uma causa, che dovrebbe constituire elemento essenciale del negozio. La tendenza soggettiva, dunque, deve ripiegare verso uma concezione che permetta una più concreta determinazione del concetto di causa. Fermo restando il punto di partenza: il soggetto e la volontà negoziale, si ha riguardo, anziché ai motivi individuali, all'intento tipico, cioè, in altri termini, a quello scopo pratico che può considerarsi come scopo comune a tutti i soggeti che vogliono porre in essere un determinato negozio giuridico. In tal modo la causa è sempre um motivo, ma spogliato di tutte le note individuali per cui serebbe legato al soggeto o alle contingenze particolari: um motivo típico". (PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 108).

[170] RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 309-310).

[171] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 668.

[172] CORDEIRO, Antonio Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. 1. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1987/88, p. 454.

[173] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 668.

[174] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução do direito civil-constitucional. 3ª ed. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 107.

[175] "Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas –

A celebração de um contrato de compra e venda, por exemplo, consiste em fato jurídico que faz surgir uma nova relação jurídica (um novo *dever-ser*) segundo a qual o comprador possui a obrigação (situação jurídica) de realizar o pagamento do preço avençado. A realização do pagamento, por sua vez, consistirá num novo fato jurídico cujo efeito será a extinção daquela situação jurídica pré-existente consistente na obrigação de pagar o preço. Por essa razão, diz-se que o fato jurídico cria, modifica ou extingue certa situação jurídica que, por sua vez, será futuramente modificada ou extinta por um novo fato jurídico em uma perene e indissociável relação entre ser e dever-ser, entre fato e norma.

Em síntese, pode-se afirmar que a eficácia jurídica nada mais é que a capacidade do fato de produzir vicissitudes na realidade jurídica por meio da criação, modificação ou extinção de situações jurídica subjetivas. Essas novas – ou modificadas – situações jurídicas, em razão de sua juridicidade, devem ser observadas pelas partes naquela relação jurídica e, em caso de descumprimento, podem ser exigidas pela contraparte.[176] Diz-se, assim, que a relação jurídica consiste no *ordenamento do caso concreto*.[177]

Estabelecido o que se quer dizer quando se fala em efeitos jurídicos do negócio jurídico, passa-se à análise específica dos efeitos da simulação civil. Antes disso, contudo, importante investigar, como premissa lógica, se a simulação pode ser encarada como instrumento legítimo da autonomia privada para a regulação de interesses entre as partes. Isto é, se os simuladores, ao recorrerem a tal artifício, podem esperar que o direito reconheça o que ficou acordado entre eles.

2.2 Simulação e autonomia privada

Essa questão ganha relevo por conta da previsão, pela legislação brasileira, da nulidade do negócio simulado, na linha do que se vê nos países que seguiram a orientação adotada pelo Código Civil germânico. Isso se dá em razão da reprovação moral que

---

particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação". (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Babtista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35).

[176] "Direito e dever se completam, um dependente do outro. Havendo na relação jurídica dois lados, um positivo e outro negativo, há de haver igualmente uma dualidade de sujeitos, um ativo, outro passivo; um que tem o poder jurídico, outro que assume o dever jurídico; um que pode exigir a realização, outro contra quem é dirigida a vontade do primeiro. O sujeito ativo tem a faculdade de reclamar o comando normativo; o sujeito passivo sofre a imposição da norma". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1. 24ª ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36).

[177] "A relação é, portanto, sob o perfil funcional, regulamento, disciplina de centros de interesses opostos ou coligados, tendo por objetivo a composição destes interesses. A relação jurídica é regulamento dos interesses na sua síntese: é a normativa que constitui a harmonização das situações subjetivas. Ela se apresenta como o ordenamento do caso concreto; não é casual, de fato, a definição do ordenamento como sistema de relações jurídicas". (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução do direito civil-constitucional. 3ª ed. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 737).

normalmente se faz ao negócio inválido, em especial no caso da simulação, cuja carga negativa se potencializa por estar associada à mentira e ao fingimento. Nas palavras de Nicola Distaso, "a simulação é sempre uma torpeza, porque traz uma grave turbação à sinceridade da manifestação jurídica".[178] Assim, se a simulação é conduta reprovável, não poderia servir como mecanismo de regulamentação dos interesses pelas partes e, consequentemente, os efeitos dela decorrentes seriam apenas os cominados pela lei e jamais aqueles pretendidos pelos simuladores quando da celebração do negócio simulado. Nessa linha, Cristina Ceroni defende que, devido à vedação, pelo ordenamento, da simulação, a autonomia negocial não envolve a pretensão de simulação.[179]

Na França, por outro lado, como a legislação não trata a simulação civil como causa de invalidade do negócio jurídico (o tema será aprofundado no item 3.1), a doutrina tradicionalmente parece bem mais aberta à aceitação da simulação – mais especificamente da *contre-lettre* – como legítimo mecanismo de autorregulação de interesses pelos contratantes. Carbonnier já afirmava que a simulação "não é em si uma causa de nulidade do ato secreto, este foi desejado pelas partes e é sua conformação com os postulados da autonomia da vontade e do consensualismo que permitem reconhecer força obrigatória a este contrato".[180]

Mais recentemente, porém, mesmo nos países em que a simulação civil é tratada pela lei como causa de invalidade negocial, novos olhares têm sido lançados sobre a relação entre simulação e autonomia privada. Nesse sentido, destaca-se, na Espanha, o estudo de Ernesto Jinesta, que, conquanto reconheça ser a simulação, no mais das vezes, utilizada para fraudar a lei e prejudicar terceiros, há casos em que se verifica uma *causa simulandi* lícita passível de

---

[178] O mesmo autor se refere à simulação como "um grave problema jurídico e moral". (DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*. Torino: Tip. Cane & Durando, 1960, p. 144. Tradução livre). No mesmo sentido, Messineo afirma que "L'uno e l'altro [simulazione e dissimulazione] designano comportamenti, anche, ma non specialmente, di um solo soggetto, che il costume sociale e l'etica generalmente riprovano e condannano, perché in spregio al principio di lealtà di condotta, e che, per lo più, trovano indulgenza". (MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 534).

[179] CERONI, Cristina. *Autonomia privata e simulazione*. Padova: Cedam, 1990, pp. 28-29. No mesmo sentido, v. MATTIETTO, Leonardo. Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 61, 2006, p. 220. Ver, também, DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*. Torino: Tip. Cane & Durando, 1960, p. 145. E, por fim, nesse mesmo sentido, MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 437, que, contudo, ressalva que "isso não significa que a simulação seja considerada sempre como um ato intrinsecamente ilícito".

[180] CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, t. 2. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 410. Tradução livre. No original: "elle n'est pas en soi une cause de nillité: celui-ci a été voulu par les parties, et c'est se conformormer aux postulats de l'autonomie de la volonté et du consensualisme que de reconnaître force obligatoire à ce contrat". No mesmo sentido, Planiol e Ripert lecionavam: "la simulation n'est pas en général une cause de nullité. Ceci est définitivement reconnu par la doctrine et la jurisprudence. Toute convention ayant une cause et un objet licites oblige ceux qui l'ont consentie". (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Traité pratique de droit civil français, t. VI, 1ere partie. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 461).

tutela pelo ordenamento com fundamento na autonomia privada. O autor chega a admitir, inclusive, a existência de um "direito de simular".[181]

No direito brasileiro, Luiz Carlos de Andrade Júnior também compreende a simulação como instrumento da autonomia privada à disposição dos contratantes. Nas palavras do próprio autor:

> A percepção de que o negócio simulado não é o que aparenta ser (assim como o peixe-pedra não é uma pedra, mas um peixe) leva-nos, acompanhados da doutrina contemporânea, a inseri-lo no quadro da autonomia privada. Afinal de contas, a aparência é uma realidade juridicamente relevante que pode ser voluntariamente produzida. O negócio simulado, portanto, institui um programa pelo qual as partes buscam reproduzir a eficácia de um contrato queridamente desprovido de eficácia; por outras palavras, ele é um instrumento de que utilizam os contratantes para obter a representação aos olhos dos terceiros, de um dado efeito jurídico (um ato translativo, o nascimento ou a extinção de uma obrigação, etc.).[182]

A afirmação de que a simulação civil consiste em mecanismo idôneo à disposição da autonomia privada pretende ponderar que simular não configura um ato intrinsecamente e *a priori* antijurídico, mas cujos efeitos, em muitos casos, merecerão tutela do ordenamento. No próximo item, quando se adentrará nos efeitos específicos perseguidos pelas partes com a simulação civil, serão apresentadas hipóteses em que os efeitos da simulação poderão ser protegidos pela ordem jurídica.

2.3 Efeitos da simulação civil entre as partes

Roberto de Ruggiero, em suas Instituições de Direito Civil, inicia as considerações acerca da simulação civil afirmando que "na simulação devem distinguir-se as relações das partes entre elas, das relações das partes com terceiros".[183] Essa afirmação mostra-se verdadeira na medida em que, diferentemente do que ocorre num negócio jurídico não simulado, na simulação a percepção que as partes têm do negócio não coincide com a percepção de terceiros, alheios à relação jurídica e às convenções internas ajustadas pelos simuladores.[184] Isso não significa dizer, no entanto, que há dois momentos estanques de análise do negócio pelo intérprete, um voltado à relação interna e outro voltado aos efeitos

---

[181] JINESTA, Ernesto. *La simulacion en el derecho privado*. Escuela Judicial, 1990 p. 243.

[182] ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, pp. 45-46.

[183] RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 332. No mesmo sentido, ver BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 157.

[184] Nas palavras de Luiz Carlos de Andrade Júnior, o negócio simulado "é um *instrumento* de que se utilizam os contraentes para obter a representação, aos olhos dos terceiros, de um dado efeito jurídico". (ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 46).

daquele negócio jurídico perante terceiros. Na realidade, o exame de merecimento de tutela dos efeitos do negócio simulado é indissociável e é justamente a ponderação entre os interesses das partes e os de terceiros, à luz dos princípios e valores constitucionais, que propiciará ao intérprete alcançar a justiça do caso concreto.[185]

A investigação acerca do merecimento de tutela dos efeitos da simulação, contudo, será realizada adiante, no capítulo três, servindo, o presente capítulo, especificamente, para a compreensão de quais são os potenciais efeitos da simulação civil. Assim sendo, com o fim de facilitar a compreensão, este item 2.3 será destinado ao exame da simulação e seus efeitos na relação interna entre simuladores, ao passo que o item 2.4 recairá sobre os efeitos perante terceiros.

Os próximos três subitens serão dedicados aos efeitos jurídicos que, no comum dos casos, as partes perseguem para si quando celebram contrato simulado. Não será sempre, porém, que todos esses efeitos estarão presentes e tampouco se exclui a possibilidade de, em determinado caso concreto, o efeito buscado seja algum outro não listado a seguir. A bem da verdade, o objetivo principal deste item 2.3 é deixar clara a riqueza eficacial que envolve a simulação civil, a fim de demonstrar ao leitor que não se podem aceitar as clássicas afirmações de que inexistem efeitos jurídicos na simulação absoluta e de que os únicos efeitos juridicamente relevantes na simulação relativa são aqueles dissimulados.

Em síntese, três categorias de efeitos serão apresentadas, (i) os *efeitos reflexos*, a serem analisados no item 2.3.1; (ii) os *efeitos negociais efetivamente pretendidos pelos simuladores* e, do outro lado da mesma moeda, *o dever de respeitar a ineficácia do negócio dito aparente*, abordados no item 2.3.2; e. por fim, (iii) *o dever de preservar o sigilo da simulação*, objeto de estudo no item 2.3.3. Passa-se, agora, ao exame detido de cada um deles.

---

[185] Conforme leciona Pietro Perlingieri: "Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. A realidade preexistente ao fato – considerada juridicamente – já é um tecido de situações subjetivas: sobre estas o fato incide com sua força inovadora, modificando, extinguindo ou criando novas situações. A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato). Condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis. A função do fato se realiza de modo diverso conforme a situação preexistente: se ela muda, muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 643). A respeito da técnica da ponderação, Gustavo Tepedino explica que "a ponderação revela-se técnica de sopesamento e calibração da incidência normativa, para atuação permanente diante de interesses em conflito. O raciocínio ponderativo aplica-se sempre, diante de regra e de princípios, já que o merecimento de tutela de determinada posição jurídica depende necessariamente da análise da hipótese concreta à luz da totalidade dos vetores normativos de incidência". (TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor. *Da dogmática à efetividade do direito civil*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 33).

2.3.1 Efeitos reflexos do negócio jurídico dito aparente

Corriqueiramente se afirma que o negócio dito aparente não produz efeitos entre as partes, o que varia, de acordo com o autor, é a explicação que fundamenta essa ineficácia: se nulidade por vício no elemento volitivo do negócio, se nulidade por vício no elemento causal do negócio, se ineficácia em sentido estrito provocada pelas próprias partes. Independentemente da discussão de fundo, pode-se concordar, no entanto, com a primeira afirmação desde que formulada da seguinte maneira: as partes não têm interesse na produção dos *efeitos diretos e próprios* do negócio aparente.

Essa ressalva mostra-se fundamental, pois as partes, por óbvio, celebram o negócio aparente em razão de alguma finalidade, do contrário não simulariam sua celebração. Isto é, os simuladores esperam alcançar algo com o negócio simulado e esse algo a ser alcançado consiste, muitas vezes, naquilo que a doutrina denomina de *efeitos reflexos* do negócio jurídico.

No estudo da eficácia dos fatos jurídicos, importante distinguir os *efeitos diretos* dos *efeitos reflexos*. Essa distinção tem lugar quando se percebe que o efeito jurídico (constituição, modificação ou extinção de situação jurídica subjetiva) pode ele mesmo ser considerado um novo fato jurídico a deflagrar efeitos jurídicos próprios, na medida em que fato e efeito compreendem duas faces de uma mesma moeda, pois a mesma situação poderá ser caracterizada como fato ou efeito a depender da perspectiva analisada.[186]

Conforme explica Pietro Perlingieri, os efeitos direitos são aqueles "reconduzíveis ao fato de modo direto ou automático", ao passo que o termo efeitos reflexos refere-se aos "efeitos reconduzíveis ao contrato somente de modo indireto: os chamados efeitos do efeito". Na sequência, esclarece: "quando um negócio (ou ato) jurídico produz um efeito (desejado) e existem normas que disciplinam consequências posteriores (efeitos legais) a este efeito, chamam-se efeitos reflexos estas consequências posteriores". O exemplo da renúncia ao direito de propriedade oferecido pelo autor pode ajudar na compreensão da questão:

> O efeito essencial e direto da renúncia ao direito de propriedade é a extinção da titularidade da propriedade, isto é, a perda do direito. O efeito produzido pelo fato (ausência de um proprietário do bem) é disciplinado por uma outra norma, segundo a qual os bens imóveis que não têm proprietário passam ao patrimônio do Estado

[186] "é impossível colocar fato e efeito como entidades antitéticas, vale dizer, como entidades incomunicáveis, cada uma portadora de uma lógica própria. Este é o comportamento mental típico do formalismo, o qual conduz à total separação do intérprete da realidade, fazendo-o torna-se insensível aos êxitos práticos do próprio operar". (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução do direito civil-constitucional. 3ª ed. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 104).

> (art. 827 Cód. Civ.). Quando a renúncia produz o seu efeito, dá-se a *fattispecie* prevista naquela norma e o bem vacante é adquirido pelo Estado. Esta aquisição tem causa não no ato de renúncia, mas *ex lege* no efeito – aqui entendido como fato – por ela produzido: a existência de um bem imóvel vacante. Não há confusão entre fato e efeito: o efeito direto, ou seja, a vicissitude (no exemplo: a perda da titularidade da propriedade) que uma norma produziu em consequência do fato (o negócio de renúncia), é considerado por uma outra norma (o art. 827) o fato que produz um efeito ulterior. Este outro efeito é, no tocante ao fato jurídico considerado pela primeira norma, reflexo.[187]

Ao aplicar tal raciocínio à simulação, em especial na modalidade absoluta, nota-se que, em muitas oportunidades, os simuladores perseguem os efeitos reflexos do negócio jurídico simulado, mas jamais pretendem seus efeitos diretos. Nessa direção, Castro y Bravo constata que, na simulação, "não se quer todo o resultado, se quer uma parte do resultado, o que diz respeito apenas a terceiros, por exemplo".[188] Da mesma forma, Pontes de Miranda escreve que "quem simula não quer a categoria, quer algum, ou alguns efeitos dela, ou nenhum".[189] Esses efeitos queridos pelos simuladores por vezes serão os efeitos jurídicos indiretos decorrentes daquele negócio.

Tome-se como exemplo o devedor que, temendo ser executado pelo credor, transfere seus bens, por meio de contrato de compra e venda simulado, a terceiro de sua confiança. Nessa hipótese, o simulador-vendedor não pretende o efeito direto da compra e venda, isto é, a transferência dos bens ao patrimônio do simulador-comprador, mas apenas o efeito indireto desse negócio, que consiste em torná-lo insolvente e, consequentemente, impedir que seu credor alcance seus bens em eventual execução.

Outro exemplo que pode facilitar a visualização consiste na hipótese em que pessoa, física ou jurídica, que não possui domicílio no Brasil, pretende ajuizar ação no Judiciário brasileiro. De acordo com o artigo 83 do Código de Processo Civil, como requisito essencial à propositura da demanda, o autor, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento, deverá prestar caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte.[190] Não é difícil imaginar que, para evitar o pagamento da caução, o interessado transfira, simuladamente, o direito pleiteado a terceiro que possua patrimônio no Brasil para que este possa figurar como autor da ação. Como se nota, novamente persegue-se,

---

[187] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 663-664.
[188] CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 336.
[189] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001, p. 441.
[190] CPC, art. 83, *caput*: "O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento".

aqui, não o efeito direto do negócio simulado: a transferência do direito; mas apenas o efeito reflexo: a possibilidade de ajuizamento da ação sem o devido caucionamento.

Esses casos nos quais se busca o efeito reflexo, mas não o efeito direto do negócio jurídico, consistem, naturalmente, em fraude à lei, na medida em que deflagram a aplicação – ou evitam a aplicação – de norma jurídica imperativa sem que seus pressupostos fáticos existam verdadeiramente.[191] Na explanação de Ferrara:

> a fraude muda o estado de facto regulado pela lei, de forma tal que esta se torna inaplicável. Todo princípio jurídico faz depender a sua aplicação da existência dum determinado facto, o qual, por sua vez, é resultado duma série de elementos. Por isso, as consequências jurídicas dão-se só quando se apresenta o facto indicado. E aquele que defrauda a lei não faz mais do que evitar que se comprove esse facto jurídico, privando-o dum dos elementos que o constituem e tornando assim inaplicável o princípio que o regula.[192]

Não obstante essa observação, deve-se frisar que simulação e fraude à lei não se confundem. "mas, pode também haver fraude à lei por meio da simulação. Se as duas situações jurídicas são independentes, não há entre elas antítese alguma".[193] Difícil imaginar exemplo em que os efeitos jurídicos reflexos do negócio aparente pretendidos pelos simuladores não configurem fraude a norma jurídica imperativa, razão pela qual tais efeitos não poderão ser tutelados pelo direito, por força do artigo 166, inciso VI, do Código Civil, segundo o qual é nulo o negócio jurídico "quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa". Fundamental, no entanto, que sejam mencionados como decorrentes da simulação, pois, em primeiro lugar, eles ocorrerão na relação existente entre simuladores se a simulação civil jamais for descoberta; em segundo lugar, porque deverão ser considerados pelo intérprete no momento da análise de merecimento de tutela; e, em terceiro lugar, porque são eles que, em diversos casos, justificam a prática da simulação, a configurar o que se denomina de *causa simulandi*, essencial à sua comprovação.[194]

---

[191] "Para a configuração da fraude à lei, faz-se indispensável, inicialmente, que alguém realize um ato invocando o amparo de determinada norma, chamada lei de cobertura. A particularidade está em que, ao assim agir, labora o sujeito de direito com o propósito de concretizar um fim ou escopo vedado por outra norma legal, sendo esta de colorido imperativo". (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Fraude à lei. In: *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, 2014, p. 127).

[192] FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 93.

[193] GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 851. No mesmo sentido, De Page afirma: "la simulation peut être frauduleuse, mais ne l'est pas nécessairement". (DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2. Bruxelles: Etablissements émile Bruylant, 1934, p. 540. Tradução livre: "a simulação pode ser fraudulenta, mas não o é necessariamente").

[194] "Como ponto de partida para se fazer a prova da simulação é, antes de mais nada, necessário determinar a *causa simulandi*, o motivo determinante, o interesse que leva as partes a simular e que mostra, portanto, a razão de ser da simulação. Já assim o ensinavam os jurisconsultos do antigo direito e esta regra prática que eles nos deixaram, é, como ensina Ferrara, perfeitamente aceitável no direito moderno. (...) A prova por presunções que

Por fim, vale dizer que a busca por efeitos indiretos do negócio aparente caracteriza, principalmente, a simulação absoluta, pois, diante da ausência de um negócio jurídico dissimulado, cujos efeitos são os pretendidos pelas partes, o que muitas vezes justifica a prática de simulação absoluta acaba por ser apenas tirar proveito daquela aparência de direito para outras finalidades, isto é, os efeitos reflexos.

Essa constatação, conquanto seja comprovada no mais das vezes, não é verdade absoluta, na medida em que, como se verá no item 2.3.3, a simulação pode ser destinada a fins lícitos, tal qual a preservação da privacidade dos contratantes. Nesses casos, não existem efeitos reflexos do negócio aparente pretendidos pelas partes, de modo que a presente categoria de efeitos analisada pode não estar presente em alguns exemplos de simulação.

2.3.2 Obrigação de cumprir o que se dissimulou e legítima expectativa de não ser demandado pelo que se simulou

A segunda categoria de efeitos que se identifica, na simulação civil, são aqueles próprios do negócio jurídico dito dissimulado, ou, melhor dizendo, consistem naqueles que, conquanto camuflados pela realidade jurídica aparente, são verdadeiramente pretendidos pelos simuladores. Neste caso, tais efeitos estarão presentes, evidentemente, apenas na simulação relativa e o que se quer dizer é que, ao celebrarem essa modalidade de simulação, as partes pretendem, efetivamente, que o contrato dito dissimulado seja plenamente eficaz e produza normalmente seus efeitos jurídicos. Não querem que esses efeitos venham a lume e sejam de conhecimento geral, mas pretendem que eles ocorram. Dessa forma, o programa contratual a ser levado a cabo pelos contratantes corresponde àquele do negócio dito oculto.

Em outras palavras, a simulação relativa, se normalmente desenvolvida, terá como consequência, em termos eficaciais, a produção de efeitos correspondente ao negócio que se dissimulou. Ou seja, o efeito natural da simulação relativa é a concretização daquilo que as partes acordaram entre elas, como ocorreria num contrato normal não simulado.[195]

Dessa forma, se as partes dissimulam uma doação, independentemente de qual seja o contrato ostensivo, os efeitos que se verificarão são os próprios desse tipo contratual:

---

um acto é simulado, tem, portanto de assentar nessa base: a demonstração da *causa simulandi*, a qual, como já dizia Pêgas, deve ser *certa e indubitável* e provar-se concludentemente" (SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*, v. 2. Coimbra, 1955, p. 162-164).

[195] "No fundo, a nulidade da aparência negocial da simulação não prejudica a validade de um qualquer negócio oculto celebrado, desde que cumpra todos os pressupostos essenciais, produzindo normalmente os seus efeitos como se não tivesse existido qualquer tipo de aparência negocial a ocultá-lo". (LEITÃO, Rui Diogo de Castro. *O problema da simulação*: uma solução em sede de interpretação jurídico-negocial? Dissertação de mestrado: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2015, p. 162).

transferência da propriedade em razão do ato de liberalidade do doador. Nesse sentido, Homero Prates explica que "declarada a simulação e reconhecida a existência de um ato dissimulado validamente constituído, ficam as partes habilitadas a exigir o cumprimento das obrigações decorrentes deste negócio sincero". E, adiante, complementa: "pode igualmente a parte pedir, cumulativamente, na mesma ação, o reconhecimento da simulação, e o cumprimento das obrigações resultantes do ato dissimulado".[196]

Portanto, os efeitos dissimulados são justamente os pretendidos pelas partes na simulação relativa, e que serão levados a efeito caso a simulação não seja impugnada ou, se impugnada, constate-se que não há motivo a justificar a cessação de tais efeitos. Se tudo ocorrer conforme o planejamento dos simuladores, estes serão os efeitos jurídicos alcançados, é isso que buscam ao simularem relativamente.

Eis, portanto, uma importante diferença entre simulação absoluta e simulação relativa: na primeira, as partes não querem os efeitos diretos de nenhum tipo contratual, no mais das vezes pretendem apenas alcançar os efeitos indiretos do negócio dito simulado. Já na segunda, as partes pretendem sim os efeitos diretos de certo tipo contratual, isto é, colocam em prática um verdadeiro programa contratual – o que não ocorre na simulação absoluta –, mas esse programa diz respeito àquilo que se dissimulou e não ao ato ostensivo.

Identificado o programa negocial dissimulado como aquele que os simuladores realmente pretendem levar a efeito, esse programa deve ser por eles respeitado e o principal fundamento para isso é, naturalmente, a força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*).[197] O que as partes acordaram deve ser respeitado e, caso não seja, deflagram-se os remédios próprios do inadimplemento contratual.

Quando se está diante da simulação, no entanto, o respeito ao programa contratual entabulado não significa apenas o cumprimento, isto é, a atuação positiva no sentido do que ficou estabelecido na relação interna entre os simuladores. Há, neste caso, também um viés negativo de se abster de fazer aquilo que está descrito na declaração de vontade ostensiva. Em

---

[196] PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, pp. 151-152.

[197] Ensina Enzo Roppo que o resultado ou produto do contrato "consiste justamente no conjunto dos direitos e das obrigações que, com o contrato, as partes reciprocamente assumiram e que consubstanciam a operação econômica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato. Indica-se, em suma, nesta acepção, o conteúdo imperativo do contrato, ao qual as partes se vincularam, aquilo que, com base no contrato, devem dar ou fazer e aqui que, com base no contrato, podem esperar ou pretender da outra parte: numa palavra, o regulamento contratual". (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 126).

outras palavras, não pode um dos simuladores, sabedor de que se trata de contrato meramente aparente, querer impor o cumprimento do contrato simulado.[198]

A esse respeito, vale mencionar interessante acórdão da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Na oportunidade, julgaram-se embargos à execução ajuizados por devedor que se viu executado em ação de título executivo extrajudicial consistente em instrumento particular de promessa de compra e venda de imóvel com preço estipulado em R$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais). Nas razões de seus embargos alegou, porém, que a promessa de compra e venda fora desfeita pelas partes e novo contrato, dessa vez escritura pública de compra e venda, havia sido celebrado com valor bastante inferior, fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Os embargos, portanto, tinham por objetivo descaracterizar a promessa de compra e venda como título executivo e ver reconhecido que o valor do pagamento a ser feito pelo imóvel deveria ser de R$ 20.000,00, conforme previsto na escritura, e não os R$ 63.000,00 executados.

Em suas contrarrazões, o exequente embargado afirmou ter havido simulação do preço na escritura pública. Isto é, as partes haviam acordado que o valor real a ser pago pelo imóvel seria R$ 63.000,00, conforme constava na promessa de compra e venda, mas que, a fim de permitir que o comprador conseguisse certo financiamento junto à Caixa Econômica Federal, concordaram que o preço indicado na escritura pública seria de R$ 20.000,00. Ou seja, argumentou, em sua defesa, que o executado embargante, na realidade, estava querendo se valer do preço simulado – menor – para escapar do pagamento do valor maior que fora efetivamente avençado.[199]

A juíza de primeiro grau, em entendimento posteriormente mantido pela 19ª Câmara Cível do Tribunal, como não poderia deixar de ser, julgou improcedente os embargos para

---

[198] Essa possibilidade de um simulador abusar da confiança do outro tentando fazer valer contrato sabidamente aparente já era enfrentada pelo Código Civil de 1916. Conforme desenvolvido no item 1.2.3, no caso de simulação inocente, o legislador vislumbrou a necessidade de conferir aos simuladores legitimidade para alegar a simulação em face do outro para que o caráter simulatório do negócio fosse esclarecido na hipótese, por exemplo, de o outro simulador querer executar contrato absolutamente simulado. Nesse caso, diferentemente do que ocorria na simulação maliciosa, os simuladores tinham legitimidade para arguir a simulação caso tivessem interesse em esclarecer a natureza simulatória – a ineficácia, pois – do contrato celebrado, pois, diante da inexistência de um terceiro prejudicado nessa espécie de simulação, se a lei não conferisse às partes legitimidade para argui-la, o caráter simulatório do negócio restaria inatacável, o que representaria terreno fértil para abusos de um simulador em face do outro.

[199] Esse caso reflete, ainda, a relevância da alteração promovida pelo Código Civil de 2002 ao prever a simulação civil como causa de nulidade do negócio jurídico e não mais como causa de anulabilidade, tal qual previa o Código de 1916. Com isso, superou-se a problemática existente no regime anterior a respeito da impossibilidade de um simulador alegar a existência de simulação em face do outro. Com isso, evitam-se injustiças que ocorreriam nas hipóteses em que um simulador quisesse se aproveitar da situação para fazer valer o negócio aparente.

fazer valer o preço estabelecido na promessa de compra e venda, isto é, o preço real acordado pelas partes. Conforme constou a sentença e foi reproduzido no acórdão:

> A meu sentir, razão assiste ao Embargado e a Escritura Pública de Compra e Venda da fl. 13 é o negócio jurídico aparente que representa o *pacto simulationis* deliberado pelas partes. Ainda que a ninguém seja dado arguir a própria torpeza em benefício próprio, inadmissível permitir o enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra.[200]

Como bem demonstra o caso descrito, para além da obrigatoriedade dos pactos, que, por si só, já seria suficiente para fundamentar o cumprimento do programa contratual dissimulado – e não do simulado – pelos simuladores, verifica-se um incremento da necessidade de tutela da confiança, com esteio na boa-fé objetiva.[201] Existe uma fidúcia recrudescida a envolver os simuladores,[202] que esperam, verdadeiramente, que a declaração de vontade ostensiva não seja observada em favor da realização do que ficou secretamente acordado. A respeito da boa-fé objetiva e da tutela da confiança nas relações privadas, ensina Judith Martins-Costa:

> A aproximação, e mesmo a superposição entre ambos [tutela da confiança e boa-fé objetiva] ocorrem, primariamente, na vedação ao exercício deslealmente contraditório de posições jurídicas (Código Civil, art. 187). Há um dever de coerência consistente em manter-se a palavra dada ou o comportamento manifestado, agindo segundo os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim impedindo surpresas desleais.[203]

Nessa linha de raciocínio, a celebração de negócio jurídico simulado faz surgir, entre os simuladores, uma *expectativa legítima* de que aquele negócio jurídico, nos moldes como foi declarado, não produzirá efeitos, mas que sua eficácia será guiada pelo que foi

---

[200] TJRS, 19 CC, Apelação 0057602-12.2018.8.21.7000, Relª. Desª. Mylene Maria Michel, julg. 25.10.2018.

[201] Vale observar, nesse ponto, que o próprio princípio da *pacta sunt servanda* apresenta indiscutível afinidade com o princípio da confiança, conforme demonstra Antunes Varela: "o princípio da confiança explica, por sua vez, a força vinculativa do contrato, a doutrina válida em matéria de interpretação e integração dos contratos (arts. 236º, 238º, 239º, cfr. art. 217º) e a regra da imodificabilidade do contrato por vontade (unilateral) de um dos contraentes (art. 406º, 1): *quod prius est libertatis postea fit necessitatis*. É, com efeito, a proteção da legítima expectativa criada pelo recebimento da proposta contratual no espírito do destinatário que explica a irrevogabilidade dela pelo proponente durante o período razoavelmente reservado à reflexão e decisão deste (art. 230º)". (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 227). No mesmo sentido, Judith Martins-Costa pontua "a relação de interdependência entre os princípios da autonomia privada e da confiança". (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 250). Portanto, o que se pretende deixar consignado é a peculiar situação jurídica existente na simulação relativa, em que, para além da natural expectativa atrelada à obrigatoriedade dos pactos que surge em qualquer negócio jurídico a respeito da obrigação positiva de cumprir o acordado, há, ainda, uma obrigação negativa, reforçada pela fidúcia existente entre os simuladores, de que o negócio aparente não será exigível.

[202] Vale pontuar que a fidúcia existente na simulação muito se assemelha àquela do negócio fiduciário, a configurar mais uma proximidade entre as duas figuras, que, como já abordado, tanto trabalho tem dado à doutrina para distingui-las. Nessa direção, Pablo Adrés Garcés Vásquez elenca, dentre os principais indícios de simulação, "o parentesco e aamizade íntima entre os contratantes". (VÁSQUEZ, Pablo Adrés Garcés. Formas de manifestación del consentimiento y su eventual tergiversación: la simulación. In: *Nuovo Derecho*, vol. 10, n. 15, jul.-dez. 2014, p. 97).

[203] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 254.

internamente acordado, se for o caso de simulação relativa; ou mesmo que não terá qualquer eficácia típica, se for o caso de simulação absoluta. Não resta dúvida, portanto, de que, assim como a obrigação de cumprir aquilo que se estipulou no negócio dito dissimulado, por força da obrigatoriedade dos pactos, configura um dos efeitos da simulação; no anverso da mesma moeda, a legítima expectativa de que não será demandado nos termos do contrato aparente também configura um dos efeitos da simulação civil associado à boa-fé objetiva e à tutela da confiança.

Na hipótese de um dos simuladores pretender exigir o cumprimento do negócio simulado ao outro simulador, é possível vislumbrar, ainda, a figura parcelar da boa-fé objetiva cristalizada no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*. Trata-se da proibição do comportamento contraditório que "possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos".[204] A doutrina, de modo geral, estipula que, para configuração do *venire*, deve haver "dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo",[205] sendo o primeiro contrariado pelo segundo. O requisito da licitude dos comportamentos não afasta a possibilidade de aplicação da figura à hipótese da simulação, pois, como já se pôde pontuar ao longo do trabalho e será melhor desenvolvido no capítulo três, a celebração de contrato simulado não consiste, em si, uma ilicitude, da mesma forma que o comportamento contraditório, representado pelo ajuizamento da demanda, tampouco configura ato ilícito.

Como consectário lógico da constatação da legítima expectativa referida nos parágrafos anteriores, caso essa situação jurídica seja desrespeitada e acabe por produzir dano à parte demandada, naturalmente surgirá o dever de indenizar. Pense-se na hipótese de um dos simuladores ajuizar ação de execução de contrato simulado em face do outro, de modo que o executado tenha sua boa fama perante clientes e fornecedores afetada provocando-lhe perdas comerciais. Nesse caso, o simulador exequente deverá reparar os danos, já que provocados em violação à legítima expectativa que o outro simulador tinha de não ser demandado para cumprimento de contrato sabidamente simulado e, portanto, ineficaz.

---

[204] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 63. Ainda sobre o conceito e caracteres do venire contra factum proprium, v. NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A* suppressio (Verwirkung) *no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 80: "O v.c.f.p. pode ser definido como a vedação ao comportamento contraditório no exercício de posições jurídicas, sendo pressupostos para sua aplicação (i) a existência de um direito exercitável; (ii) o comportamento inicial do titular apto a despertar a legítima confiança da contraparte em determinado sentido (facta propria); (iii) o efetivo investimento na confiança pela contraparte; (iv) o comportamento posterior em contradição àquele inicial, frustrando a legítima confiança investida.

[205] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 745.

Em exemplo talvez ainda mais esclarecedor, imagine-se uma transferência de propriedade por meio de compra e venda simulada. Valendo-se do contrato aparente, o simulador-comprador apresenta-se perante terceiro de boa-fé que compra o bem simuladamente transferido. Trata-se, sem dúvida, de venda a *non domino*, mas que poderá ser válida com fulcro na proteção da confiança do terceiro de boa-fé – essa questão será aprofundada no item 2.4. Parece natural concluir que surgirá para o simulador-vendedor a pretensão de se ver ressarcido pelo simulador comprador em razão do dano sofrido consistente na perda do bem simuladamente transmitido.[206]

Sobre essa questão da reparabilidade dos danos decorrentes de violação de situação subjetiva oriundas da simulação civil, deve-se mencionar interessante dispositivo contido no Código Civil peruano. O artigo 2.001 do referido diploma elenca os prazos prescricionais de diversas pretensões e, dentre elas, indica, no inciso II, o prazo de sete anos para "a ação de danos e prejuízos derivados da violação de um ato simulado".[207] A doutrina daquele país, na busca por compreender o significado da expressão "violação de um ato simulado", interpreta-a da seguinte forma: "esta disposição somente tem sentido se se entende como uma violação ao acordo simulatório e é uma responsabilidade entre as partes que o subscreveram".[208]

Por fim, fundamental deixar claro que também na simulação absoluta surge para os simuladores a legítima expectativa de que o contrato simulado não terá eficácia e não será exigido. Essa constatação não é abalada mesmo à luz da previsão do *caput* do artigo 167 do Código Civil, que estabelece a nulidade do contrato simulado. Com efeito, já restou pacificado em doutrina a possibilidade de mesmo contratos nulos produzirem efeitos consistentes em deveres laterais da boa-fé objetiva.[209]

---

[206] Gonzalo Ortiz Hidalgo apresenta exemplo semelhante a partir do qual conclui: "De otro lado, entre las mismas partes también se generan efectos, así por ejemplo respecto del caso citado Juan podría demandar daños y perjuicios a Pedro, por haberse producido un supuesto de 'violación del acto simulado'". (HIDALGO, Gonzalo Ortiz. *La simulación absoluta del negocio jurídico*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Peru. San Miguel: PUCP, 2016, p. 84).

[207] No original: "Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: (...)2.- A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado".

[208] No original: "esta disposición sólo tiene sentido si se entiende como una violación del acuerdo simulatorio y es una responsabilidad entre las partes que lo han suscrito". (ESPINOZA, Juan Espinoza. *Acto jurídico negocial*: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial . Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 339).

[209] "A possibilidade de subsistência, nas nulidades, de deveres acessórios que, normalmente, deveriam actuar na vigência plena dos contratos, tem sido reconhecida pela doutrina posterior". (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 618). No mesmo sentido, Carlos Nelson Konder: "A segunda característica distintiva é a imunidade dos deveres laterais aos efeitos da ineficácia lato sensu do contrato. Ou seja, ainda que o contrato seja anulado, declarado nulo, ou se torne ineficaz em sentido estrito (resolução, resilição, advento do termo final...), com a consequente extinção dos deveres principais e acessórios decorrentes do contrato, os deveres laterais persistem, as partes do contrato extinto continuam a ter que guardar observância ao princípio da boa-fé". (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1.276.311. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol 50, abr./jun. 2012, p. 222).

A constatação dessa legítima expectativa dos simuladores evidencia que não se tem como aceitar a clássica afirmação de que a simulação absoluta não produz efeitos entre as partes, conquanto os efeitos típicos não sejam realmente produzidos.[210] Menos razão ainda tem Ferrara ao dizer, a respeito da simulação absoluta, que "nenhuma mutação jurídica se dá por virtude do ato simulado".[211]

A relação jurídica se evidencia com a constatação da existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis por um dos simuladores em face do outro, conforme desenvolvido ao longo desse tópico.[212] E, como se verá no próximo item, a eficácia da simulação, tanto na modalidade absoluta quanto na modalidade relativa, não para por aí. Outras situações jurídicas, além da legítima expectativa de inexigibilidade do negócio aparente, podem surgir.

2.3.3 Dever de manter o sigilo da simulação

Nicola Cipriani, ao investigar o núcleo conceitual da simulação civil, afirma que o mínimo denominador comum de qualquer *fattispecie* na qual se coloca um problema de simulação constitui-se não na representação externa do que foi simulado, mas sim na preservação de uma intenção, destinada a permanecer secreta, que faz surgir dois diversos planos de efeitos jurídicos, um destinado a ser ostensivo aos terceiros, e outro a permanecer em segredo entre os simulantes.[213] Em síntese, o que se quer dizer é que, antes a intenção de enganar terceiros, o elemento central de qualquer simulação consiste no segredo, no objetivo de ocultar algo.

---

[210] Gonzalo Ortiz Hidalgo compartilha com esse entendimento ao escrever: "el negocio jurídico simulado no puede generar efectos entre las partes, respecto del negocio creado en apariencia. (...) No obstante lo anterior, consideramos que determinados efectos jurídicos sí se generan entre las partes". (HIDALGO, Gonzalo Ortiz. *La simulación absoluta del negocio jurídico*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Peru. San Miguel: PUCP, 2016, p. 60).

[211] FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 323. Luiz Carlos de Andrade Júnior parece concordar que, mesmo na simulação absoluta, existe relação jurídica entre os simuladores ao afirmar: "a primeira [simulação absoluta] surge quando a relação jurídica estabelecida entre as partes limita-se à simulação". (ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 146).

[212] Homero Prates, em tentativa de acomodação do entendimento de Ferrara, escreve que "se a simulação é absoluta, o negócio é inexistente ou nulo por deliberação, por vontade dos contratantes, o qual, entretanto, poderá ter consequências jurídicas como fato". (PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 139).

[213] No original: "il mínimo comune dinominatore delle fattispecie nelle quali si pone um problema di simulazione giuridica è constituito non tanto dalla reppresentazione all'esterno ad opera dei simulanti di um dato fatto/atto/negozio, quanto piuttosto dalla sussistenza di una intensa, destinata a rimanere segreta, che comporta il sorgere di due diversi piani di regole e di conseguenza il prodursi di due diversi piani di effetti giuridici, destinati l'uno ad essere ostensibile ai terzi, l'altro a restare segreto e operare tra le parti". (CIPRIANI, Nicola. La simulazione di effetti giuridici: appunti sulla fattispecie. In: RAIMO, Raffaele Di; FRANCESCA, Manolita; NAZZARO, Anna Carla (orgs.). *Percorsi di diritto civile*: studi 2009/2011. Salento: Ediziono Scientifiche Italiane, p. 106).

Diante da relevância do segredo na simulação, sendo a razão priomordial para as partes lançarem mão de tal figura, a terceira categoria de efeitos *inter partes* que se vislumbra na simulação civil refere-se ao dever de os simuladores não revelarem a ocorrência da simulação, isto é, não tornarem ostensivo o ato dissimulado e o pacto simulatório. Também com supedâneo na boa-fé objetiva e na tutela da confiança, tal qual desenvolvidas no item anterior, parece surgir, para os simuladores, uma legítima expectativa de que a simulação será mantida em segredo para preservar a *causa simulandi* que ensejou a criação da aparência jurídica.

Não é sempre, porém, que essa intenção de manter certa situação jurídica oculta por meio da simulação será tutelada pelo ordenamento. Como já pontuado anteriormente, a *causa simulandi* a animar os simuladores pode ser lícita ou ilícita, o que há em comum em todas as hipóteses de simulação é o objetivo de se manter oculto aquilo que foi verdadeiramente pactuado. Quando o objetivo de ocultação se mostrar malicioso, dificilmente o interesse dos simuladores no sentido de manter a situação real em segredo poderá ser merecedor de tutela pelo ordenamento.

Por outro lado, Cunha Gonçalves observa que "a simulação dum acto jurídico pode não ser acto praticado em prejuízo de terceiros; pode, às vezes, ser determinada por motivos de ordem moral, tais como: evitar dissensões, ou conflitos com pessoas que se julguem com direito a idêntico benefício, conservar em segredo o acto verdadeiro, etc".[214] Na mesma linha, Von Tuhr reconhece a possibilidade de o negócio aparente ser utilizada "para o inobjetável propósito de ocultar uma transferência a terceiros não interessados".[215] Nesses casos, em que se está diante de simulação inocente, o caráter oculto daquilo que se quis esconder deverá ser protegido. Vale reproduzir interessante passagem de Francesco Ferrara a respeito do tema:

> O fato de mascarar um negócio jurídico não pode reprovar-se em si mesmo, desde que, com ele, não se ofenda a lei ou os direitos de outrem. Manter secreto um ato pode constituir um interesse legítimo e respeitável e razão imperativa alguma de ordem pública proíbe de subtrair aos olhos de terceiros a verdadeira natureza do ato efetuado. Se se realiza um engano, se se emprega uma mentira, isto, que pode ofender certos princípios morais, a que a lei outorga uma mera proteção negativa, não pode constituir uma violação jurídica.[216]

---

[214] GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 893.

[215] VON TUHR, A. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán, vol. II. Trad.: Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 500. De Page segue na mesma direção ao afirmar que "La simulation peut parfaitement s'inspirer d'un motif avouable. On peut vouloir cacher, sans pour cela tromper, ou vouloir tromper". (DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2. Bruxelles: Etablissements émile Bruylant, 1934, p. 538. Tradução livre: "a simulação pode perfeitamente se inspirar em um motivo inocente. Pode-se querer esconder sem, com isso, prejudicar, ou querer prejudicar").

[216] FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 234.

Passo adiante, se este for o caso e um dos simuladores revelar a existência da simulação, a provocar danos ao outro simulador, surgirá o dever de reparar. Por isso se afirma que a terceira categoria de efeitos da simulação civil entre as partes consiste no dever de manter secreta a existência da simulação. Trata-se de situação em que a mentira, a enganação, quando realizada por razões lícitas, merece ser tutelada.[217]

Pense-se no exemplo fornecido por San Tiago Dantas de acordo com o qual o sobrinho, para que o tio não saiba a respeito da venda de certo objeto de família que ele muito estimava, simula com o terceiro adquirente contrato de empréstimo para mostrar ao público. Se, sem motivo razoável, esse terceiro adquirente, que havia concordado com a simulação, revela o que de fato se passou e provoca desavenças na família do vendedor, poderá surgir, para este, a pretensão compensatória pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

Veja-se que, neste caso, a obrigação de manter o segredo independe de qualquer cláusula de confidencialidade. Trata-se de efeito jurídico decorrente da simulação em si e de sua função como instrumento de autonomia privada por meio do qual as partes buscam ocultar a natureza de certa situação jurídica.

Essa constatação aplica-se tanto à simulação relativa quanto à simulação absoluta, pois, mesmo que as partes não pretendam ocultar um negócio jurídico, podem ter interesse em manter em segredo certa situação jurídica, como se dá, por exemplo, quando alguém transfere simuladamente a propriedade de certo bem a outrem apenas para que não apareça mais, perante o público, como proprietário daquela coisa, por qualquer razão escorreita que seja. Nesse caso, surge para o simulador-adquirente o dever de manter-se fiel ao acordado e apresentar-se, perante a coletividade, como verdadeiro proprietário daquele bem.

Por todo o exposto nesse ponto e pelo que já se consignou no último parágrafo do item anterior, não se pode concordar com afirmações no sentido de que "o negócio simulado inocente, na simulação absoluta, não gera qualquer relação jurídica: nem por iniciativa das partes, que se limitam a criar essa aparência negocial, sem que se alterem as respectivas esferas jurídicas, nem por mero efeito da lei, ao contrário do que ocorre nas simulações fraudulentas".[218]

---

[217] Remeta-se, aqui, à introdução deste trabalho, quando se pontuou o fato de a mentira, muitas vezes, ser moralmente justificável.

[218] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 119. No mesmo sentido, Pontes de Miranda, que afirmava consistir ato inexistente o negócio decorrente de simulação absoluta inocente: "aquele, pois que não é, não tem qualquer eficácia (seria haver efeito sem causa): todos os figurantes não quiseram que o ato entrasse no mundo jurídico; e a lei não precisou proteger a ninguém contra essa pura aparência". (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001, p. 446).

2.4 Efeitos da simulação civil em relação a terceiros

Indicados os efeitos produzidos pela simulação civil entre os simuladores, este item será destinado ao estudo das consequências jurídicas vislumbradas quando terceiro interessado tem sua esfera jurídica afetada pela simulação civil. Para isso, duas hipóteses distintas serão examinadas: em primeiro lugar aquela em que terceiros se veem prejudicados pela simulação tramada pelos simuladores e, em segundo lugar, aquela em que terceiros de boa-fé confiam na validade da aparência criada e, com isso, depositam nela uma legítima expectativa que acaba por não se confirmar.[219]

2.4.1 Terceiros prejudicados pela simulação

A primeira problemática a ser analisada, na simulação civil, a envolver terceiros, diz respeito aos casos em que os simuladores celebram negócio jurídico simulado com o fim de fraudar a lei, o que, por consequência, gera prejuízos a interesses jurídicos alheios. Trata-se do que se denomina de simulação maliciosa ou nocente e pode ocorrer nos mais diversos contextos.

Exemplos comuns e já aventados ao longo do trabalho são, por exemplo, a simulação de compra e venda para dissimular doação inoficiosa a fim de fraudar a legítima;[220] ou, ainda, a simulação de preço com o objetivo de pagar menos tributo.[221] No primeiro caso, o herdeiro legítimo e, no segundo, o Fisco poderão alegar simulação para que o negócio simulado não produza efeitos em relação a eles. Em termos gerais, são considerados terceiros prejudicados

---

[219] "il simulato può, a seconda dei casi, essere inefficace oppure efficace: è inefficace rispetto a quei terzi i cui diritti sono pregiudicati dal contratto simulato (art. 1.415, comma 2º); è, invece, efficace per quei terzi che, in buona fede, hanno fatto affidamento sul'apparenza creata dal contratto simulato (artt. 1.415, comma 1º, 1.416, comma 1º)". (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 318. Tradução livre: o contrato simulado pode, de acordo com o caso, ser ineficaz ou eficaz: é ineficaz a respeito dos terceiros cujos direitos são prejudicados pelo contrato simulado (art. 1.415, parágrafo 2º); e, por outro lado, eficaz para os tercerios que, de boa-fé, confiaram na aparência criada pelo contrato simulado (arts. 1.415, parágrafo 1º, 1.416, parágrafo 1º))". Messineo aponta também que "enquanto, na relação entre os simuladores, os efeitos são negativos (ineficácia) quanto ao contrato simulado e afirmativos quanto ao contrato dissimulado – os efeitos, em relação aos terceiros, podem ser diversos: isto é, negativos ou afirmativos segundo a qualidade da pessoa interessada" (MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 497. Tradução livre. No original: "mentre, nel rapporto fra i simulanti, gli effetti sono negativi (inefficacia), quanto al contratto simulato e affermativi (efficacia), quanto al contratto dissimulato – gli effetti, rispetto ai terzi, possono essere diversi: cioé, negativi, ovvero affermativi, secondo la qualità della persona del singolo interessato).

[220] CC, art. 549: "Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento".

[221] Sobre simulação civil no direito tributário, v. FERRAZ, Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto. No direito tributário e à luz do novo Código Civil. In: *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, a. 8, n. 48, nov./dez. 2010, pp. 9-25.

aqueles que "ostentam um direito que resulta excluído, inoponível ou reduzido com base no ato simulado".[222]

A todos esses que se veem prejudicados em seus interesses pela celebração de negócio simulado, resguarda-se o direito previsto no artigo 168 do Código Civil. Referido dispositivo atribui a qualquer interessado legitimidade para alegar judicialmente a existência de nulidade, inclusive, evidentemente, a nulidade provocada pela simulação.[223] Importante ressaltar que esse dispositivo não se confunde com o previsto no § 2º do artigo 167 também do Código Civil, que será objeto de estudo no próximo item. Na realidade, os dispositivos têm finalidades diametralmente opostas: enquanto o artigo 168 tutela o direito de terceiros prejudicados que querem ceifar os efeitos do negócio nulo (simulado, no caso), o § 2º do artigo 167 busca, ao contrário, preservar alguns efeitos do negócio simulado com o fito de tutelar interesses de terceiros de boa-fé.

Feita essa distinção e retomando a questão específica dos terceiros prejudicados, importante observar que o artigo 168 não indica a boa-fé do terceiro prejudicado como requisito para legitimá-lo à ação declaratória de nulidade. Nesses termos se posicionou André Barbosa Guanaes Simões:

> A qualidade que distingue o terceiro com pretensão de revelar judicialmente a simulação passou a ser a do regime comum de nulidade: segundo a regra do art. 168 do atual Código Civil brasileiro, só ao interessado se dá legitimidade para alegar a nulidade. Semelhantemente, o Código Civil português conduz a legitimidade dos terceiros ao regime comum da nulidade (art. 242º, 1, combinado com art. 286º). Ambos tratam, é verdade, da boa-fé do terceiro, mas apenas como requisito à inoponibilidade da simulação pelos próprios simuladores. Diz-se, então, com acerto, a desvinculação textual dos diplomas brasileiro e português acerca de eventual exigência de boa-fé à invocação da nulidade por terceiro.[224]

Nessa linha de raciocínio, o terceiro interessado a ajuizar a ação de nulidade pode ser alguém que tinha ciência da simulação e que, num primeiro momento, não se opôs ou mesmo tenha se mostrado favorável à sua realização, mas que, por qualquer razão superveniente a alterar as circunstâncias, viu-se prejudicado e resolveu, por bem, alegar judicialmente a simulação.

---

[222] BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. III: Il contratto. Milão: Giuffrè, 1984, p. 666. No original: "Terzi pregiudicati dal contratto simulato sono gli aventi causa del simulato alienante e in genere tutti coloro che in base alla situazione reale vantano um diritto che resulta escluso, inopponibile o ridotto in base all'atto simulato". Na mesma direção, v. GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

[223] CC, art. 168: "As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir".
Parágrafo único: "As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes".

[224] SIMÕES, André Barbosa Guanaes. *Os efeitos da simulação*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2016, p. 94.

A ilustrar essa situação, mencione-se o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp 918.643/RS. Na ocasião, o cônjuge varão, já em seu terceiro casamento, transferiu parte considerável de seu patrimônio para a esposa com o objetivo de deixar seus bens fora da partilha a ser realizada com a segunda esposa. Essa artimanha não apenas era de conhecimento dos filhos que o marido possuía fruto de seu primeiro matrimônio, mas estes aprovaram e apoiaram a ideia, sempre ressalvado que, terminada a partilha, os bens voltariam ao patrimônio do pai. Antes, porém, que isso pudesse ocorrer, o marido e pai faleceu, de modo que, no momento da transmissão da herança aos filhos, irrisório era seu patrimônio. Nesse contexto, os filhos ajuizaram ação de nulidade das alienações realizadas pelo pai à terceira esposa, o que ensejou discussão a respeito da legitimidade dos filhos, terceiros conhecedores da simulação, para alegá-la judicialmente. A Terceira Turma do STJ, então, posicionou-se da seguinte forma:

> Não é possível argumentar que os herdeiros do falecido, pelo mero fato de terem ciência das aquisições promovidas por seu pai, não poderiam questionar esses negócios jurídicos porque teriam sido beneficiados pelo suposto desvio patrimonial decorrente das aquisições. Inexiste benefício numa situação em que o pai promove negócios jurídicos que deixarão os herdeiros sem patrimônio no futuro.[225]

Ainda a respeito da proteção de terceiros prejudicados pela simulação, a jurisprudência brasileira, na esteira das alterações legislativas promovidas pelo Código Civil de 2002, que passou a tratar a simulação como causa de nulidade e não mais de anulabilidade do negócio, atualmente admite a declaração de nulidade independentemente do ajuizamento de ação própria. Assim, pode a parte interessada alegar simulação a qualquer tempo e por qualquer via processual, inclusive em embargos de terceiros. Veja-se o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como motivo de nulidade do negócio jurídico. Em sendo assim, o negócio jurídico simulado é nulo e consequentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02). É desnecessário o ajuizamento de ação específica para se declarar a nulidade de negócio jurídico simulado. Dessa forma, não há como se restringir o seu reconhecimento em embargos de terceiro. Simulação que se configura em hipótese de nulidade absoluta insanável. Observância dos arts. 167 e 168, ambos do CC/02.[226]

Aumentou-se, dessa forma, a capacidade defensiva dos terceiros prejudicados pela simulação, que, diferentemente do que ocorre nos casos de anulabilidade, não precisam manejar ação própria. Resta, portanto, inaplicável à simulação o Enunciado 195 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que trata de fraude contra credores e estabelece que esta "gera apenas a anulabilidade do ato fraudulento, o qual somente se desfaz por força da sentença

---

[225] STJ, 3ª T, REsp 918.643/RS. Relª. p/ acórdão Minª Nancy Andrighi, julg. 26.04.2011.
[226] STJ, 3ª T, REsp 1.927.496/SP. Rel. Min Moura Ribeiro, julg. 27.04.2021.

procedente da ação destinada a desconstituí-lo. Enquanto não postulada e obtida a anulação, o ato em fraude a credores é válido".

2.4.2 Terceiros de boa-fé e eficácia do negócio dito aparente

Para além dos efeitos lesivos a interesses de terceiros, capaz de tornar estes legitimados a demandar ineficácia o negócio simulado por meio da alegação de nulidade com base no artigo 168 do Código Civil, tal qual desenvolvido no item anterior, mostra-se possível que, de maneira inversa, o terceiro que tem sua esfera jurídica afetada pela simulação tenha interesse na preservação do negócio dito aparente. Para regular esta situação, o Código Civil reserva o artigo 167, § 2º, segundo o qual "ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado".

O Código Civil de 1916 não previa disposição semelhante, embora a mesma proteção dos terceiros de boa-fé pudesse ser retirada do artigo 104 daquele diploma, no qual se lia: "tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros". Isto é, os simuladores não poderiam opor a simulação para se defender de interesses nem da contraparte tampouco de terceiros.[227] Como se nota, porém, a legislação anterior protegia o terceiro de boa-fé apenas nos casos de simulação maliciosa, autorizando a alegação de simulação pelos simuladores se inexistisse o intuito de fraudar a lei, ressalva que não é feito no Código atual, o que reforça a proteção dos terceiros de boa-fé.[228]

Previsões normativas semelhantes encontram-se nas principais codificações civis.[229] O Código Civil português a consagra no artigo 243º, § 1º, segundo o qual "a nulidade

---

[227] Em comentário ao dispositivo, Carvalho Santos diz que "não se admite que quem foi parte na simulação se prevaleça desse vício, quer como autor, quer como réu, para tirar proveito contra a outra parte, ou contra terceiro". (SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 398).

[228] Mesmo sob a égide do Código revogado, porém, havia autores que defendiam a tutela do terceiro de boa-fé inclusive nos casos de simulação inocente, veja-se: "um primeiro problema que se põe é o de saber se, nesta espécie de simulação, o terceiro pode, alegando que confiou na aparência, fundar os seus direitos nessa aparência. A rsposta terá de ser afirmativa uma vez que a validade e a eficácia do procedimento simulatório, nesse tipo de simulação, implica, na intenção das próprias partes que simulam e consubstanciada no acordo simulatório, uma dupla valoração: a objetiva ou a da relação aparente, decisiva perante terceiros, e a subjetiva ou a da relação jurídica dissimulada, decisiva entre as partes". (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 138).

[229] Na lição de Itamar Gaino, "A proteção ao terceiro de boa-fé é uma exigência da vida moderna, sempre ávida de certeza e segurança nas relações econômicas. A teoria da confiança, por isso, superou a primitiva teoria da vontade. Esta se formou à luz das ideias individualistas, enquanto aquela procura corresponder à tendência social do Estado contemporâneo. Neste, busca-se dar prevalência às necessidades sociais, ainda que à custa do sacrifício de certos interesses singulares". (GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116).

proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé". O Código Civil italiano indica, no artigo 1.415, § 1º, que "a simulação não pode ser oposta pelas partes contraentes, nem pelos seus sucessores, nem pelos credores do simulador-alienante, em face do terceiro que com boa-fé tenha adquirido o direito do titular aparente, salvo se tenha havido o registro da ação de simulação".[230] O Código Civil francês prevê, na parte final do artigo 1.201, que: "ele [o contrato dissimulado e, portanto, a existência de simulação] não é oponível a terceiros, que podem, contudo, dele se valer".[231]

Verifica-se, portanto, uma tendência legislativa de proteção do terceiro de boa-fé que, confiando na legitimidade da situação jurídica aparente, celebra negócio jurídico subsequente para adquirir direito que, na realidade, não pertencia àquele que o alienou. Conforme explica Henrich Ewald Hörster:

> Optando entre dois males, a manutenção de um negócio simulado, nulo, com a consequente proteção de terceiros, confiantes na estabilidade aparente, e a declaração de nulidade do negócio simulado com a consequente desproteção dos terceiros, a lei decide-se, numa solução compromissória, a favor da proteção dos terceiros de boa-fé.[232]

A razão jurídica por trás dessa posição assumida pelas legislações contemporâneas consiste na tutela da legítima expectativa produzida pela aparência representada no negócio simulado. Explica Humberto Theodoro Júnior: "a norma protetiva, na espécie, inspira-se no princípio da aparência e que deve ser assim entendido: 'quem cria uma situação negocial aparente não pode fazer prevalecer, em prejuízo de terceiro de boa-fé, a situação real'. Para este, o negócio aparente, mesmo nulo, conservar-se-á eficaz. Assim, para não prejudicar quem negociou de boa-fé a aparência prevalece sobre a realidade".[233] Em analogia aos versos de Álvaro de Campos, no poema Tabacaria, que serviram de epígrafe ao presente capítulo, a relação jurídica verdadeira, devido à simulação, "foi conhecida por quem não era" e "quando quis tirar a máscara, estava pegada à cara", já não era mais possível desfazer a aparência.

---

[230] No original: "La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazion".

[231] Artigo 1.201 do Código Civil francês, no original: "Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir". Afirma Ferrara: "a doutrina francesa é concorde em admitir a proteção dos terceiros, e nem sequer põe em questão:acertadamente ou não entende que o artigo 1.321 [referência ao artigo de mesmo teor na numeração original do Código Civil francês] estabeleceu uma tutela geral para todos os casos, que abrange todas as espécies de conflito, e realmente o princípio da ineficácia das contradeclarações é desenvolvido e aplicado em todas as formas de simulação, em relação a todas as espécies de terceiros". (FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 346).

[232] HÖRSTER, Henrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 538.

[233] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 503.

Nessa linha de raciocínio, o terceiro que, de boa-fé, diante de negócio jurídico – aparente – que comprove a aquisição de certo bem por aquele que se apresenta como seu titular, não possui razões para desconfiar daquilo que lhe é apresentado como verdadeiro e essa confiança depositada deve ser protegida pelo ordenamento.[234] Essa confiança é tutelada pela chamada *teoria da aparência*,[235] que busca preservar o interesse daquele que, diante de dada circunstância fática, ignora a real circunstância jurídica e, de boa-fé, comete erro escusável.[236]

Interessante notar o desenvolvimento histórico do tema, pois, na atualidade, a proteção da aparência engloba uma variedade enorme de institutos, sendo a preservação dos efeitos pelo negócio simulado, ora estudada, apenas mais uma concretização do princípio da tutela da aparência.[237] Todavia, nos primórdios da elaboração teórica da teoria da aparência, por meio de raciocínio indutivo, buscou-se, nas previsões legislativas específicas acerca da tutela do terceiro de boa-fé na simulação civil, o fundamento dessa proteção mais abrangente da aparência. Conforme explica Maurício Jorge Pereira da Mota, "outra solução, proposta por Basile Ionesco, foi a da extensão analógica aos casos de aparência dos efeitos jurídicos da

---

[234] A seguinte passagem de Andrea Torrente e Piero Schlesinger é esclarecedora: "Più delicato è il discorso per quanto riguarda i terzi che abbiano acquistato diritto dal titolare aparente. A rigore, infatti, se la vendita simulata da Tizio a Caio è priva di effetti, non dovrebbe produrre effetti neppure um sucessivo atto di disposizione posto in essere da Caio: in linea de principio, infatti, nemo plus iuris transfere potest quam ipse haberet e se Caio, in realtà, non era proprietário del bene, anche se appariva tale, pure l'atto di disposizione da lui posto in essere nei confronti di Sempronio dovrebbe risultare inefficace.
Sennonché uma tale conseguenza sarebbe in contrasto com il principio che ispira le varie soluzioni legislative in questa materia: la tutela dell'affidamento. In base ad esso, al terzo che sai in buona fede, che sai, cioè, ignaro del fatto che Caio há acquistato in forza di um atto simulato (e purché tale ignoranza non derivi da sua colpa, che sussiste quando una persona di normale diligenza, nelle stesse circonstanze, si sarebbe resa conto che il suo dante causa non era il vero titolare del bene, ma soltanto um prestanome), la simulazione non può essere opposta e l'atto con il quale egli há acquistato dei diritti (proprietà, hipoteca, locazione ecc.) produrrà i suoi effetti benché posto in essere non dal vero dominus del bene, bensi da un semplice titolare apparente". (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 17ª ed. Milão: Giuffrè, 2004, p. 181).

[235] Parte da doutrina entende que existe sobreposição funcional entre a tutela da confiança e a tutela da aparência, mas o professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior faz interessante distinção: "Na verdade, aparência e confiança não se confundem: a diferença básica está em que o princípio da confiança é invocável para responsabilizar quem lhe deu causa, enquanto a teoria da aparência serve para legitimar (justificar) a ação de quem, por erro escusável, acreditou na existência de uma realidade e com base nela agiu, tenha sido ou não posta essa realidade pelo outro. Pela confiança, indeniza-se quem justificadamente confiou no outro; pela aparência, assegurase a posição de quem agiu por acreditar escusavelmente naquela realidade". (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A proteção da boa-fé subjetiva. In *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 126, junho 2012, p. 198).

[236] De acordo com Mauricio Jorge Pereira da Mota, "a aparência pode ser conceituada como uma tutela geral nas situações de confiança". (MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. In: *Revista de Direito Privado*, v. 32, n. 628, out.-dez. 2007, pp. 218-279). Também nesse sentido Vitor Frederico Kümpel: "A teoria da aparência está toda aparelhada na proteção do terceiro, pois é a confiança legítima do terceiro que agiu de boa-fé, objetiva e subjetiva, isto é, boa-fé padronizada e boa-fé psicológica, que faz produzir consequências jurídicas, muitas vezes em situações inexistentes ou inválidas, mas que têm que produzir efeitos jurídicos válidos". (KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 55).

[237] Carlos Nelson Konder defende a tutela da aparência como princípio jurídico em: KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 111-133.

simulação. Considerava o mencionado autor que a justificativa da aparência fundamenta-se em torno do art. 1.321 do CC/francês. Baseado em tal dispositivo se reconhece a eficácia do ato ostensivo nas simulações, sem consideração das ressalvas trocadas entre as partes do ato simulado".[238]

Atualmente, com a sedimentação teórica da teoria da aparência e a sua compreensão como produto da proteção da confiança, pode-se afirmar, com certa tranquilidade, que a previsão do § 2ª do artigo 167 do Código Civil brasileiro – assim como os dispositivos congêneres encontrados em outras jurisdições –, ao lado de outras regras específicas encontradas no ordenamento, consiste em corolário da tutela da aparência como princípio.

Dito de outra forma, o caráter principiológico da proteção da aparência a coloca em constante ponderação com os demais princípios do ordenamento[239] e faz surgir "exceção a outros princípios gerais, tal como aquele que dispõe que ninguém transmite a outro direito melhor ou mais extenso do que tem".[240] Percebe-se, assim, que o § 2º do artigo 167 consiste em verdadeira exceção à regra geral da ineficácia da venda a *non domino* para transferência da propriedade, assim como o próprio artigo 1.268 do Código Civil indica outras exceções, como os casos de venda de bem móvel "oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial".[241]

---

[238] MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. In: *Revista de Direito Privado*, v. 32, n. 628, out.-dez. 2007, pp. 218-279.

[239] Confome leciona os principios "son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados po el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos" (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estúdios constitucionales, 1997, p. 83). Em contraposição, a respeito das regras, explica Humberto Ávila: "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 102).

[240] MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. In: *Revista de Direito Privado*, v. 32, n. 628, out.-dez. 2007, pp. 218-279. No mesmo sentido, Vitor Frederico Kümpel afirma: "o conflito estabelecido entre realidade e aparência, que faz com que este último se torne uma realidade jurídica, por opção do legislador, é um conflito axiológico. Há interesses em jogo: de um lado, os dos verdadeiros titulares que reclamam o restabelecimento da realidade jurídica e, de outro, os dos terceiros adquirentes que aspiram à manutenção de sua situação, baseada na aparência. Caso fosse adotada como verdadeira a máxima de que 'ninguém pode transferir mais direitos do que tem' em todos os casos indistintamente, é óbvio que os terceiros não teriam qualquer guarida, ainda que estivessem obrando em absoluta boa-fé e com a maior diligência possível nos negócios jurídicos. O conflito surge, em um primeiro momento, quando o terceiro crendo que está adquirindo um bem de uma determinada pessoa, é vítima de uma relação meramente aparente". (KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 45).

[241] CC, artigo 1.268, *caput*: "Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono". Conforme escrevem Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Pablo Renteria, "O Código Civil inovou em relação ao

Fundamental, nessa toada, reproduzir julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em que essa exata questão foi examinada. Na espécie, o autor pleiteava a anulação de compra e venda a *non domino* de imóvel supostamente seu, mas cuja venda fora negociada com uma das rés, que, por sua vez, na sequência o alienou a terceiro de boa-fé. Conforme se lê no acórdão, o magistrado de primeiro grau entendeu ter ocorrido "vício de simulação no primeiro negócio jurídico supramencionado, o que, seguindo-se de compra do imóvel por terceiro de boa-fé, afasta a consequência jurídica pretendida pelo autor (retomar a posse do imóvel)".

Diante disso, decidiu o tribunal que "tal conjunto de indícios, tanto de simulação como de venda a non domino de fato afastam, como bem ressaltado pelo douto Magistrado de primeiro grau, o retorno do imóvel objeto do litígio, vendido a terceiros, presumidamente de boa-fé, ao patrimônio dos demandantes, subsistindo, tão somente, eventuais cobranças dos autores em face dos réus e dos réus em face dos denunciados, o que não foi requerido nos autos". Confira-se a íntegra da ementa:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO - SIMULAÇÃO E VENDA A NON DOMINO- RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - AQUISIÇÃO DO BEM OBJETO DO LITÍGIO POR TERCEIRO DE BOA-FÉ - PEDIDO DE RETOMADA DO IMÓVEL IMPROCEDENTE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1) A jurisprudência e a doutrina, diante da dificuldade imposta pela prova da simulação, admite, pacificamente, os indícios e presunções, desde que graves, precisos e concordantes entre si, como elementos probantes. 2) Os vícios de simulação e venda a non domino podem ser conhecidos de ofício pelo Magistrado, não se podendo concluir pela retomada do imóvel por parte dos apelantes em face da aquisição do bem por parte de terceiros de boa-fé.[242]

Devido à gravidade de se excetuar princípio tão fundamental à preservação da segurança jurídica como a ineficácia da venda a *non domino*, mostra-se necessária a elaboração de requisitos bastante rígidos para a aplicação da teoria da aparência em geral e do § 2º do artigo 167 do Código Civil em particular e, mais que isso, a inequívoca demonstração de seu preenchimento no caso concreto.[243] Carlos Nelson Konder indica três requisitos para a

---

diploma civil anterior, ao ampliar a proteção do terceiro de boa-fé que adquire coisa móvel oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial. Em tal circunstância, a aquisição, posto que a non domino, transfere a propriedade. Trata-se de aplicação da teoria da aparência, por meio da qual se tutela a legítima confiança do adquirente e a segurança das relações jurídicas, a permitir que a venda a non domino produza, com o passar do tempo, os mesmos efeitos que decorreriam da alienação realizada pelo legítimo titular da coisa". (TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil*, vol. 5. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 175).

[242] TJMG, 16ª CC, Apelação 0016356-76.2016.8.13.0647, Rel. Des. Otávio Portes, julg. 29.04.2020.

[243] "Essa advertência nos leva à consciência da necessidade de enfrentar o fenômeno da aparência com máxima cautela, para o fim de evitar que, em nome da boa-fé de terceiros, não se termine por subverter princípios jurídicos ascentes e consagrados". (LIRA, Ricardo César Pereira. Considerações sobre a representação nos negócios jurídicos: a teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 1993, p. 318).

aplicação do princípio, quais sejam: (i) a existência de circunstância de fato capaz de criar naquele que com ela se deparara segurança acerca de sua realidade jurídica.[244] No caso da simulação civil, essa circunstância de fato é a existência do negócio simulado que se apresente sério, bem como a atuação dos simuladores a aparentar a produção de efeitos pelo negócio simulado de acordo com o declarado; (ii) a confiança depositada, pelo terceiro, naquela aparência jurídica de modo que, em razão dela, atua de boa-fé e acaba por incidir em erro escusável; e, por fim, (iii) o verdadeiro titular do direito incidir em omissão de modo a não evitar a ocorrência da aparência, o que justificaria "a imputabilidade do ônus decorrente da conversão da situação aparente em legitimidade jurídica".[245]

Esse último requisito está evidenciado na simulação, pois, neste caso, o titular verdadeiro do direito, o simulador-alienante, não apenas omite-se quanto ao dever de evitar a criação da aparência jurídica, mas ativamente cria a situação aparente por meio da elaboração do contrato simulado. A contribuição do titular do direito para a criação da situação aparente, ainda que indiretamente, por meio de omissões, parece realmente essencial à atribuição de efeitos jurídicos à aparência. Parece ser essa contribuição, afinal, que justifica tratamentos diferenciados conferidos ao terceiro de boa-fé que entra em contado com contrato simulado, mas tem a aparência salvaguardada pelo artigo 167, § 2º, quando comparada à proteção do verdadeiro titular nas demais hipóteses de nulidade ou anulabilidade.[246]

A grande problemática a envolver a teoria da aparência parece ser a extensão de sua aplicabilidade. A gravidade de sua aplicação, já destacada anteriormente, sugere aplicação restritiva da figura, de modo que tal princípio mostra-se capaz de justificar axiologicamente

---

[244] "A primeira condição é justamente a que se refere à existência de uma situação de fato – fenômeno manifestante – que pelas circunstâncias de que se reveste e se apresenta, aparenta ser uma verdadeira situação de direito". (MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas essenciais*: obrigações e contratos, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 995).

[245] Carlos Nelson Konder defende a tutela da aparência como princípio jurídico em: KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 125-126. Nas palavras de Vicente Ráo: "o titular verdadeiro possui, normalmente, meios legais para obstar que outrem disponha de seu direito sem estar, para tanto, legitimado; mas, se por qualquer circunstância não usou ou não pôde usar desses meios, cumpre-lhe, é certo, respeitar a situação de quem corretamente negociou à vista e consideração da aparência de direito, mas sempre lhe resta a faculdade de reclamar do titular aparente e não legitimado, que semelhante situação causou, a reparação das perdas e danos". (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 204).

[246] Nessa linha, Humberto Theodoro Júnior enxerga, no § 2º do artigo 167, para além da proteção do terceiro de boa-fé, também um instrmento sancionatório daqueles que criaram a aparência jurídica, veja-se: "Duas razões, de tal sorte, explicam a inoponibilidade do negócio simulado a terceiros: a) a necessidade de dar proteção aos que são iludidos pela aparência criada pelos simuladores; b) a necessidade de aplicar uma sanção aos beneficiários do ato secreto, de maneira que não possam invocar, em prejuízo de terceiros, direitos que eles mesmos dissimularam". (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, pp. 503-504).

certas escolhas do legislador, mas sua aplicação fora das hipóteses previstas em lei parece temerária. Nas palavras de José Enrique Bustos Pueche:

> Já adverti mais acima que a grande questão nesta matéria é a dos limites da figura. (...) esta teoria é útil, como instrumento de explicação e de ordenamento, se realmente serve para iluminar a solução legal dada a diversos suportes fáticos; se serve para compreender porque a lei opta por esta solução e não pela contrária. Mas (...) se mostra impossível uma eventual aplicação analógica da figura.[247]

Por essa razão, o autor, ao analisar o direito espanhol, conclui que as únicas hipóteses legais de aplicação da teoria da aparência são as aquisições a *non domino*; a do devedor que paga, enganado, a quem não é credor; e a do matrimônio com defeitos formais. O mesmo raciocínio parece aplicável ao direito brasileiro, ou seja, a teoria da aparência apresenta-se como princípio capaz de explicar diversas escolhas legislativas específicas, dentre elas o artigo 167, § 2º, do Código Civil,[248] que, em última análise, tem por objetivo regular questão atinente à transferência de direito a *non domino*. No entanto, pouco espaço parece haver para a aplicação da figura fora dos casos expressamente previstos em lei.[249]

Delineadas as razões justificadoras do artigo 167, § 2º, do Código Civil, cumpre identificar quem são os terceiros de boa-fé que o dispositivo se propõe a tutelar. De acordo com Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, "por terceiro se entende todo aquele que não participou do contrato, nem mesmo por meio de representação, compreendido, aqui, o

---

[247] PUECHE, José Enrique Bustos. *La doctrina de la aparencia jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 45-46. No original: "Ya advertí más arriba que la gran cuestión em esta materia es la de los límites de la figura. (...) esta teoría es útil como instrumento de explicación y de ordenación si realmente sirve para iluminar la solución legal dada a diversos supuestos fácticos; si sirve para compreender por qué la Ley opta por esta solución y no por la contraria. Pero (...) se hace imposible uma posible aplicación analógica de la figua".

[248] "Pour la majorité de la doctrine, il faut y voir une application de la théorie générale de l'apparence". (DAGOT, Michel. *La simulation em droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 130. Tradução livre: para a maioria da doutrina, deve-se enxergar, aqui, uma aplicação da teoria geral da aparência").

[249] Vale deixar registrado, porém, outras posições a respeito do tema. De um lado, Fabio Konder Comparato manifesta-se contrariamente à aplicação do instituto no direito brasileiro. De acordo com o autor: "em nosso direito, como fartamente sabido, a regra geral em matéria de dano antijurídico negocial é a sanção por perdas e danos (Código Civil, art, 159), não a validade e eficácia dos negócios jurídicos praticados a dano de outrem. (...) E, de qualquer maneira, se se trata de proteger a segurança de relações econômicas e de boa-fé dos contratantes, não se vê bem por que se deva preferir proteger antes o terceiro que tratou com o representante aparente, do que o pretenso mandante, que também foi abusado por este e que se encontra em posição de completa inseguranla quanto a negócios concluídos em seu nome por quem não tinha poderes para tanto". (COMPARATO, Fabio Konder. Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 111, 1998, p. 43). E, de outro lado, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que o âmbito de atuação do instituto encontra-se justamente nos casos em que não há regulação específica pela lei, veja-se: "A aplicação da teoria da aparência legitima a conduta, desde que presentes os pressupostos: circunstâncias unívocas, capazes de gerar falso conhecimento da realidade; erro escusável, em que incidiria qualquer pessoa com aquelas condições e naquelas circunstâncias; falta de tipificação legal da situação". (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A proteção da boa-fé subjetiva. In *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 126, junho 2012, p. 199).

adquirente, bem como o sucessor a título singular do de cujus; excluem-se de tal categoria, por outro lado, os sucessores a título universal".[250]

A boa-fé a que se refere o dispositivo, por sua vez, consiste na boa-fé subjetiva, isto é, na ignorância do terceiro a respeito do caráter simulatório do negócio jurídico aparente.[251] Por certo, porém, essa ignorância deve ser razoável, isto é, aquela que acometeria qualquer pessoa de diligência normal na mesma circunstância. Nos termos empregados por Menezes Cordeiro, trata-se de uma "boa-fé subjetiva ética", pois "não faz qualquer sentido sustentar que a tutela seja dispensada a quem, com culpa – portanto, violando concretos deveres de indagação ou de conhecimento que ao caso caibam – desconheça o que devia conhecer".[252]

Vale ressaltar, ainda, que o terceiro de boa-fé terá seu interesse preservado independentemente do caráter gratuito ou oneroso do título por meio do qual adquiriu o direito do simulador-adquirente. Dessa forma, se o proprietário aparente de certo bem, em desrespeito ao acordo simulatório, doa o bem recebido a terceiro de boa-fé, este será protegido assim como seria se o tivesse adquirido por meio de compra e venda.[253] Esse entendimento se justifica em razão da tutela do donatário, que confiou no ingresso daquele bem em seu patrimônio e, a partir disso, fez planos à luz dessa confiança depositada. A professora Maria Celina Bodin de Moraes, em estudo a respeito da promessa de doação, desenvolve raciocínio que pode ser transposto para a situação ora analisada. De acordo com a

---

[250] CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. Padova: CEDAM, 1997, p. 1.325. Trdução livre. No original: "per terzi si intendano tutti coloro che non hanno participato al contr., nemmeno per mezzo di rappresentante, compresi, quindi, gli aventi causa nonché i successori a titoli particolare del de cuiús; sono escusi, invece, da tale categoria di sogg., i successori a titoli universale").

[251] "A boa-fé que é considerada como razão para a proteção jurídica é aquela em sentido subjetivo, ou seja, a ignorância quanto à lesão ao direito alheio". (GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116). Guido Alpa afirma que "os terceiros adquirentes, em outras palavras, prevalecem (...) apenas se adquiriram sem saber que o ato com o qual o seu vendedor havia obtido o direito de seu alienante era um ato simulado". (ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006, p. 53. Tradução livre. No original: "i terzi acquirenti, in altre parole, prevalogono (...) solo se hanno acquistado sensa sapere che látto com il quale il loro venditore aveva attenuto il diritto a loro alienato era um atto simulato"). O Código Civil português, no artigo 243º, § 2º, esclarece: "A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos".

[252] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*: parte geral, v. II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 896. No direito brasileiro, Leonardo Mattietto afirma: "A boa-fé do terceiro consiste não só em ignorar a simulação, mas na crença de que o negócio simulado tinha plena força vinculante, o que deve ser analisado segundo os padrões de comportamento do homem comum". (MATTIETTO, Leonardo. Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 61, 2006, p. 227):

[253] "A inoponibilidade vale tanto para os terceiros, adquirentes a título oneroso, como a favor de terceiro, adquirente a título gratuito". (LIMA, António Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*, vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 230). No mesmo sentido, Carvalho Santos: "o seu direito é adquirido, a título oneroso ou gratuito, sob o fundamento da realidade do negócio simulado (...), não é possível admitir que terceiros fiquem à mercê das maquinações e trapaças das partes sem estabilidade para os seus direitos e nem garantia para os seus negócios". (SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 395).

autora, a exigibilidade da promessa de doação decorre, dentre outros motivos, justamente da necessidade de tutela da confiança do promissário, pois: "de outro lado, está o donatário, confiante de que receberá o bem que lhe foi prometido. Fez planos, já decidiu o que fará com a coisa, cumprirá, se for necessário, o encargo estipulado no interesse do doador".[254]

Menezes Cordeiro esclarece, porém, que terceiro de boa-fé não pode se escorar no contrato aparente para obter vantagem injustificada. Dessa forma, o professor português exemplifica que terceiro que tenha direito de preferência na aquisição de determinado bem não pode pretender, legitimamente, adquirir tal bem pelo preço indicado contratualmente se esse valor for inferior ao que efetivamente pago pelo adquirente com o fim de fraudar o fisco, por exemplo. Isso porque, em vez de evitar um prejuízo, a aplicação da regra em questão, neste caso, acabaria por conferir uma vantagem ao terceiro, que, a rigor, em nada foi afetado pela aparência jurídica.[255]

2.4.3 Conflito de interesses entre terceiros

Um último aspecto a ser abordado neste capítulo diz respeito à possibilidade de haver conflito de interesses entre terceiros, isto é, existir, em razão da mesma simulação, terceiros prejudicados que pretendem ver o contrato aparente sem efeitos e, também, terceiros de boa-fé que depositaram confiança na situação aparente e, consequentemente, desejam ver o negócio aparente preservado.

Diferentemente da orientação adotada em outras legislações, como o Código Civil italiano, que estabeleceu regras específicas para regular eventuais conflitos entre credores e subadquirentes dos simuladores,[256] o direito positivo brasileiro silencia a respeito do tema. Ao

---

[254] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. In: *civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013, p. 18.

[255] "O exercício do direito de preferência por um sujeito que conheça a simulação do preço não preenche os requisitos clássicos do princípio da tutela da confiança: esta só se justifica quando haja um investimento de confiança, isto é: quando o confiante adira à aparência e, nessa base, erga um edifício jurídico e socialque não possa ser ignorado sem dano injusto. Ora o preferente por valor simulado inferior ao real não faz qualquer investimento de confiança. A sua posição não pode invocar a tutela dispensada, à aparência, pela boa-fé". (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*: parte geral, v. II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 899).

[256] O já mencionado § 1º do artigo 1.415 do Código Civil italiano indica a preferência dos interesses dos terceiros de boa-fé em face outros terceiros, como os sucessores dos alienantes e os credores do simulador-alienante. Além disso, o artigo 1.416 estabelece regra a respeito de conflitos envolvendo credores do simulador-alienante e credores do simulador-adquirente. De acordo com o § 1º do referido dispositivo, "a simulação não pode ser oposta pelo contraente ao credor do titular aparente que em boa-fé que tenha realizado ato de execução sobre o bem que fora objeto do contrato simulado". Já o § 2º do mesmo artigo diz: "o credor do simulador-alienante pode alegar a simulação que prejudica seus direitos, e, no conflito com os credores quirografário do simulador-adquirente, são preferidos a este, se seu crédito for anterior ao ato simulado". (Tradução livre. No original: § 1º: "La simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in

analisar a redação do § 2º do artigo 167 do Código Civil pátrio, porém, Luiz Carlos de Andrade Júnior conclui que "o legislador brasileiro resolveu os potenciais conflitos entre terceiros de boa-fé da maneira mais simples possível, qual seja, excluindo toda a conflituosidade". Para o autor, referido dispositivo, ao ressalvar os direitos dos terceiros de boa-fé "em face dos contraentes do negócio jurídico simulado" teria autorizado a inoponibilidade da nulidade da simulação apenas em face dos simuladores, favorecendo, portanto, todos os terceiros prejudicados quando em confronto com terceiros de boa-fé que pretendam preservar os efeitos do negócio aparente. Ilustrativamente, terceiro de boa-fé subadquirente de certo bem simuladamente transferido não seria tutelado em face do credor do simulador-alienante que buscasse a declaração de nulidade, pois este não é parte no negócio jurídico simulado.[257]

Não obstante a lógica por trás do raciocínio mencionado, a referência exclusivamente à literalidade do texto legal para afastar a tutela ao terceiro de boa-fé quando em conflito com interesses de outros terceiros não convence de todo. Conforme leciona Pietro Perlingieri:

> O princípio da legalidade não se reduz aos respeito aos preceiros individuais, implicando, ao contrário, de um lado, a coordenação entre eles (além da harmonização com princípios fundamentais de relevância constitucional) e, de outro, o confronto e o contextual conhecimento do problema concreto a ser regulado, isto é, do fato individualizado no âmbito do inteiro ordenamento – o conjunto das proposições normativas e dos princípios –, de maneira a individualizar a normativa mais adequada e mais compatível com os interesses e valores em jogo. A interpretação é, portanto, por definição, lógico-sistemática e teleológica-axiológica, isto é, finalizada à realização dos valores constitucionais.[258]

Desse modo, diferentemente do que ocorre na Itália, não parece adequado concluir pela existência, no direito brasileiro, de uma regra geral a solucionar todos os conflitos de interesses entre terceiros de boa-fé e terceiros prejudicados pela simulação. Na realidade, deve o intérprete, diante do caso concreto, sopesar os interesses envolvidos para que, à luz dos princípios constitucionais e dos valores que justificam a tutela desses terceiros pelo

---

buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato"; e § 2º: "I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti, e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato").

[257] ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 292: "sempre que um terceiro tiver interesse na nulidade, e outr na validade do negócio simulado, prevalece a primeira pretensão. A nulidade se sobrepõe à validade, exceto se a divergência surgir entre um terceiro de boa-fé e os simuladores". Esse é o mesmo entendimento encampado por António Barreto Menezes Cordeiro no direito português (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 107).

[258] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 618-619.

ordenamento, identificar a solução que melhor se adeque àquela situação. O problema dos conflitos de interesses envolvidos na simulação serão objeto do próximo capítulo.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SIMULAÇÃO CIVIL NO CONTEXTO DA RENOVADA TEORIA DAS INVALIDADES NEGOCIAIS

Estás só. Ninguém o sabe. Cala e finge.
Mas finge sem fingimento.
Nada esperes que em ti já não exista.

(Ricardo Reis)

No capítulo anterior, buscou-se identificar os potenciais efeitos da simulação civil tanto entre os simuladores quanto em relação a terceiros, sejam estes terceiros prejudicados ou terceiros de boa-fé. Assim, restou demonstrado que, diferentemente do que comumente se afirma, em qualquer hipótese de simulação, seja ela absoluta ou relativa, inocente ou maliciosa, surgirá uma relação jurídica entre os simuladores e, muitas vezes, também outras a envolver terceiros. Dito de outra forma, os interesses envolvidos e afetados pela simulação civil monstram-se, na prática, muito mais complexos e diversos do que a doutrina tradicional costuma mencionar e do que a legislação é capaz de solucionar pelo método regulamentar.

Por essa razão, o presente capítulo apresenta como premissa a insuficiência da solução legal, que prevê a invalidade do negócio simulado e a potencial validade do negócio dito dissimulado. A teoria clássica das invalidades não resolve os complexos casos apresentados pela realidade social, devendo o intéprete recorrer aos princípios e valores do ordenamento para modular os efeitos do negócio simulado de modo a tutelar ou afastar certos interesses em conflito.

Nessa linha de raciocínio, o item 3.1 será dedicado à apresentação da renovada teoria das invalidades negociais. O objetivo será estudar a forma como o texto legal tenta resolver o problema da simulação e, como solução às inconsistências identificaas, será apresentada a renovada teoria das invalidades negociais, que encara a invalidade como um problema de eficácia *lato sensu* a ser solucionado pelo intérprete tendo como ponto de partida o dado normativo, mas que, passo além, exigirá o controle de merecimento de tutela dos efeitos à luz do ordenamento considerado em sua totalidade.

Por sua vez, o item 3.2 será dedicado ao estudo dos fundamentos jurídicos que permitem a preservação dos efeitos da simulação. Tendo em vista a relevância prática da simulação relativa, o mecanismo jurídico que propicia a manutenção dos efeitos ditos dissimulados e a requalificação da declaração de vontade – aqui identificado como a conversão de negócio jurídico inválido, com esteio no princípio da conservação dos efeitos negociais – assumirá a centralidade do tópico.

Buscar-se-á, igualmente, identificar a melhor formar de apreender a expressão "se válido for na substância e na forma", apontada, na parte final do caput do artigo 167 do Código Civil, como premissa para a preservação dos efeitos dissimulados. Assim, o item 3.2.1 será reservado à investigação da validade formal e o item 3.2.2, à investigação da validade substancial. Ao final, pretende-se concluir que a expressão legal deve ser interpretada como necessidade de juízo positivo de merecimento de tutela para manutenção dos efeitos dissimulados. Será importante ressalvar, no entanto, que embora a previsão legal possa fazer crer que o exame de merecimento de tutela terá lugar apenas na simulação relativa, o exame valorativo igualmente deverá ser feito na simulação absoluta, pois, como visto, também nessa espécie de simulação há efeitos jurídicos cuja preoteção dependerá de sua compatibilidade com os valores do ordenamento.

3.1 A renovada teoria das invalidades negociais

Quando tratam das consequências jurídicas da simulação na relação entre as partes, embora praticamente todas as legislações de inspiração romano-germânica concordem a respeito da não produção de efeitos pelo negócio simulado e possível eficácia do negócio dito dissimulado, os meios pelos quais chegam a essa solução estão longe de ser unânimes.[259] O Código Civil francês aduz, simplesmente, que as contradeclarações – o que pode ser interpretado como negócio dissimulado – produzem efeito entre as partes, mas não em relação a terceiros, o que faz crer que a simulação, naquele sistema, é um problema de eficácia em sentido estrito. Esse dado normativo levou os clássicos franceses a afirmarem, em uníssono, que a simulação em si não implica a invalidade do ato.[260]

O Código Civil italiano, da mesma forma, parece colocar a simulação como uma questão de eficácia ao estatuir, simplesmente, em seu artigo 1.414, que "o contrato simulado não produz efeito entre as partes". Nessa linha, Pietro Perlingieri afirma, a respeito da

---

[259] Nicola Cipriani observa o seguinte: "l'approccio tradizionale alla tematica della simulazione prende le mosse principalmente dalla riflessione intorno all'atto simulato e alla disciplina ad esso riservata: ci si chiede quale natura esso abbia, quale tipologia di vizio lo colpisca, quale rapporto lo leghi all'accordo simulatorio e all'eventuale negozio dissimulato, quale sia il fondamento sistematico della sua possibile efficacia". (CIPRIANI, Nicola. La simulazione di effetti giuridici: appunti sulla fattispecie. In: RAIMO, Raffaele Di; FRANCESCA, Manolita; NAZZARO, Anna Carla (orgs.). *Percorsi di diritto civile*: studi 2009/2011. Salento: Ediziono Scientifiche Italiane, p. 100).

[260] Nesse sentido, CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, t. 2. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 411. Tradução livre: "Ela [a simulação] não é em si uma causa de nulidade do ato secreto". Na mesma direção, JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, t. II, vol. I. Atualizado por André Brun. Trad.: Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950, p. 228. Tradução livre: "está sem dúvida admitido que a simulação, em si mesma, não é causa de nulidade do ato que é seu objeto". Ver também, DEMOLOMBE, C. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6. Paris: A. Lahure Éditeur, 1879, pp. 270-271. Tradução livre: "Legalmente formados? Sim, assim é a contradeclaração *inter partes*".

simulação no direito italiano, que "[p]arece, todavia, preferível falar de ineficácia, na medida em que a simulação não integra uma verdadeira e própria irregularidade do contrato: são as partes que estabeleceram a não produção de efeitos; em paralelo, as partes poderiam reconhecer eficácia ao contrato simulado".[261] Entretanto, deve-se mencionar que, mesmo no direito italiano, há autores, como Ruggiero e Cariota-Ferrara, que afirmam a nulidade do negócio simulado.[262]

O Código Civil espanhol, por sua vez, indica, no artigo 1.276, a simulação como razão de nulidade do negócio jurídico por defeito no elemento causal ao prever que "a expressão de uma causa falsa nos contratos dará lugar à nulidade, se não se provar que estavam fundados em outra verdadeira e lícita".[263] Na explanação de Castro y Bravo, "a simulação não foi regulada com esse nome no Código Civil. (...) Mas as regras gerais a respeito do significado da simulação se estabelecem ao tratar da causa falsa (art. 1.276)".[264]

Já o direito português, embora também preveja a simulação como causa de nulidade do negócio, justifica a invalidade como decorrência de vício no elemento volitivo ao conceituar, no artigo 240º, a *fattispecie* da simulação da seguinte forma: "[s]e, 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". A orientação acerca da nulidade do negócio jurício encontra raiz no Código Civil alemão, cujo § 117

---

[261] No original: "Sembra tuttavia preferibile discorrere d'inefficatia in quanto la simulazione non integra uma vera e propria irregolarità del contratto: sono le parti a stabilire la non produzione di effetti, peraltro le parti potrebbero comunque riconoscere efficacia al contratto simulato". (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 1997, p. 412). No mesmo sentido, Giovanni Furgiuele afirma que "Il 'negozio' simulato dovrebbe essere ritenuto negozio valido, poiché la conessa dichiarazione in nulla difetterebbe dei requisiti di cui ex artt. 1325 e 1428 c.c. si compone la fattispecie legale del negozio, e tuttavia inefficace, poiché mancante dell'autoregolamento dei privati". (FURGIUELE, Giovanni. *Della simulazione di effetti negoziali*. Verona: CEDAM, 1992, p. 43).

[262] No entendimento de Roberto de Ruggiero, "na simulação relativa, uma vez que se desejava um negócio, mas foi outro que se concluiu, o negócio simulado é nulo, devendo pelo contrário considerar-se como aparecido aquele que realmente se pretendeu". (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 332). E, para Cariota-Ferrara, em tradução livre: "na simulação absoluta, o negócio é nulo faltando-lhe a vontade, pois a declaração é feita com a contraparte ou o destinatário apenas por aparência: nulidade absoluta, não nulidade relativa, não anulabilidade, não ineficácia em sentido estrito: faltando de todo a vontade do conteúdo do negócio, com base na regra geral, o negócio não pode não ser nulo de modo absoluto". No original: "nella simulazione assoluta, il negozio è nullo mancando la volontà ed essendo la dichiarazione posta in essere solo per l'apparenz di intesa con la controparte o col destinatario: nullità assoluta, non nullità relativa, non annullabilità, non inefficacia in senso stretto: mancando del tutto la volontà del contenuto del negozio, in base alla regola generale, il negozio non può non essere nullo in modo assoluto". (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Npoli: Morano, p. 547).

[263] No original, Código Civil espanhol, art. 1.276: "La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita".

[264] No original: "La simulación no se há regulado bajo este nombre em el Código civil. (...) Mas las reglas generales respecto al significado de la simulación se estabelecen al tratar de la causa falsa (art. 1.276)". (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 336).

afirma que "é nula a declaração de vontade feita, com o consentimento da contraparte, apenas para fins de aparência".

A simulação é igualmente tratada nas tentativas de uniformização do direito privado europeu. No PECL (*Principles of European Contract Law*), a questão é abordada de forma bastante singela, tendo sido lhe reservado um único dispositivo com a seguinte previsão: "quando as partes tiverem celebrado um contrato aparente que não reflita o acordo verdadeiro, entre as partes o acordo verdadeiro prevalece".[265] Opta, assim, por regular apenas a eficácia do contrato, sem adentrar na questão da validade do negócio que, como visto, não encontra unanimidade nas diversas jurisdições europeias.

O projeto de *Common Frame of Reference* (*draft CFR*) igualmente optou por não adentrar na questão da validade do negócio simulado, restringindo-se a regular seus efeitos no artigo 9:201 (*Effect of simulation*) nos seguintes termos: "quando as partes celebram contrato ou contrato aparente tendo-o feito deliberadamente de forma que tenha um efeito aparente diferente daquele que as partes pretendem que tenha, a intenção verdadeira das partes prevalece". E o parágrafo seguinte regula os efeitos da simulação em relação a terceiros: "Contudo, o efeito aparente prevalece em relação a pessoa que, não sendo parte do contrato ou do contrato aparente, tenha razoavelmente e em boa-fé acreditado no efeito aparente".[266] Em comentário ao referido projeto, Raffaele Lenzi afirma que "o *Draft*, então, não adentra a discussão sobre a configuração da simulação como ato de autonomia, mas se limita, apenas, a regular seus efeitos, não tomando posição a respeito do tradicional confronto entre nulidade ou ineficácia do ato simulado".[267]

Nesse cenário de diferentes abortagens legislativas a respeito da simulação, o Código Civil brasileiro, no *caput* do artigo 167, estabelece expressamente a nulidade do negócio, seguindo a tradição do direito alemão e do direito português. Dessa forma, no direito pátrio, a simulação compõe o rol de causas de invalidade do negócio jurídico. Trata-se de dado normativo inafastável do qual doutrina e jusrisprudência não podem se esquivar, ainda que

---

[265] No original, PECL, art. 6:103 "When the parties have concluded an apparent contract which was not intended to reflect their true agreement, as between the parties the true agreement prevails".

[266] No original: DCFR, art. 9:201, (I): "When the parties have concluded a contract or an apparent contract and have deliberately done so in such a way that it has an apparent effect different from the effect which the parties intend it to have, the parties' true intention prevails".
(II): "However, the apparent effect prevails in relation to a person, not being a party to the contract or apparent contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the apparent effect".

[267] LENZI, Raffaele. *Il Codice Civile*: Commentario – Simulazione, arts. 1414-1417. Milano: Giuffrè, 2017, p. 76. No original: "il Draft quindi non mette in discussione la configurazione della simulazione come atto di autonomia ma vuole soltanto limitarsi a regolarne gli effetti, non prendendo posizione in ordine al tradizionale confronto tra nullità o inefficacia dell'atto simulato".

apresentem melhores soluções para o problema da simulação.[268] Os argumentos que se passam a desenvolver, portanto, partem dessa premissa de direito positivo: a nulidade do negócio simulado.

Por outro lado, deve-se considerar a ponderação feita por Custódio da Piedade Ubaldino de Miranda quando trata da solução legal apresentada pelo direito positivo brasileiro para a simulação. O autor afirma, a respeito da nulidade como mecanismo de solução dos problemas eficaciais apresentados pela simulação civil, que "todas as teorias que pretendem resolver o conflito resultante da discordância entre elementos volitivos e a declaração aparecem como destinadas a remediar os inconvenientes resultantes dessa nulidade a que necessariamente conduziria tal divergência".[269] Com efeito, são várias as construções teóricas que tentam adequar a solução legal – invalidade do negócio – com a potencialidade eficacial do negócio simulado, afinal, o regime da simulação apresenta características *sui generis* que muito o afastam do regime geral clássico das nulidades, como a eficácia do negócio simulado em relação a terceiros de boa-fé, desenvolvida no capítulo anterior.[270]

A título de exemplo, mencione-se a contrução de Emílio Betti, para quem a nulidade decorrente da simulação tem caráter relativo, justamente por não ser oponível em relação a terceiros de boa-fé. Por essa razão, de acordo com o autor, "a invalidade do negócio simulado parece dever qualificar-se mais como anulabilidade do que com a nulidade",[271] entendimento que se coaduna com a posição normativa assumida pelo legislador brasileiro de 1916. Outra elaboração bastante criativa consiste na tese de Giovanni Furgiuele, que explica a manutenção de certos efeitos da simulação civil afirmando que, nesses casos, não se está diante de efeitos negociais, mas sim do comportamento aparente das partes, como relação jurídica de fato.[272]

---

[268] "Já que estamos dissertando sobre a simulação no dirieto brasileiro, seria inadmissível que aderíssemos a um conceito de simulação, por muito conveniente que fosse, por estribar-se em conclusões da mais moderna doutrina e de inegável valor lógico, mas que abstraísse dos dados do direito positivo. É sobre esses dados que terá de se construir o conceito de simulação; por outras palavras, tal conceito só se legitimará quando encontrar um mínimo de expressão (senão mesmo uma expressão adequada) nas disposições legais que regem o instituto e o sistema". (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 35).

[269] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 33.

[270] Observa António Barreto Menezes Cordeiro: "de acordo com o disposto no artigo 243º/1, 'a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé'. Uma vez mais, o legislador afasta a simulação do regime geral previsto para a nulidade clássica". (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 97).

[271] BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 301.

[272] Acerca das relações jurídicas de fato ou corportamento social típico, ver texto clássi de Larez: LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad.: Alessandro Hirata. In: *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006, pp. 55-64. Para estudo acerca do tema no direito brasileiro, ver SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico*: crítiva das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

Aduz que "não se quer dizer, aqui, que o negócio simulado seja um negócio inexistente, mas sim que o negócio simulado seja inexistente enquanto negócio".[273] Busca o autor, com isso, justificar a manutenção dos efeitos da simulação sem que, com isso, precise afirma a validade do negócio simulado.

Essas tentantivas da doutrina de explicar os efeitos da simulação por meio de exceções à teoria geral das invalidades negociais, porém, tem sofrido críticas dos autores contemporâneos. Luiz Carlos de Andrade Júnior afirma que "a explicação da proteção dos direitos de terceiros de boa-fé a partir de uma excepcional validade do negócio simulado (resultante da relatividade ou da inoponibilidade da nulidade) apresenta fragilidades".[274] No mesmo sentido, importante remeter à lição de Eduardo Nunes de Souza:

> Como se percebe do exemplo da simulação, em muitos casos a determinação do tipo de invalidade que é caracterizado por cada espécie de vício acaba decorrendo muito mais das consequências que pretendia o legislador atribuir à fattispecie (em última análise, da forma de regular os efeitos decorrentes do ato) do que propriamente da natureza individual ou social do interesse tutelado pela invalidade. Por tal razão, a mesma figura da simulação já recebeu duas qualificações distintas no direito brasileiro: causa de anulabilidade a teor do art. 147, II do Código Civil de 1916 e hipótese de nulidade à luz do art. 167 do Código Civil de 2002. Aparentemente, buscou o Código atual reaproximar a simulação do caráter de ordem pública que parece caracterizá-la, mas sacrificou, com isso, a compatibilidade com a disciplina legal de arguição das nulidades.[275]

Como se depreende da leitura da obra acima citada, as dificuldades que afligem a doutrina acerca da possibilidade de preservação de efeitos da simulação mesmo diante da previsão legal da nulidade do negócio simulado encaixam-se num quadro mais amplo, que a doutrina contemporânea tem vislumbrado, de necessidade de releiturada da eficácia do negócio jurídica inválido. Percebe-se, assim, um inconformismo com construções doutrinárias artificiais e *ad hoc* para cada exceção à regra geral percebida na realida, o que leva à proposição de uma renovada teoria das invalidades fundada na análise valorativa dos efeitos

---

[273] FURGIUELE, Giovanni. *Della simulazione di effetti negoziali*. Verona: CEDAM, 1992, p. 59. No original: "non si vuol quindi dire che il negozio simulato sia un negozio inesistente, ma, piuttosto, chel il negozio simulato sai inesistente in quanto negozio". Trata-se de posição que encontra amparo na lição de Enzo Roppo a respeito da manutenção de efeitos do contrato nulo, de acordo com o autor "fala-se, em relação a estes casos, de relações contratuais de facto: existe aqui uma relação patrimonial entre sujeitos – a efectiva prestação de bens ou de serviços, em suma uma troca económica, uma transferência real de riqueza – a qual não tem a sua fonte num contrato (válido) entre eles, e, todavia, é disciplinado como se na sua base existisse um tal contrato". (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 210).

[274] ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 281.

[275] SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 236-237.

negociais.[276] Conforme constata Pietro Perlingieri, "os 'remédios' devem ser adequados aos interesses. (...) Errôneo, portanto, é sustentar, ainda hoje, que a nulidade, como regra, é absoluta".[277]

A bem da verdade, não é de hoje a compreensão de que o negócio nulo pode produzir certos efeitos. Antônio Junqueira de Azevedo já afirmava que "às vezes, pode ocorrer que, por exceção, um negócio nulo produza efeitos jurídicos (são os chamados efeitos do nulo)".[278] Menezes Cordeiro, ao abordar o tema, observa que a visão subjacente ao pensamento jurídico napoleônico aproximava a nulidade de pura inexistência jurídica, de modo que os atos nulos não produziriam efeitos. De acordo com o autor, porém, "a terceira sistemática veio a impor um cenário diferente" e, com isso, o ato nulo "vai produzir alguns efeitos, variáveis conforme as circunstâncias".[279] Todavia, a doutrina encontrava dificuldade em sistematizar os casos em que negócios inválidos produziriam efeitos e, apenas recentemente, propostas inovadoras de sistematização das invalidades negociais têm vindo a lume.

O ponto de partida dessa reconstrução da teoria das invalidades consiste na compreensão de que a invalidade, antes de representar uma mera sanção do ordenamento a um vício estrutural do negócio, compreende um mecanismo atinente ao controle de eficácia em sentido amplo do negócio jurídico, ainda que levado a efeito *a priori* pelo legislador.[280] Trata-se do que José W. Tobías, um dos coautores da parte geral do projeto de Código Civil argentino de 1992 (*Proyecto del PEN*), denominou de "conceito amplo de ineficácia", a

---

[276] "apresentaram-se as diversas contradições ínsitas à própria estrutura do plano da validade e dos demais planos de análise, de forma a demonstrar que não apenas as distinções supostamente bem demarcadas entre as diversas categorias são, na verdade, frágeis e repletas de exceções amplamente reconhecidas, como também que o enquadramento de certa hipótese fática em uma dessas categorias parte, não raro, de uma análise prévia do intérprete ou do próprio legislador quanto à disciplina jurídica que se revela mais adequada para o caso (decidindo-se, em outros termos, acerca do regime a ser aplicado antes de se decidir, de modo não raro e indenvido, pela qualificação jurídica)". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 287-288).

[277] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 374-375.

[278] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

[279] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 873.

[280] Não se pode admitir uma distinção estanque de âmbitos de atuação da validade e da eficácia, como propõe a teoria clássica e é reproduzido por Auricchio, para quem "enquanto a validade diz respeito à estrutura do facto, a eficácia, pelo contrário, considera o seu aspecto dinâmico, ou seja, a produção dos seus efeitos". Deve-se, na verdade, considerar que "a previsão de requisitos de validade pelo legislador não decorre de mera escolha arbitrária, nem da impossibilidade lógica de existência do ato sem tais requisitos (como a máquina que não pode funcionar com uma de suas peças quebradas), mas traduz, diversamente, em efetivo juízo valorativo positivado na lei. (...) Um ato inválido é assim considerado não tanto porque apresenta um 'defeito estrutural', mas sim porque a vereificação desse vício em sua estrutura leva a crer que, por qualquer ordem de razão previamente ponderada pelo legislador, ele contraria a própria axiologia do sistema". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 52-53). Refira-se, aqui, a crítica que a renovada teoria das invalidades faz da estanque tripartição proposta pela denominada escada ponteana, que enxerga a existência, a validade e a eficácia como momentos independentes de análise do negócio jurídico.

compreender tanto a ineficácia fundada em defeitos estruturais ou intrínsecos (invalidade), como as vinculadas a fatores externos da estrutura do ato (ineficácia em sentido estrito).[281] A partir dessa perspectiva, consegue-se colocar em prática a proposta apresentada pelo professor Eduardo Nunes de Souza a respeito da renovação da teoria das invalidades negociais, enquadrando-a como um problema de merecimento de tutela dos efeitos jurídicos verificados em concreto, capaz, com isso, de valorar os interesses conflitantes no caso concreto à luz dos princípios do ordenamento:

> Faz-se necessário empregar a teoria das invalidades, não mais como um fator de vinculação do intérprete que impõe entraves a essa sistematização, mas sim como instrumento facilitador do processo, integrado a uma perspectiva metodológica que parte do estudo da eficácia, e não da análise meramente estrutural do negócio jurídico.
> Semelhante proposta exige o estabelecimento de critérios para investigação do merecimento de tutela dos negócios jurídicos, cujo fundamento não reside propriamente em eventuais vícios estruturais que os inquinem desde o momento de sua formação, mas sim em seus efeitos concretos, valorados (positiva ou negativamente) a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento. O enfoque funcional permite explicar de modo mais satisfatório por que os efeitos de um ato inválido em abstrato podem ser considerados, à luz do caso concreto, ora absoluta ou relativamente ilegítimos, ora parcialmente admissíveis, ora amplamente reconhecidos.[282]

Ganha relevo, portanto, o merecimento de tutela como mecanismo de controle de legalidade dos efeitos da invalidade negocial em geral e da simulação civil em específico. Em outros termos, não basta a mera análise de licitude do negócio, com aplicação subsuntiva das categorias de invalidade (nulidade e anulabilidade) previstas no Código Civil. Conforme anota Alexandre Guerra, "o Direito Civil contemporâneo compreende com clareza que em certos casos, com o objetivo de contornar situações injustas que ferem a segurança jurídica e a tutela da confiança, faz-se preciso afastar das tradicionais concepções sobre a inexistência de efeitos de um negócio jurídico nulo". De acordo com o autor, o reconhecimento de certos efeitos do nulo se dá "em nome do princípio da socialidade, da funcionalização dos direitos,

---

[281] TOBÍAS, José W. Ineficacia e invalidez en los atos jurídicos. In: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Javier Hernán (coords.). *Instituciones de derecho privado moderno*: problemas y propuestas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 148. Na mesma direção, Orlando Gomes ensina que "na acepção lata, a ineficácia abrange a invalidade, porque o negócio nulo é ineficaz". (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 352).

[282] SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 29. No mesmo sentido, Hamid Charaf Bdine Júnior afirma que "a justificativa deste trabalho é afirmar que não se exige uma regra mais específica para que, ponderadas as características do caso concreto, seja possível admitir que um negócio tipicamente nulo tenha seus efeitos diretos protegidos. Para isso, serão considerados, em primeiro lugar, os valores da solidariedade e da cooperação ditados pelo texto constitucional e, em seguida, os princípios da função social do contrato, da boa-fé, da conservação, e a que veda comportamentos contraditórios, presentes nas relações jurídicas em geral". (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171).

da constitucionalização do direito privado e da humanização da relações jurídicas".[283] Nessa direção, aprovou-se, na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado 537, segundo o qual "A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela".

Cabe ao intéprete, portanto, na unidade do procedimento interpretativo, qualificar o fato jurídico identificando-lhe a função, isto é, a síntese de efeitos essenciais, a permitir a identificação da adequada disciplina jurídica para aquele caso concreto, cuja consequência poderá ser a admissibilidade de eficácia do ato nulo. O merecimento de tutela, na expressão de Pietro Perlingieri, significa que "o juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam".[284] Esclareça-se, no entanto, que tal análise valorativa recai não sobre o negócio jurídico em si considerado, mas sim sobre seus efeitos. São esses que deverão ser valorados pelo intérprete e, consequentemente, serão preservados ou rejeitados.[285]

Retornando à análise específica da simulação civil, pode-se afirmar que essa hipótese de invalidade, ainda mais que os demais casos de invalidade previstos no Código Civil, é terreno fértil para, no caso concreto, haver conflito de interesses a demandar a análise valorativa pelo intérprete. Alberto Auricchio, a partir do direito italiano, argutamente constata o descompasso existente entre a dogmática jurídica acerca da simulação e as soluções práticas encontradas pela jurisprudência. Conforme assinala o autor, existe um contraste "entre o resultado a que chega a jurisprudência, através de uma valoração dos interesses apresentados em juízo, e os resultados conseguidos pela doutrina, segundo uma formulação simplesmente lógica, na qual as soluções dos diversos problemas tomam o valor de corolários".[286]

---

[283] GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 141.

[284] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 650. Escreve o autor: "considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Costitucional".

[285] Eduardo Nunes de Souza aduz, com base na lição de Pietro Perlingieri, que "muito embora, em compreensiva metonímia, afirme-se com muita frequência que a valoração jurídica recaia sobre o fato em si. (...) A rigor, o raciocínio deve seguir o caminho inverso: é por meio do efeito (situação jurídica subjetiva) que se pode valorar juridicamente o fato (ato ou negócio jurídico), por ser aquela a manifestação, no âmbito jurídico, deste". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 110).

[286] AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico*: premissas gerais. 1ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 15.

No direito brasileiro, a preocupação do legislador com o controle de eficácia do negócio simulado mostra-se ainda mais acentuada do que nas demais hipóteses de invalidade negocial, o que se reflete na quantidade previsões legais destinadas a esse fim.[287] No regime do Código de 1916, a distinção feita pelo legislador entre simulação inocente e simulação maliciasa, a deflagrar diferentes regimes jurídicos, configurava uma tentativa legal de controle de merecimento de tutela, em abstrato, dos efeitos do negócio simulado.[288] Afinal, apenas quando as partes não tinham intenção de prejudicar terceiro ou de fraudar a lei é que os efeitos dissimulados poderiam ser preservados e reivindicados pelas partes, caso o contrário prevaleceriam os efeitos aparentes até que terceiro prejudicado ou o poder público ajuizasse ação de simulação para anular o ato.[289]

Essa orientação do regime revogado provocava, por vezes, injustiças no caso concreto justamente por tentar regular conflitos de interesses de maneira apriosística. A esse respeito, vale mecionar precedente judicial reproduzido por Carvalho Santos. Narra o autor que um sujeito vendeu a outro 25 alqueires de terras, mais ou menos, de modo a caracterizar uma venda *ad corpus*. Posteriormente, porém, o comprador constatou que havia uma diferença de 15 alqueires para menos em relação ao que havia sido anunciado pelo vendedor, razão pela qual ajuizou a ação adequada. O Tribunal de Relação de Minas Gerais, então, julgou procedente o pedido para que o réu abatesse proporcionalmente o preço da venda. Ocorre que o preço de dois contos de réis, constante da escritura, fora simulado com o intuito de fraudar o

---

[287] A título de exemplo, mencione-se o artigo 167, § 2º, do Código Civil. Conforme observa Bdine Júnior, o Código Civil brasileiro, diferentemente do que ocorre em outras codificações, como a italiana, não prevê uma regra geral de tutela do terceiro de boa-fé subadquirente de direito cuja primeira alienação se deu com base em negócio jurídico inválido. Contudo, no regime específico da simulação civil, há expressa orientação legal pela preservação dos interesses de terceiros. Nas palavras do autor: "embora no Código Civil brasileiro em vigor não seja encontrado texto equivalente ao do Código italiano, há várias manifestações de preocupação do legislador com a proteção da boa-fé em relação à invalidação do negócio, tanto no que se refere aos terceiros quanto no que diz respeito aos próprios contratantes em relação à ação de terceiros". Dentre essas manifestações, o autor iclui o artigo 167, § 2º. (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 174-175).

[288] Clovis Bevilaqua comenta a respeito da distinção eficacial entre simulação inocente e simulação maliciosa no Código de 1916: "Esta disposição não se encontrava no projecto primitivo, porque, se as partes recorrem aos expedientes da simulação, o acto não tem a seriedade exigida pelo direito, e faz presumir intenção maliciosa. Prevaleceu a opinião contrária, que se apoia no direito romano, por se entender que, não havendo prejuízo de terceiro, nem offensa à lei, nem erro de uma das partes, o acto embora simulado, é inocente, e deve produzir effeito". (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p. 354).

[289] "Desaparecido o negócio simulado, deve-se perguntar o que acontece com o dissimulado. Fica ele de pé em lugar em lugar do negócio que se anulou ou também ele se esvai, ou também ele se dissolve com a anulação? Aqui é que se abre uma alternativa. Das duas, uma: ou o negócio dissimulado era contrário à leli ou lesivo aos interesses de terceiros, ou, então, era um negócio que a ninguém prejudicava, ao qual a lei não se opunha e que as partes quiseram destruir por um motivo juridicamente inocente. Se ele era um negócio contrário à lei ou lesivo aos interesses de terceiro, ao negócio dissimulado também se estende a anulação. Se, porém, era negócio que não ofendia a lei nem a terceiro, tem-se o que se costuma chamar de simulação benigna e o negócio dissimulado é absolutamente válido, consolidando-se mesmo com a ação anulatória proposta contra o negócio aparente". (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p 283).

fisco, tendo o comprador comprovado que o preço verdadeiramente pago foi quatro contos de réis e, com base neste valor, pretendia receber o abatimento. Não obstante tal comprovação, o tribunal aplicou o artigo 104 do Código Civil de 1916, segundo o qual "tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros". Dessa forma, entenderam os julgadores que, como o preço constante da escritura fora simulado com o intuito de fraudar o fisco – simulação maliciosa, portanto –, seu caráter simulatório não poderia ser alegado pelas partes em juízo para ver prevalecer o valor verdadeiramente pago, de modo que o abatimento deveria ser feito em cima do valor declarado, isto é, dois contos de réis.[290] Como consequência, a aplicação subsuntiva da regra abstrata a respeito da distinção entre simulação maliciosa e simulação inocente, acabou por provocar verdadeira injustiça na relação entre as partes, bem como enriquecimento injustificado do réu vendedor.

Antônio Junqueira de Azevedo, por esse motivo, fazia crítica contunde ao artigo 104 do Código Civil de 1916 ao afirmar que representava "armadilha para o réu" e constatar a atuação "[d]a doutrina, censurando o art. 104, e [d]a jurisprudência, muitas vezes deixando de o aplicar".[291]

Assim, andou bem o legislador de 2002 ao abandonar a orientação do Código anterior a respeito da diferenciação, em abstrato, das consequências jurídicas da simulação maliciosa e da simulação inocente.[292] O novo regime optou, de forma muito mais adequada à solução do

---

[290] SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, pp. 400-401.

[291] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 94-96.

[292] Explica Humberto Theodoro Júnior a respeito do acerto do novo Código em relação ao abondono da distinção entre simulação inocente e simulação maliciosa: "Não há mais simulação invalidante e não-invalidante no regume do Código atual. Toda simulação é, por si, causa de nulidade do ato aparente (falso). É porque ele não corresponde a uma declaraçãode vontade verdadeira que a lei lhe recusa validade. Apenas por isso. Poder-se-á objetar que não havendo prejuízo para terceiros, o ato não seria questionado nem questionável e, por isso, seria inócuo tê-lo como nulo. Acontece que a nulidade do ato aparente afeta não apenas os terceiros que por ele eventualmente sejam enganados. Também os sujeitos do negócio têm o direito de fazer prevalecer a vontade negocialverdadeira sobre a aparência. Daí a nulidade sempre presente em todo negócio simulado, haja ou não terceiro prejudicado. Se, por exemplo, um dos próprios contratantes insiste em manter a situação jurídica aparente contra a vontade do outro, a este cabe invocar a nulidade do negócio simulado, para exigir a prevalência da declaração verdadeira (aquela que ficou dissimulada), o que é possível de acontecer até mesmo na simuação inocente, onde ao praticar o ato falso, não ocorreu às partes, de forma alguma, o propósito de prejudicar a quem quer que fosse. A nulidade, portanto, tem a função de valorizar a verdade e neutralizar a mentira, e não apenas a de reparar ou evitar danos a terceiros. A proteção aos interesses de terceiros é obtida, na maioria das vezes, não pela anulação do negócio simulado, mas ao contrário, pela manutenção do negócio aparente em benefício dos que de boa-fé negociaram com um dos agentes da simulação, confiando na aparência da simulação jurídica, de que não tinham razão nem meios para desconfiar (art. 167, §2º)". (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, pp. 488-489). Adiante, à página 495, o mesmo autor afirma que "o impedimento do art. 104 não foi repedido no Código atual. E a omissão não deve ser

problema eficacial apresentado pela simulação civil, por indicar princípios gerais capazes de guiar o intérprete quando diante de um caso concreto de simulação. O artigo 167, § 2º, estabelece, simplesmente, que "ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado". Dito de outra forma, o dispositivo em questão, de caráter principiológico, orienta, apenas, que os interesses de terceiros de boa-fé devem ser levados em consideração quando da ponderação, em concreto, dos efeitos da simulação. Sem, contudo, apresentar uma solução pronta, de antemão, a ser aplicada a todos os casos.

Trata-se, aliás, de solução mais interessante do que aquela prevista no artigo 1.415, § 1º, do Código italiano, que, diferentemente do dispositivo brasileiro, apresenta características de regra e não de princípio. Com efeito, a legislação civil daquele país estabelece, de maneira peremptória, que "a simulação não pode ser oposta pelas partes contraentes, nem pelos seus sucessores, nem pelos credores do simulador-alienante, em face do terceiro que com boa-fé tenha adquirido o direito do titular aparente, salvo se tenha havido o registro da ação de simulação".

Também nesse contexto se insere o princípio a respeito da possibilidade de manutenção dos efeitos do negócio dito dissimulado se presententes os requisitos formais e substanciais de validade (CC brasileiro, art. 167, *caput*, parte final). Se referida disposição for encarada a partir da teoria unitária da simulação civil, isto é, afastando-se da lição tradicional dualista que enxerga a existência de dois negócios jurídicos, um simulado e outro dissimulado, o artigo 167 do Código Civil, em última análise, acaba por incluir, no direito positivo, a possibilidade de preservação dos efeitos típicos de negócio jurídico que, a rigor, seria nulo pelo vício da simulação. Tal dispositivo, no entanto, será detidamente analisado no próximo item.

Apresentada a concepção contemporânea a respeito das invalidades negociais, a alcançar, naturalmente, também a invalidade decorrente da simulação, as páginas a seguir serão destinadas ao estudo dos requisitos legais para a preservação dos efeitos verdadeiramente pretendidos pelas partes quando da celebração de simulação relativa. O que

---

tida como simples esquecimento. Na verdade, resultou de opção clara do legislador por uma nova sistemática para enfrentar o problema do negócio simulado". Afinal, se o negócio simulado é "nulo por definição da lei, não pode, em princípio, produzir efeito para ningém, nem para os terceiros prejudicados nem para as partes que o celebraram". Nessa direção, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no EREsp 1.501.640/SP, reconheceu que "Com o advento do CC/02 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra". (STJ, 3ª T, EREsp 1.501640/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 27.11.2018). Também fixou essa orientação o Enunciado 294 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

se pretende, em última análise, é demonstrar que a parte final do *caput* do artigo 167 coaduna-se com o movimento atual de compreensão da invalidade negocial como questão de merecimento de tutela, tendo em vista que a expressão "válido na substância e na forma", a caracterizar o negócio dito dissimulado capaz de manter seus efeitos típicos, deve ser interpretado como merecimento de tutela dos efeitos dissimulados em face dos demais interesses em jogo.

3.2 A preservação de efeitos na simulação civil, princípio da conservação dos efeitos negociais e conversão do negócio jurídico nulo

A principal potencialidade eficacial da simulação civil consiste na manutenção dos efeitos dissimulados, verdadeiramente pretendidos pelas partes, quando se tratar de simulação relativa. Para que tais efeitos sejam preservados, no entanto, precisam ser compatíveis com valores relevantes para o ordenamento. Dessa forma, a parte final do *caput* do artigo 167 do Código Civil estabelece que o negócio dito dissimulado subsistirá apenas "se válido for na substância e na forma". Para além disso, mostra-se também fundamental que não haja terceiros de boa-fé interessados na preservação dos efeitos do negócio simulado, pois, sendo este o caso, aplica-se o § 2º do artigo 167, sopesando-se, também, a confiança depositada pelo terceiro na aparência jurídica criada pelos simuladores.

O que se pretende estudar no presente item é o significado da expressão "se válido for na substância e na forma" contida no dispositivo em questão. Para tanto, o subitem 3.2.1 será destinado à validade formal do negócio dito dissimulado, ao passo que o subitem 3.2.2 abordará sua validade substancial. Conforme adiantado, pretende-se demonstrar que tal expressão deve ser interpretada no sentido de que a preservação dos efeitos dissimulados não depende meramente da validade estrutural do negócio dito dissimulado, mas, sobretudo, do merecimento de tutela de tais efeitos diante do caso concreto.

De início, porém, deve-se observar que a previsão legal contida na parte final do *caput* do artigo 167, a respeito da possibilidade de preservação dos efeitos dissimulados, tem fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos.[293] Na explanação de Alexandre Guerra, o princípio da conservação dos negócios jurídicos "é aquele por meio do qual se determina, no processo de interpretação do negócio jurídico, que em nome da proteção

[293] "É então da simulação relativa que fala o dispositivo em tela, referindo-se à preservação do negócio dissimulado, se válido na substância e forma. Trata-se de um caso de aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos". (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 318).

da autonomia privada e da primazia da eficácia jurídico-social, seja preservado o negócio jurídico na maior extensão possível diante das circunstâncias fáticas".[294] Defende o autor que uma das principais aplicabilidades do princípio da conservação do negócio jurídico consiste na sanação das invalidades negociais.[295]

Conforme esclarece Victor Willcox, o princípio da conservação do negócio jurídico fundamenta-se tanto em interesses individuais quanto coletivos.[296] À primeira vista, poder-se-ia imaginar que se trata de princípio exclusivamente vinculado à tutela da autonomia privada, destinado à preservação dos interesses negociais dos contratantes.[297] Embora esta seja, sem dúvida, uma das razões justificadoras da busca pela conservação dos negócios, merece relevo também a função social dos contratos, que demanda a manutenção dos efeitos negociais. Na lição de Luiz Edson Fachin, "o Código Civil se pretende, como se sabe, portador de uma

---

[294] GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 170. No mesmo sentido, ensina Antônio Junqueira de Azevedo que "por ele [princípio da conservação], tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66). Nessa direção, também, Leonardo Mattietto afirma que o princípio da conservação se baseia no reconhecimento de que "a ordem jurídica não é inimiga dos interesses dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social". (MATTIETTO. Leonardo. Invalidade e conservação dos negócios jurídicos. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 166).

[295] "A 'calibração' (ou a 'flexibilização/modulação') dos efeitos do negócio jurídico nulo é justificada a partir da atual compreensão do princípio da conservação dos negócios e da perspectiva de sanação que a ele subjaz". (GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 141). Nesse sentido, também, Victor Willcox assevera que "o princípio da conservação do negócio jurídico, portanto, milita em favor da produção de efeitos pelo ato, tanto quanto seja possível, seja pela via da interpretação, seja pela revisão (em vez da resolução), seja pela preservação dos efeitos do negócio defeituoso (preferencialmente à declaração de nulidade ou anulação". (WILLCOX, Victor. O princípio da conservação do negócio jurídico no temperamento das patologias. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 279).

[296] WILLCOX, Victor. O princípio da conservação do negócio jurídico no temperamento das patologias. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 280).

[297] Vale observar, aqui, que mesmo a tutela de um interesse privado pode representar a realização de um interesse público, vez que não há propriamente uma divisão estanque entre eles. Nas palavras de Gustavo Binenbojm, "O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao cabo deste trabalho, ficará demonstrado que, ao contrário do que se acredita, a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro". (BINENBOJM, Gustavo. Da supremaciado interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Revista Qauestio Iuris*, vol. 1, n. 2, 2005, p. 41). Conforme explica Pietro Perlingieri, "a exigência racional do direito como ordenamento está na dinâmica do público e do privado, sendo estes compreendidos não como termos separáveise necessariamente oposto". E, adiante, "o interesse público e aquele privado e individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, também não podem deixar de estar presentes em cada atividade juridicamente relevante". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 429-433).

cláusula geral que tutela interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana", o que, para o autor, "reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas".[298]

Nesse sentido, encontram-se, na jurisprudência, diversos precedentes que conservam negócios jurídicos com o fim de preservar sua função social. A título de exemplo, mencione-se o Agravo de Instrumento 0249226-10.2011.8.26.0000, julgado pela 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que concedeu a "ampliação do prazo de aviso prévio, em razão do longo período da relação mercantil entre as partes; da função social do contrato e de seu objeto". De acordo com o voto condutor, "para sobreviver à resilição contratual, inclusive evitando ou ao menos abrandando sério problema social com a despedida de empregados, é indispensável que se lhe outorgue tempo maior que o a ela concedido, de um ano".[299]

Sem dúvida, a valoração positiva dos efeitos negociais, que, em última análise, justifica a conservação do negócio, mostra-se indissociável do cumprimento de sua função social. Como se sabe, "o negócio jurídico, no direito hodierno, deve representar um interesse prático que esteja em conformidade com o interesse social e geral".[300] Assim, a análise de merecimento de tutela do ato consiste, também, em averiguar se seus efeitos estão em consonância com os valores do ordenamento, a incluir, naturalmente, a promoção de interesses sociais veiculada pela função social do contrato.[301] Em outros termos, a função social "externamente, serve de parâmetro valorativo do merecimento de tutela em seu aspecto promocional (positivo)".[302]

Identificado o fundamento axiológico da orientação legislativa acerca da manutenção dos efeitos dissimulados, cabe indagar qual o mecanismo jurídico colocado em prática para a preservação de tais efeitos. Isso porque muito se controverte a respeito do fenômeno jurídico que tem lugar para que a substância do negócio dito dissimulado, isto é, seus efeitos, sejam preservados. A doutrina dualista da simulação relativa – aquela que enxerga a existência de dois negócios jurídicos, um simulado e outro dissimulado – afirma, simplesmente, que o ato

---

[298] FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 123.
[299] TJSP, 28ª C.Dir.Priv., Agravo de Instrumento 0249226-10.2011.8.26.0000, Rel. Des. Mello Pinto, julg. 14.02.2012.
[300] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla qualificação do mútuo no direito civil brasileiro. In: *Revista Forense*, vol. 309, a. 86, jan.-mar. 1990, p. 35.
[301] "Sob a ótica da teoria contratual contemporânea, o contrato deixa de ser um negócio que concerne apenas aos contratantes passando a interessar toda a sociedade". (FERREIRA, Gustavo Pinto Zardi. A função social do contrato. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 96).
[302] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. In*: Revista de Direito Privado*, n. 54, 2013, p. 88.

simulado será sempre nulo e que o dissimulado, ontologicamente diverso daquele, produz seus efeitos como realidade jurídica autônoma.[303]

Caso se adotasse essa corrente, não haveria necessidade de maiores elucubrações acerca da justificação para a manutenção dos efeitos dissimulados, pois decorreriam mesmo da natureza negocial do dissimulado. Nas palavras de Ferrara, ao se examinar o regime da simulação, constata-se "que existem dois negócios: o aparente, fingido, e o oculto, sério", como consequência, para o autor, "quando se afasta o véu enganador, não restam vestígios da sua existência. (...) e aparece o negócio verdadeiro, na sua forma genuína e sincera". E, adiante, arremata que "a simulação é, pois, indiferente sob o ponto de vista jurídico. O que importa é o negócio verdadeiro que as partes quiseram ocultar. Esse negócio deve ser submetido a um exame atento".[304]

Como já adiantado, no entanto, não se pode concordar com a teoria dualista da simulação civil, tendo em vista o artificialismo de sua construção.[305] Assim, melhor razão possui Alberto Auricchio, para quem, na simulação relativa, há apenas um único negócio cujos efeitos são dissimulados.[306] O professor italiano, em interessante construção teórica, afirma que a manutenção dos efeitos dissimulados se justifica em razão do aproveitamento da estrutura do negócio simulado. Nos seus termos, "na simulação relativa existe um título válido e há, portanto, uma situação de validade, que permite a plena tutela, no âmbito do ordenamento do Estado, da relação querida" e conclui que "dessa forma, a validade do negócio simulado e a eficácia do auto-regulamento dissimulado, tornam-se termos recíprocos de uma única realidade".[307]

Existe, pois, uma verdadeira simbiose entre estrutura do ato simulado e efeitos do dissimulado, podendo-se afirmar, inclusive, que os efeitos dissimulados decorrem do próprio negócio aparente, é a estrutura deste que, em última análise, servirá de abrigo para os efeitos dissimulados, a afastar a necessidade de explicar a preservação de tais efeitos por meio de teorias como a da relação jurídica sem negócio jurídico fundante. Assim, recorde-se o

---

[303] "A validade ou invalidade do negócio dissimulado decide-se perfeitamente à parte do negócio simulado e depende dos requisitos legais estabelecidos para ele. De facto, uma coisa é o negócio dimulado, uma outra o negócio dissimulado que existe por detrás do primeiro. Trata-se de duas realidades jurídicas diferentes, embora muito estreitamente ligadas entre si". (HÖRSTER, Henrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 539). No mesmo sentido, GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

[304] FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 118.

[305] Remeta-se ao item 1.3 do presente trabalho, no qual se desenvolveu a questão com a devida profundidade.

[306] A tese já era defendida, no direito luso-brasileiro, por Cunha Gonçalves. (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 876).

[307] AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico*: premissas gerais. 1ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 238.

afirmado no item 1.3 acerca da necessidade de proximidade lógica e teleológica entre o negócio simulado e o negócio dito dissimulado para que a simulação tenha lugar. Apenas se existir esse nexo funcional entre negócio dito aparente e negócio dito oculto será possível preservar os efeitos dissimulados. Em referência ao poema de Ricardo Reis reproduzido ao início deste capítulo, o intérprete não pode esperar encontrar no negócio simulado efeitos que, de certa forma, nele já não existam.

A doutrina clássica, assaz apegada ao formalismo da declaração de vontade e à estrutura do negócio, não enxergava a possibilidade de requalificação dos negócios jurídicos à luz dos efeitos práticos deles decorrentes, necessitando recorrer à teoria dualista para justificar a preservação dos efeitos dissimulados. Na doutrina contemporânea, no entanto, já é amplamente reconhecido que a qualificação dos atos jurídicos se dá não por meio do *nomem iuris* conferido pelas partes, mas, antes de tudo, pela síntese dos efeitos essenciais.[308] Afirma Perlingieri, nessa direção, que "é pela função concreta que se compreende se o fato jurídico é, por exemplo, uma compra e venda, uma doação ou uma outra figura negocial".[309]

A análise funcional do negócio abre ao intérprete novas potencialidade de interpretação do fenômeno jurídico. Como já se pôde pontuar, a juridicidade encontra-se na eficácia do fato, isto é, seus efeitos – as situações jurídicas dele decorrentes – que são objeto de valoração à luz do ordenamento, não o fato em si, de modo que a atenção do jurista deve recair primordialmente sobre sua função, porque "o mesmo fato tem uma qualificação jurídica diversa, uma função diversa, conforme se enquadre em uma ou outra composição de interesses".[310] Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes explica que "a necessidade de qualificação dos institutos não é apenas um problema de sistematização dogmática. A causa importa quando se tem que saber a qual ato jurídico pertence o efeito que se analisa.

---

[308] Caio Mário da Silva Pereira, em parecer a respeito da qualificação de certo negócio jurídico, assim se posicionou: "o fato de haverem as partes apelidado o contrato como de 'locação de serviços' não é suficiente para caracterizá-lo como tal. Sabido e proclamado é que o nomem iuris em si e por si não tipifica um negócio jurídico. Para tal, o que se leva em consideração, essencialmente, é o seu enquadramento nos extremos legais. Um contrato é compra e venda, não porque as partes assim o denominam, mas pelo fato de consistir na obrigação de entregar certa coisa, mediante certo pagamento em dinheiro". (PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Obrigações e contratos*: pareceres de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizado por Leonardo de Campos Melo; Ricardo Loretti Henrici; Cristiane da Silva Pereira Motta. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 246).

[309] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 659.

[310] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 641. Essa mesma constatação, invertida, faz concluir que não há necessidade de se fazer diferenciação dogmática entre institutos quando esta diferenciação não corresponde a uma finalidade prática. Assim já ensinava San Tiago Dantas. (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, pp. 93-94).

Estabelecendo-se o nexo de causalidade entre o efeito e o ato chega-se à disciplina aplicável ao negócio".[311]

Menezes Cordeiro, igualmente, considera que "o ponto de partida para o estudo dogmático do direito civil há-de, em qualquer circunstância, (...) ser constituído pela eficácia jurídica e não por normas ou fontes". Na sequência, o autor português ainda constata que todo o esforço da doutrina jurídica contemporânea tem sido "na tentativa de superar o irrealismo metodológico" e da consagração da percepção de que apenas no caso concreto aparece o verdadeiro direito.[312]

A ilustrar a relevância da análise funcional e não meramente estrutural, recorra-se à seguinte analogia. O escritor Bioy-Casares, em seu livro de memórias a respeito da amizade de toda a vida que cultivou com Jorge Luis Borges, narra curiosa anedota, contada por Borges, acerca de um casal que discutia se o ciclope mitológico Polifemo, apresentado em certo livro, era a mesma criatura denominada Polyphemus em outra obra. Embora, em ambos os textos, as criaturas estivessem envolvidas nos mesmos contextos narrativos, acabou o casal por concluir que havia dois ciclopes diferentes, um chamado Polifemo e outro, Polyphemus. A moral da história, de acordo com o escritor argentino, é como certas pessoas insistem em enxergar apenas as diferenças, cerrando os olhos para as semelhanças.[313]

A lição pode ser facilmente transposta para o problema da qualificação dos fatos jurídicos. Imaginem-se dois contratos, que produzem exatamente os mesmos efeitos: transferência de propriedade em troca do pagamento do preço, mas um denominou-se "contrato de compra e venda" e outro, "contrato de doação". Aqueles que preferem se apegar ao formalismo e às distinções estruturais acabarão por qualificá-los de maneira diversa. Já aquele que se atentar às semelhanças e ao contexto dos negócios perceberá que, independentemente da nomenclatura, ambos são, essencialmente, contratos de compra e venda.

Em suma, e retomando a questão da simulação, quer-se afirmar, aqui, que a manutenção dos efeitos dissimulados se explica por meio da requalificação corretiva do negócio simulado à luz dos efeitos jurídicos verdadeiramente perseguidos pelas partes. Não se entenda, com isso, que a simulação se confunde dogmaticamente com a qualificação errônea de negócio jurídico ou mesmo com a posterior alteração do programa contratual ao longo da

---

[311] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla qualificação do mútuo no direito civil brasileiro. In: *Revista Forense*, vol. 309, a. 86, jan.-mar. 1990, p. 35.
[312] CORDEIRO, Antonio Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. 1. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1987/88, p. 453.
[313] CASARES, Adolfo Bioy. *Borges*. Buenos Aires: Destino, 2006, pp. 781-782.

execução.[314] Por vezes, em razão de vicissitudes que podem impactar a relação jurídica, as partes, ao longo da fase executiva, podem, voluntariamente, modificar cláusulas contratuais, o que possivelmente influenciará na qualificação do negócio.[315] Não há, nesses casos, qualquer sombra de simulação.

Como se pontuou no segundo capítulo, a simulação sempre terá como seus objetivos, como função prática, ocultar os efeitos dissimulados e ludibriar terceiros – ainda que isso não implique violação a norma imperativa. Esses caracteres, por outro lado, não se fazem presentes nos casos de qualificação equivocada do negócio ou alteração superveniente do programa contratual.[316] É esse ânimo deliberadamente enganador dos simuladores que atrai o regime específico da simulação civil, em especial a invalidade do negócio simulado. Devido a esse caráter furtivo da simulação, a lei a olha com compreensível desconfiança, de modo que, por esse motivo, afirma a nulidade do negócio simulado como regra e admite a preservação dos efeitos dissimulados apenas se a parte comprovar sua validade formal e substancial.[317]

---

[314] Conforme escreve Antônio Junqueira de Azevedo, "o comportamento posterior das partes é universalmente reconhecido como uma espécie de 'interpretação autêntica' do contrato". Adiante, em citação a Erich Danz, observa que as palavras e atos dos contratantes posteriores à conclusão do contrato devem ser levados em consideração pelo intérprete-aplicador. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 165-166).

[315] Importa ressaltar que se trata, aqui, da alteração voluntário do programa contratual para adaptá-lo à nova realidade fática. Não se está a falar das normas jurídicas acerca da revisão e resolução judicial do contrato por onerosidade excessiva ou impossibilidade superveniente (CC, arts. 317 e 478-480). Tais normas e teorias têm aplicabilidade apenas no momento patológico, quando, diante de novas circunstâncias, as partes se mostram incapazes de solucionarem espontaneamente o impasse.

[316] Michel Dagot afirma que "a simulação difere da qualificação inexata" (No original: "le déguisement diffère de la qualification inexacte". In: DAGOT, Michel. *La simulation em droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 31). No mesmo sentido, para Butera "*L'error in nomine negotii* não é simulação". (No original: *L'error in nomine negotii* non è simulazione". In: BUTERA, Antonio. *Della frode e della simulazione*, t. II: della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis. Torino: Unione tipográfico-editrice torinese, 1936, p. 50). Todavia, não se pode concordar com a justificação dada por Dagot, para quem a qualificação seria uma mera etiqueta afixada ao ato jurídico, de forma que, no erro de qualificação, haveria contradição entre o conteúdo do ato e tal etiqueta; na simulação, por outro lado, a contradição que há é entre dois atos jurídicos. O autor francês baseia-se, portanto, na teoria dualista da simulação para explicar a distinção entre negócio simulado e negócio erroneamente qualificado. Mais interessante, por outro lado, é a justificação dada por Butera, fundada na função específica da simulação civil: ocultar negócio dissimulado para ludibriar terceiro. Como visto, é essa particular finalidade prática que distingue o instituto do erro de qualificação. Nas palavras do autor italiano: "na simulação, de regra, sobressai sempre o sigilo: as partes que se exprimem ostensivamente, em geral não simulam". (BUTERA, Antonio. *Della frode e della simulazione*, t. II: della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis. Torino: Unione tipográfico-editrice torinese, 1936, p. 51. No original: "Nella simulazione, di regola, campeggia sempre la segretezza: le parti, che si esprimono apertamente, in generale non simulano").

[317] Cabe à parte interessada comprovar, perante o juízo, a existência do negócio dito dissimulado, sob pena de manter preservado o negócio aparente (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 477). Com efeito, apenas a nulidade do ato aparente poderá ser, de ofício, reconhecida pelo juiz, a validade do ato oculto, por outro lado, exige a alegação da parte interessada. O julgamento no REsp 918.643/RS pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça parece afirmar, também, a necessidade de alegação, pela parte interessada, para que haja a requalificação (conversão) do negócio simulado de acordo com os efeitos realmente perseguidos pelas partes: "Nessas situações [simulação relativa], não é necessário requerer que seja restabelecido o estado anterior, bastando que o autor da ação requeira a conversão

O mesmo não acontece nos demais casos de requalificação do contrato. Não há qualquer razão para que se desconfie de contratos erroneamente nomeados, pois o erro é ostensivo. Por essa razão, aliás, diferentemente do que ocorre da simulação, nestes casos o juiz pode requalificar o contrato para lha aplicar a disciplina adequada sem que, para isso, as partes precisem alegar a validade do ato.[318]

Por essas peculiaridades – em especial a previsão legal acerca da nulidade do negócio simulado – a requalificação que tem lugar no regime da simulação civil, por meio do disposto na parte final do caput do artigo 167 do Código Civil, para preservação dos efeitos dissimulados, é a que se denomina de *conversão substancial do negócio jurídico nulo*. Na explicação de Antônio Junqueira de Azevedo, a conversão consiste no "fenômeno pelo qual um negócio, que, dentro do tipo em que foi concebido, é nulo ou anulável ou ineficaz, vale, por um artifício da lei ou do intérprete, como negócio de tipo diverso". E, a seguir, complementa para afirmar que se trata "de alteração da qualificação categorial do negócio".[319] Ou seja, a conversão, caracterizada como método de requalificação dos atos jurídicos, tem por função específica preservar atos inválidos ao aplicar-lhes disciplina jurídica de acordo com a qual seja possível manter-lhes válidos. Ao se converter o negócio jurídico, "a qualificação que impede a produção de efeitos pelo negócio jurídico é afastada para que outra, capaz de produzir o fim prático e econômico pretendido pelos celebrantes, prevaleça".[320]

Não são poucos os autores que entreveem, na simulação relativa, a ocorrência de conversão substancial do negócio simulado. Alberto Auricchio afirma que "na verdade, quando, realmente, existam no negócio simulado nulo os requisitos de substância e de forma do chamado negócio dissimulado, terá aplicação o instituto da conversão, no qual pode encontrar a sua salvaguarda a relação querida pelos simulantes".[321] Luís Alberto Carvalho

---

do negócio jurídico, de modo que ele corresponda precisamente à intenção das partes". (STJ, 3ª T, REsp 918.643/RS. Relª. p/ acórdão Minª Nancy Andrighi, julg. 26.04.2011).

[318] A qualificação do fato jurídico é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina: trata-se de construir uma resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 651).

[319] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, n. 1, 1974, pp. 182-183. No mesmo sentido, João Alberto Schutzer Del Nero, "é, precisamente, esse procedimento de escolha – devidamente fundamentada, será demais insistir – entre duas qualificações jurídicas, diferentes, do mesmo negócio jurídico, cujo resultado consiste na atribuição ou no reconhecimento de eficácia jurídica, cujo resultado consiste na atribuição ou no reconhecimento de eficácia jurídica so negócio jurídico, que poderia assim definir-se – pelo menos em princípio – e denominar-se 'conversão substancial do negócio jurídico'". (DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47).

[320] SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo*: aspectos materiais e processuais. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 64.

[321] AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico*: premissas gerais. 1ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1964, p. 220.

Fernandes observa, ainda, que é corrente os autores que defendem a teoria unitária da simulação "sustentarem que a validação do negócio dissimulado opera por conversão do simulado".[322]

A doutrina majoritária, contudo, nega que ocorra conversão substancial na preservação dos efeitos dissimulados. Mesmo dentre autores que defendem a unicidade da simulação civil constata-se certa resistência em aceitar a aplicação da conversão para explicar o fenômeno que ocorre na simulação relativa. Passa-se, então, a analisar a pertinência dos argumentos com base nos quais se tenta rechaçar a conversão do negócio simulado.

Luiz Carlos de Andrade Júnior sustenta, com base em Pontes de Miranda, que ocorre, na simulação civil, o fenômeno da extraversão do negócio dito dissimulado.[323] A conversão não seria possível tendo em vista os caracteres de tal instituto previstos no artigo 170 do Código Civil, no qual se lê que "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade". Explica o autor que, quando ocorre a simulação, de maneira diversa, em primeiro lugar, "descabe supor a ignorância das partes quanto à nulidade do negócio simulado, porquanto, a bem da verdade, tal nulidade consiste, ela própria, no objeto de deliberação dos contraentes". E, em segundo lugar, "o negócio dissimulado não é aquele que as partes teriam celebrado se conhecessem na nulidade; trata-se, na realidade, de uma relação jurídica constituída apesar da nulidade".[324]

De início, deve-se pontuar que se concorda com todas as ponderações acima transcritas. Com efeito, parece não existir, na simulação civil, os caracteres do suporte fático capaz de deflagrar a aplicação do artigo 170 do Código Civil.[325] A discordância com o autor mencionado recai na premissa, por ele considerada, de que defender a conversão do negócio simulado significaria, necessariamente, aplicar o artigo 170 à hipótese. Isso, porém, não é

---

[322] FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Teoria geral do direito civil*, vol. 2. 5ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 313.

[323] Pontes de Miranda explica que extraversão consiste no "exsurgimento do ato dissimulado, como ato jurídico, no lugar do ato jurídico simulado". Para o autor, "a extraversão ocorre ainda que o ato jurídico aparente, se entrasse no mundo jurídico, tivesse de ser tido por nulo, ou anulável; porque só se há de exigir existência e validade ao ato jurídico dissimulado". (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001, pp. 469-470).

[324] ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 265.

[325] CC, art. 170: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade". Tal dispositivo é bastante criticado por Alexandre Guerra, que, com suporte na posição de Antônio Junqueira de Azevedo, diz: "a regra que consta no artigo 170 do Código Civil sugere o excessivo apego do legislador à concepção voluntarista do negócio jurídico". E, objeta, ainda, que a expressão *se houvessem previsto a nulidade* "não faz sentido algum se interpretada pela via puramente gramatical. (GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 344-347).

verdade, pois existem outras previsões legais de conversão de ato jurídico para além daquela contida no artigo 170 e que a parte final do *caput* do artigo 167 consiste em mais uma delas, a prever requisitos próprios.

Como mencionado anteriormente, o núcleo conceitual da conversão substancial consiste, simplesmente, na requalificação corretiva de ato jurídico inválido com o fim de preservar-lhe os efeitos. A este conceito subsume-se, sem dúvida, a previsão do artigo 167. Os demais requisitos indicados no artigo 170 do Código Civil e arguidos por Luiz Carlos de Andrade Júnior aplicam-se exclusivamente à hipótese de conversão prevista nesse dispositivo. A doutrina observa, no entanto, que existem outros casos de conversão fora do previsto no artigo 170, a destacar o disposto no artigo 431 do Código Civil, segundo o qual "A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta" e o artigo 892, ao prever que "Aquele que, sem ter poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado, e, pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado". Aponta-se como exemplo, ainda, ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.689/1940, segundo o qual é nula a compra e venda com pacto de retrovenda quando simulada, "valendo o respectivo instrumento como prova de mútuo".[326]

Em todos esses casos, concorda a doutrina que se está diante de conversão substancial do negócio inválido, embora em nenhum deles haja aplicação do artigo 170 do Código Civil. Percebe-se, dessa forma, que tal dispositivo possui natureza subsidiária, a incidir sobre os casos nos quais não se aplica previsão legal específica a determinar a conversão. Por conseguinte, não se fundamenta a conversão do negócio simulado relativamete ao artigo 170 tendo em vista a previsão mais específica contida na parte final do *caput* do artigo 167, que estabelece os requisitos específicos para conversão do negócio simulado em outro, compatível com os efeitos dissimulados.[327]

---

[326] Decreto-Lei nº 2.689/1940, art. 1º: "A competência privativa da Câmara de Reajustamento Econômico a que alude o art. 39 do Decreto-lei n.º 2.238, de 28 de maio de 1940, é compreensiva do poder de verificar se as partes contratantes, nos contratos de compra e venda com cláusula de retrovenda, tiveram realmente a intenção de fazer o contrato que o instrumento representa, ou se se trata de simulação para garantia de mútuo".
Parágrafo único: "No primeiro caso, o contrato será mantido, devendo estimar-se o direito de resolvê-lo, para ser levado ao ativo do agricultor, no balanço necessário à verificação do seu estado econômico. No segundo caso, a Câmara decretará a nulidade da compra e venda, valendo o respectivo instrumento como prova de mútuo, deixando assegurado ao suposto vendedor o direito de pleitear o reajuste compulsório como proprietário de imovel, e ao suposto comprador a preferência que compete ao credor hipotecário".

[327] Refere-se, aqui, ao terceiro critério de solução de antinomias aparentes apresentado por Norberto Bobbio, segundo o qual "de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*". (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: UnB, 1995, pp. 94-95).

Para que ocorra a conversão do negócio simulado de modo a aproveitar os efeitos dissimulados é preciso, todavia, que haja o preenchimento de certos requisitos. Na literalidade do *caput* do artigo 167, a preservação do negócio dito dissimulado ocorrerá se este for "válido na substância e na forma". Como demonstrado, o "negócio dissimulado" não se trata propriamente de negócio diverso, mas do resultado da conversão do negócio simulado.[328] Diante disso, os próximos itens serão destinados a esclarecer o sentido da expressão "se válido for na substância e na forma" e se tentará demonstrar que a validade formal ali referida diz respeito à presença, na declaração de vontade simulda, dos requisitos formais próprios do negócio dito dissimulado (*rectius* do negócio resultante do processo de conversão do negócio simulado); e que a validade substancial diz respeito ao merecimento de tutela dos efeitos dissimulados.

3.2.1 Validade formal do negócio dito dissimulado: preenchimento, pela declaração de vontade aparente, dos requisitos formais do negócio resultante do processo de conversão do negócio simulado

Importa investigar, nesse momento, a que a lei quer se referir ao exigir "validade formal" do negócio dito dissimulado para que seus efeitos sejam preservados. Para responder

---

[328] Na jurisprudência, são recorrentes os acórdãos que recorrem à conversão do negócio simulado para preservar os efeitos dissimulados. Nesse sentido: TJRJ, 12ª C.C., Apelação 0038751-39.2014.8.19.0203, Rel. Des. José Acir Lessa Giordani, julg. 26.11.2019: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO VISANDO À DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL ENTABULADO PELOS RÉUS. ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA EM QUE DECLARADA CONVERSÃO SUBSTANCIAL DA COMPRA E VENDA DO IMÓVEL EM DOAÇÃO DO PRIMEIRO RÉU EM FAVOR DA SEGUNDA RÉ. ACERTO DA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. (...)Narrativas do autor e dos réus que indicam a ocorrência de simulação em ambos os negócios jurídicos, todavia, o pedido inicial se restringe à declaração de nulidade do segundo, firmado entre os réus em 2012. Relato do primeiro réu, em depoimento pessoal colhido em audiência, que permite inferir a intenção na realização de doação e não compra e venda, vislumbrando-se, portanto, simulação. Réus que promoveram, por via transversa, a partilha dos bens após a dissolução da união estável, lavrando escritura pública de compra e venda quando, em verdade, o negócio jurídico subjacente era de doação. Aplicação da conversão substancial, pois presentes seus pressupostos autorizadores, quais sejam, (i) existência de um negócio jurídico nulo; (ii) respeito à formalidade e à solenidade exigida pelo negócio jurídico subjacente e (iii) intenção das partes em firmar o negócio jurídico, se antevissem a nulidade do negócio simulado. Acerto da sentença de parcial procedência. Recurso conhecido e desprovido". Mencione-se, ainda, que, embora não seja a posição adotada no presente trabalho, há julgados que se referem expressamente ao artigo 170 do Código Civil para justificar a preservação dos efeitos dissimulados. Nesse sentido, ver: TJSP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, Apelação 1003751-96.2019.8.26.0006, Rel. Des. Azuma Nishi, julg. 30.06.2021: "MÉRITO. Não recolhimento de ITCMD que não se revela capaz de desnaturar a natureza do contrato firmado entre as partes. Pagamento do tributo que não constitui pressuposto de existência ou validade da doação, mas sim consequência jurídica de sua celebração. Não comprovação de qualquer contraprestação pecuniária conferida pela cessionária às cedentes em razão da cessão de suas quotas societárias. Inexistência de provas que embasem a cessão onerosa dos bens móveis imateriais. Simulação configurada. Prevalença do negócio jurídico dissimulado. Conversão do Negócio Jurídico. Inteligência do artigo 170 do CC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO".

a essa indagação, surgem duas principais correntes doutrinárias, a primeira, denominada *teoria da forma da declação*, e a segunda, intitulada *teoria da forma do negócio*. Em síntese, tais teorias divergem quanto à possibilidade de aproveitamento da forma do negócio simulado pelo negócio dito dissimulado.

Os defensores da teoria da forma da declaração afirmam que não basta o preenchimento dos requisitos formais pelo negócio simulado, sendo necessário que a contradeclaração, que regulamenta a relação interna dissimulada pelos contratantes, também preencha tais requisitos. Pense-se na hipótese de doação mascarada por compra e venda simulada. Tratando-se de transferência de propriedade de bem imóvel com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, o artigo 108 do Código Civil exige, tanto para a compra e venda quanto para a doação, escritura pública.[329] Assim, de acordo com referida teoria, para que se preservem os efeitos dissimulados, ambos os negócios, o de compra e venda simulada e a doação dissimulada, devem ser celebrados por meio de escritura pública. Essa é a posição defendida, no direito português, por Heinrich Ewald Hörster, que, embora reconheça que não seja a doutrina dominante, posiciona-se da seguinte maneira:

> Segundo a melhor opinião o negócio dissimulado deve ser considerado nulo sempre que não conste clara e integralmente do documento que a ele próprio disser respeito. Na verdade, quando a lei exige para determinados negócios que as respectivas declarações negociais obedeçam a forma, pretende com isso que todas as cláusulas sobre as quais as partes devem concordar para que o contrato fique concluído (art. 232º), constem do documento nos precisos termos em que foram acordados, ou seja, exactamente como o exige a lógica subjacente ao art. 221º. Apenas assim podem ser atingidos os objectivos superiores de interesse público que justificam a exigência da forma legal.[330]

Essa teoria adentrou na doutrina portuguesa por meio da influência germânica, tendo em vista que, na Alemanha, desde Enneccerus a maioria dos tratadistas afirma a necessidade de que o negócio dito dissimulado, por si próprio, seja celebrado respeitando a forma prescrita em lei.[331]

---

[329] CC, art. 108: "Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País".

[330] HÖRSTER, Henrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 545. O precursor dessa teoria no direito português foi José Beleza dos Santos, que afirmava o seguinte: "neste caso, parece-se que a compra e venda é nula porque as declarações de vontade de vender e de comprar, de transmitir o domínio útil do prazo por certo preço e de o adquirir mediante o pagamento desse preço, não se fizeram com a forma devida, por escritura pública. E, como esses elementos essenciais do contrato não constam do documento que se fez realizar a doação e não se podem por outro modo provar, há um contrato de doação com a forma devida, mas nula por ser aparente e uma compra e venda real mas nula por falta de forma". (SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*, v.1. Coimbra: Mário da Silva e Souza, 1955, pp. 332-333).

[331] "La validez de este negocio 'disimulado' depende de que llene todos los requisitos que le son propios y especialmente de si se observa la forma que le corresponde y de si no está prohibido o no es inmoral".

De outro giro, a segunda corrente, intitulada de teoria da forma do negócio, assenta-se na defesa da possibilidade de o negócio dito dissimulado aproveitar a forma do negócio simulado. Assim, aplicando-a ao exemplo da doação dissimulada por compra e venda, se este negócio se realizou em respeito à determinação legal da forma pública, isto basta para que a doação seja formalmente válida. Basta, portanto, que a transferência de domínio tenha sido feita na forma prescrita em lei, não se exigindo que a escritura pública se refira especificamente à doação como causa da transferência.

Esta segunda corrente, ao admitir o aproveitamento da forma do simulado pelo dissimulado, parece mais acertada por duas principais razões. Em primeiro lugar, a aplicação da teoria da forma da declaração esvaziaria em demasia a utilidade prática do aproveitamento dos efeitos do negócio dissimulado nas hipóteses de negócios jurídicos formais. Com efeito, tendo em vista o caráter sigiloso da simulação, mostra-se improvável – ou mesmo inverossímil – que os simuladores realizariam um negócio dissimulado por meio de instrumento público. Assim, a aplicação do princípio da conservação dos contratos, desenvolvida no item anterior, demanda que a interpretação das normas jurídicas se dê de modo a preservar o máximo possível os efeitos negociais. Exigir que o negócio dito dissimulado respeite as formalidades legais iria na contramão dessa orientação, pois representaria óbice praticamente insuperável à manutenção do negócio verdadeiramente querido pelas partes.[332]

Em segundo lugar, a primeira teoria, da forma da declaração, funda-se na compreensão de que há, na simulação, dois negócios jurídicos distintos, de modo que, cada um deles, com existência própria, deve respeitar as específicas imposições legais acerca da validade formal. Observa Cunha Gonçalves que "é da errônea concepção da dualidade e independência das convenções aparente e secreta que nasceu a difícil questão dos requisitos externos da convenção secreta, quando esta seja de caráter formal".[333] Como constatado no primeiro capítulo, a melhor forma de compreender a simulação civil é considerá-la como unidade negocial, composta de um único negócio jurídico. Nessa linha de entendimento,

---

(ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil* (parte general), t. 1, v. 1. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. Blas Pérez González; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 179. Tradução livre: "a validade do negócio 'dissimulado' depende de que preencha todos os requisitos que lhe são próprios e, especialmente, de se observa a forma correspondente e de se não está proibido ou não é imoral").

[332] "Na prática, a teoria da forma da declaração dificulta a conservação da maioria das situações abrangidas pelo preceito". (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 112). No mesmo sentido, Cunha Gonçalves: "se fôssemos exigir, sempre, os caracteres formais do acto secreto, nunca a validade deste seria possível". (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 879).

[333] GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, p. 878.

perde bastante o sentido exigir que haja duas declarações formais de vontade se, a rigor, há apenas um único negócio jurídico, conquanto erroneamente declarado. Nas palavras de Luiz Carlos de Andrade Júnior, não fosse possível o aproveitamento da forma do negócio simulado, "não apenas cairia por terra a concepção unitária da simulação relativa, como, ademais, mostrar-se-ia inviável a dissimulação da maioria dos negócios formais, sobretudo aqueles dependentes de escritura pública".[334]

Ressalte-se, porém, que não se deve compreender a possibilidade de aproveitamento da forma do negócio simulado pelo dissimulado de maneira absoluta. Há casos em que isso não será possível se, apesar do respeito à forma, a *ratio* justificadora do formalismo não for satisfeita. Conforme leciona Pietro Perlingieri, a forma do negócio jurídico não está alheia à interpretação funcional, já que a compreensão do ordenamento como um todo unitário impõe que também o estudo da forma encontre raízes na tutela de valores constitucionalmente consagrados.[335] Assim, a exigência, pela lei, da observância de forma específica pode justificar-se funcionalmente por uma ou mais razões. Segundo o autor,

> Diversificação e variabilidade das formas encontram a própria justificação em perfis diversos da atividade: a) nas próprias legitimação, capacidade e qualificação do sujeito (seja ou não empresário, menor ou interditado, pessoa física ou pessoa jurídica, ente privado ou público); b) na função negocial (causa donandi, mortis causa); c) no objeto (bens imóveis ou móveis, créditos ou coisas móveis diversas do crédito, coisas materiais ou energias laborativas).
> A forma pode ser coligada a um ou mais de tais perfis, cumulativa ou alternativamente, segundo a *ratio* da norma que a estatui. Individuar tal fundamento é indispensável para proceder a uma interpretação que não seja separa de uma sua valoração. Isso significa que cada forma negocial necessariamente uma sua função, ainda que heterogênea.[336]

Imagine-se, por exemplo, hipótese de compra e venda de bem imóvel dissimulada, dessa vez, não por doação, mas por contrato de locação. Neste caso, mesmo que a locação simulada seja celebrada por meio de escritura pública, impossível será o aproveitamento da forma pelo negócio dito dissimulado, no caso a compra e venda. Isso porque a função da

---

[334] ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 272. Posiciona-se, ainda, o autor da seguinte maneira: "somos da opinião de que o legislador brasileiro, embora não tenha sido explícito, admite a suficiência da forma aparente para assegurar a validade do negócio dissimulado. Com efeito, a forma adotada no negócio jurídico, tal como os simuladores lhe dão aparência, jamais pode revelar a totalidade do negócio dissimulado. Tal exteriorização seria incompatível com a simulação".

[335] "Uma área do direito civil à qual por longo tempo ficou estranha qualquer consideração funcional e axiológica é representada pela disciplina da forma legal e voluntária do negócio. É necessário, portanto, dubmeter esse enfoque a uma análise crítica, para evitar que se crie uma não justificada zona franca de sobrevivência de concepções de autonomia negocial não mais conciliáveis com o atual ordenamento". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 443).

[336] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 451.

exigência legal acerca da forma especial para compra e venda imobiliária cosiste na necessidade de dar certeza e segurança acerca dos direitos reais sobre tais bens.[337] Esse objetivo, porém, não é alcançado se a forma pública envolver apenas a declaração de contrato de locação, incapaz de transferir a propriedade, não bastando, pois, o cumprimento ritualístico da forma imposta pela lei.

Por outro lado, no caso de doação simulada para camuflar compra e venda, ou vice versa, há plena possibilidade de aproveitamento da forma do simulado pelo dissimulado, já que, em ambos os contratos, o formalismo justifica-se pela mesma razão e essa *ratio* – segurança e certeza a respeito de direitos reais imobiliário, conforme se depreende da própria redação do artigo 108 do Código Civil – mostra-se satisfeita com a realização de escritura pública independentemente se a declaração diga respeito a contrato de doação ou a contrato de compra e venda. Conforme explica António Barreto Menezes Cordeiro, "a resolução de toda a problemática está, assim, em saber quais as razões determinantes da forma. (...) Parece certo que a exigência de forma especial para a doação de bens imóveis não é motivada por qualquer *animus*, mas pela natureza do objeto transmitido: bem imóvel".[338]

Sem dúvida, a hipótese que, de fato, possui maior relevância prática consiste naquela em que há simulação de compra e venda de bem imóvel para camuflar doação ou vice-versa. Nesse caso, como apontado no parágrafo anterior, parece não haver impedimento para que haja o aproveitamento da forma do simulado para preservar os efeitos dissimulados tendo em vista a idêntica *ratio* a justificar a solenidade em ambos os tipos contratuais. Esse é o entendimento sonante nos tribunais brasileiros, a merecer destaque acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Marco Buzzi. Na espécie, ao analisar a validade parcial, quanto à parte que não ofendia a legítima, de doação inoficiosa dissimulada por contrato de compra e venda, entendeu-se que, tendo o negócio simulado sido celebrado por meio de escritura pública, o requisito formal da doação estava satisfeito. Assim se posicionou o relator:

---

[337] Orlando Gomes anota que "a segurança de certos negócios jurídicos exige que sejam suscetíveis de conhecimento por todos a quem interessar possam. Posto seus efeitos não se estendem a terceiros, convém que estes tenham a possibilidade de tomar conhecimento do conteúdo da declaração de venda, principalmente se pretendem realizar negócios jurídicos que só seconcluem na presunção de sólida situação patrimonial". (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 287). Ver, no mesmo sentido: "A solenidade prende-se com a publicidade de determinados actos, isto é, com o acto e o efeito de os dar a conhecer ao público. Certos negócios surtem efeitos – ou, pelo menos, efeitos plenos – quando sejam conhecidos ou cognoscíveis pelos elementos da comunidade jurídica. Tal sucede, em particular, no domínio dos direitos reais. A presença de modos formais, solenes, de celebrar negócios, facultaria essa publicidade". (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 568).

[338] CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 128.

> Partindo dessa premissa, indaga-se se referida doação poderia ser considerada válida, de modo a justificar a aplicação da regra enunciada no caput do artigo 167 do Código Civil no que concerne à validade do negócio jurídico dissimulado. Quanto à forma, como assevera o próprio recorrente e, também, consoante se depreende do acórdão recorrido e dos autos (fls. 115-121, e-STJ), o negócio jurídico formalizou-se por meio de escritura pública, satisfazendo os pressupostos do artigo 108 e 541 do Código Civil. (...) No que concerne à substância do ato, não merece acolhida o argumento deduzido pelo autor/recorrente de que "só seria válida a doação se declarado na escritura pública o animus donandi", porquanto tal conduta seria incompatível com o próprio instituto da simulação. Ora, se esta consiste justamente na declaração deliberadamente desconforme com a intenção, por óbvio que a vontade real será [no caso, o aludido animus donandi] omitida quando da formalização do negócio jurídico. Caso se entendesse em sentido diverso, a norma extraída da parte final do caput do artigo 167 do Código Civil seria inócua, pois, nos negócios jurídicos simulados, a declaração da real vontade dos contratantes jamais constará dos respectivos instrumentos; e é justamente essa a característica fundamental do instituto da simulação.[339]

Examinada a validade formal do negócio dito dissimulado exigida por lei para a manutenção de seus efeitos, adentra-se, no próximo item, na exigência de validade substancial também prevista no *caput* do artigo 167 do Código Civil.

3.2.2 Validade substancial: merecimento de tutela dos efeitos dissimulados e dos demais interesses envolvidos na simulação civil

Para além do preenchimento, pela declaração de vontade aparente, dos requisitos formais do negócio jurídico surgido após o processo de conversão do negócio simulado, para que possam ser preservados os efeitos dissimulados, a parte final do *caput* do artigo 167 do Código Civil exige também a validade substancial do negócio oculto. Tal exigência, porém, deve ser interpretada como *valoração positiva do merecimento de tutela dos efeitos dissimulados*. Significa dizer que não basta, para o intérprete, a constatação do preenchimento dos requisitos de validade do negócio dito dissimulado, isto é, partes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e observândia da forma prescrita ou não defesa em lei – questão analisada no item anterior. Fundamental ir além e verificar se, no caso concreto e à

[339] STJ, 4ª T. REsp 1.102.938/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 10.03.2015. No mesmo sentido, veja-se ementa de julgado 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - SIMULAÇÃO COMPROVADA - DOAÇÃO ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE - PARTICIPAÇÃO ATIVA DA MEEIRA - IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. - A simulação, como se bem sabe, é a declaração de vontade distinta da vontade real, em que ambas as partes concordam com o negócio, na intenção de fugir de obrigações/imperativos legais e prejudicar terceiros. - A simulação é causa de nulidade do negócio jurídico, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. - A doação entre ascendentes e descendentes é perfeitamente possível, desde que observadas às limitações legais; e a forma correta de transmissão de bens imóveis é por escritura pública. Portanto, deve subsistir o negócio noticiado nos autos". (TJMG, 13ª C.C., Apelação 5005544-08.2017.8.13.0079, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, julg. 15.04.2021).

luz dos interesses em jogo, os efeitos perseguidos pelas partes merecem tutela do ordenamento.

O merecimento de tutela, em sentido amplo, envolve as três etapas a serem analisadas, pelo intérprete, no exame de legalidade do ato jurídico, quais sejam: licitude, não abusividade e merecimento de tutela em sentido estrito. É necessário, portanto, ultrapassar as três etapas para que certo ato jurídico (*rectius*, seus efeitos) sejam merecedores de tutela.

Conforme já pontuado, quando introduzido o conceito de autonomia privada pelo direito burguês pós-revolucionário, o controle dos atos animados por esse princípio – originalmente revestido de ares de valor absoluto – dava-se exclusivamente por meio do controle prévio e estrutural do negócio. Isto é, seria válido o negócio jurídico que preenchesse todos os requisitos determinados pela lei, ao passo que, se lhe faltassem tais elementos, seria sancionado pela invalidade. Trata-se de metodologia própria daquele ordenamento liberal a que Bobbio qualifica como protetor-repressivo, quando a principal função do Estado era garantir a liberdade de atuação do homem burguês.[340]

Tal método puramente subsuntivo de controle de legalidade do ato associa-se ao conceito de ilicitude, na medida em que seria inválido o negócio que, em sua estrutura, violasse certa regra do ordenamento.[341] Assim, elaborou-se a definição clássica de legalidade, de acordo com o qual os particulares seriam livres para praticar qualquer ato que não fosse vedado pela lei; ao passo que o Estado poderia fazer apenas aquilo que lhe fosse imposto pela lei.[342] Consagrou-se, também nesse período histórico, "a metodologia de aplicação do Direito

---

[340] BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In.: *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 13.

[341] "Na maior parte dos casos, portanto, a invalidade corresponde a descumprimento estrutural ao ordenamento, inserindo-se na instância valorativa da ilicitude dos atos jurídicos". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 58).

[342] "Da maior relevância para a consolidação deste cenário foi a concepção que se convencionou denominar princípio da legalidade. De um lado, a garantia de uma legalidade oponível ao Estado contribuía para restringir seu espectro de atuação ao que determinara a vontade majoritária da classe que gozava de participação política à época – justamente, o homem burguês, sujeito de direitos. Delineava-se, nesta lógica, aquela consequência das revoluções liberais que resultaria, na célebre síntese de John Adams, em um governo de leis, e não de homens". (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; Meireles, Rose Melo Venceslau. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, pp. 93-94). Esse conceito de legalidade foi o motor para a construção da tradicional *summa divisio* entre direito público e direito privado, que, na contemporaneidade, à luz da metodologia civil-constitucional e da compreensão do ordenamento como um todo unitário, consiste numa distinção quantitativa e não qualitativa: "parece evidente que adistinção entre direito público e privado, mais que ser qualitativa, é quantitativa e determinável somente em relação a situações concretas". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 140).

calcada na interpretação literal, passiva e mecânica, a chamada 'escola da exegese', de modo a garantir a efetiva implementação da nova legislação burguesa".[343]

Já na segunda metade do século XIX e início do século XX, com o aumento da complexidade social, o direito pautato em conceitos abstratos aplicado de maneira subsuntiva e literal, próprio da *jurisprudência dos conceitos*, já se mostrava incapaz de solucionar satisfatoriamente os conflitos sociais, provocando o surgimento da chamada *jurisprudência dos interesses*. Conforme explica Larenz, para Philipp Heck, um dos próceres dessa corrente metodológica, "os preceitos legislativos (...) não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses". Nessa linha de raciocínio, "o centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os factores causais motivantes. A interpretação, reclama Heck, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei".[344] Em outros termos, o jurista, em vez de reccorer à interpretação puramente literal da lei, deve buscar uma interpretação teleológica, à busca da função e dos interesses que dada norma pretende tutelar.

Surge, nesse momento histórico, a partir de construção jurisprudencial,[345] o segundo método de análise de legalidade dos atos jurídicos, para além da licitude: o controle de abusividade. A partir da compreensão de que qualquer direito possui determinada finalidade econômica e social – isto é, pretende tutelar algum interesse –, seu exercício descolado desse fim deixa de ser tutelado pelo ordenamento jurídico por ser considerado abusivo, daí se conceituar o abuso de direito como exercício disfuncional do direito.[346] Em outras palavras, há abusividade quando, embora se mostre possível qualificar determinado ato como lícito por

---

[343] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. In: *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 56, p. 14, 2013.

[344] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad.: Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

[345] Eduardo Nunes de Souza narra o caso Clément-Bayard, julgado pela Corte de Amiens, na França, em 1913, pioneiro na aplicação da doutrina do abuso do direito e que acatou pedido formulado pelo proprietário de um hangar de dirigíveis para ver demolidas torres pontiagudas construídas pelo vizinho em seu próprio terreno, mas que aparentemente não possuía qualquer utilidade a não ser prejudicar a atividade aeronáutica naquela área. (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In.: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, abr./jun. 2012, p. 43).

[346] "Sustenta-se na atualidade a noção de abuso como uma conduta que, embora lícita, mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina.. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 345). No mesmo sentido, San Tiago Dantas leciona: "Abuso de direito é o exercício de uma atividade que, formalmente, entra nos direitos do agente, mas que está sendo exercida com um fim que não é aquele que a norma jurídica tinha em vista quando protegeu aquela atividade" (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 371).

preencher todos os requisitos estruturais exigidos pelo ordenamento, sua prática se destina a função diversa da tutelada pelo ordenamento.[347]

Finalmente, passando-se à terceira etapa da evolução metodológica do direito privado, atinge-se a chamada *jurisprudência dos valores*. Novamente na explanação de Karl Larenz, essa concepção se conecta "com o recomhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão". Como consequência da identificação de valores essenciais subjacente ao ordenamento, os autores alinhados a essa teoria defendem que "o Direito tem algo que ver com a justiça, com a conduta socioeticamente correcta" e buscam, na solução dos litígios, "a justiça do caso concreto". Em síntese, ensina Larenz que, para essa corrente metodológica, "a decisão de um litígio exige amiúde um juízo de valoração (...) ou uma ponderação de distintos interesses ou bens".[348] Diante dessa constatação, o controle de legalidade precisa dar passo além, vez que "em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre estes, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo o ato deve ser também merecedor de tutela".[349]

Nessa terceira etapa, entra em cena o controle de legalidade caracterizado pela ponderação de interesses à luz dos valores do ordenamento. Nas palavras de Gustavo Tepedino,

> a ponderação revela-se técnica de sopesamento e calibração da incidência normativa, para atuação permanente diante de interesses em conflito. O raciocínio ponderativo

---

[347] A trajetória histórica do abuso de direito, porém, não se deu em mar sereno, havendo civilistas de envergadura que se opuseram ao instituto ou tentaram limitar seu âmbito de aplicação. Dentre os negativistas, Marcel Planiol afigura-se o mais célebre, para quem "um ato jurídico não pode ser, simultaneamente, conforme ou contrário ao direito. Para ele, a expressão abuso de direito encerra uma logomaquia, uma contradição, porque ou se usa de um direito e o ato é lícito, ou dele se abusa, ultrapassandose os limites, e o ato é ilícito" (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 262). Discípulo de Planiol, Georges Ripert se sobressai dentre os subjetivistas, que reconheciam a possibilidade de exercício abusivo, mas desde que configurada a má-fé do titular com o intuito de prejudicar terceiro, aproximando-se, assim, da teoria dos atos emulativos. Sobre a teoria objetiva do abuso de direito, que reconhece abusividade sempre que houver exercício disfuncional do direito, Ripert se posiciona: "Seria perigoso ir mais longe e dizer que o juiz pode pedir contas aos homens dos motivos dos seus atos, sob o pretexto de que sendo todo o direito relativo não pode ser exercido com um fim contrário àquele para o qual foi dado ao homem". E continua, "Essa doutrina parece estar dentro da orientação que defendemos, mas na realidade não é assim. Ela tende, com efeito, a colocar todas as ações humanas sob a verificação do juiz e a exercer essa verificação, menos sobre o valor moral dos atos, que sobre o seu valor econômico e social. Tentei, noutro lugar, mostrar o perigo dessa teoria. Ela tende a destruir a ideia de direito subjetivo e esta ideia longe de ser anti-social, é indispensável à manutenção da civilização ameaçada pelo estatismo e pelo comunismo. O absolutismo do direito individual não tem nada, em si, de condenável, pois não é mais que a tradução jurídica do legítimo desejo de poderio e de liberdade" (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 190).

[348] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad.: Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 163-172.

[349] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 651.

> aplica-se sempre, diante de regras e de princípios, já que o merecimento de tutela de determinada posição jurídica depende necessariamente da análise da hipótese concreta à luz da totalidade dos vetores normativos de incidência.[350]

Essa ponderação a ser levada a efeito pelo intérprete-aplicador, de acordo com o direito civil-constitucional denomina-se *exame de merecimento de tutela em sentido estrito* e não se confunde com a ponderação desenvolvida pelos constitucionalistas e segmentada em análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[351] Conforme se tem criticado, esse método de solução de conflitos entre princípios preocupa-se em demasia com "aspectos procedimentais ou internos da ponderação" e "guiam-se predominantemente pela perspectiva da lógica forma", aproximando-se, a rigor, de uma técnica subsuntiva de aplicação de princípios.[352] Veja-se a explicação de Eduardo Nunes de Souza acerca do conceito de merecimento de tutela à luz da perspectiva civil-constitucional:

> No sentido aqui proposto, o juízo de merecimento de tutelase presta aos casos em que é preciso escolher entre duas pretensões lícitas e não abusivas, porém antagônicas. Neste caso, a solução a ser extraída da aplicação unitária do ordenamento fará prevalecer a pretensão mais consentânea com a axiologia do sistema, por promover de modo mais adequado ou mais intenso valores juridicamente mais relevantes. A outra prentensão não receberá a tutela preferencial do ordenamento, devendo ceder espaço à pretensão que se considera merecedora de tutela (na exata medida da harmonização entre as duas, podendo – devendo – merecer proteção no espaço em que não colidir com a outra). Por todos esses motivos, semelhante juízo, de delicada aplicação, depende fundamentalmente dos elementos do caso concreto.[353]

Como se nota, cada uma das etapas metodológicas do direito privado contribuiu com um mecanismo de controle de legalidade dos atos jurídicos, atribuindo-se à jurisprudência dos conceitos o exame de licitude, à jurisprudência dos interesses a análise de não abusividade e,

---

[350] TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor. *Da dogmática à efetividade do direito civil*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 33.

[351] Na lição de Luís Roberto Barroso a respeito da proporcionalidade para a doutrina constitucionalista: "A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) a necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos". (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 228-229).

[352] TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor. *Da dogmática à efetividade do direito civil*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 31.

[353] SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; Meireles, Rose Melo Venceslau. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, pp. 100-101. Nesse sentido, justifica-se a distinção conceitual entre ato ilício em sentido estrito e ato antijurídico: "Já os fatos humanos, atribuíveis ao homem, traduzem-se em fatos lícitos (valorados positivamente pela ordem jurídica) e fatos ilícitos *lato sensu* (reprovados pelo direito), que, a seu turno, se distinguem em atos ilícitos (*stricto sensu*) e atos antijurídicos (contrários ao direito, a exemplo do abuso de direito)". (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 238).

por fim, à jurisprudência dos valores o juízo de merecimento de tutela em sentido estrito. A princípio, para se considerar determinado ato merecedor de tutela em sentido amplo, faz-se necessário que seja lícito, não abusivo e merecedor de tutela em sentido estrito. Eis a concepção contemporânea de legalidade à luz da metodologia civil-constitucional.

Não se pode deixar de observar, porém, que, na contemporaneidade, a própria análise de licitude, realizada em abstrato pelo legislador, passou por processo de funcionalização. Assim, as causas de invalidade negocial, conforme já se pôde pontuar, embora consistam em típica hipótese de controle de licitude – o que poderia sugerir que lhes bastaria a aplicação subsuntiva – na realidade veiculam valores caros ao legislador que devem ser levados em consideração pelo intérprete.[354] Diante disso, Eduardo Nunes de Souza observa que as regras atinentes às invalidades negociais produzem tão-somente uma presunção de ineficácia, podendo o intérprete, no entanto, à luz do caso concreto e por meio do exame de merecimento de tutela, preservar tais efeitos desde que a solução apresentada seja devidamente fundamentada e justificada à luz dos valores do ordenamento.[355]

Dessa forma, a validade substancial a que se refere o *caput* do artigo 167 do Código Civil, necessária à preservação dos efeitos dissimulados, significa o juízo positivo de merecimento de tutela à luz do caso concreto nos termos acima descritos. Assim, para aferir se os efeitos dissimulados devem subsistir, fundamental que o intérprete-aplicador leve em conta os diversos interesses em jogo, tanto das partes quanto de eventuais terceiros afetados, e conclua que a solução que mais potencializa os valores do ordenamento consiste na preservação de tais efeitos.

Comumente, no caso da simulação civil, estarão presentes os princípios desenvolvidos até aqui no presente trabalho, a se destacar a boa-fé objetiva entre os simulantes (item 2.3.2), a tutela da confiança dos terceiros de boa-fé (item 2.4.2) e o princípio da conservação dos efeitos negociais (item 3.2). No entanto, possivelmente outros valores também terão lugar no

---

[354] "a noção de validade traduz, em última análise, um juízo valorativo (portanto, funcional e dinâmico) realizado sobre os efeitos do ato, muito embora tal juízo apenas seja deflagrado por causas, textuais ou implícitas, previstas pela lei e manifestada na estrutura (estática) do ato". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 277).

[355] "se a classificação dos atos inválidos como nulos ou anuláveis revela-se de grande valia para o intérprete, por outro lado a disciplina legalmente prevista para tais categorias deve ser apenas o início do trajeto a ser percorrido pelo julgador, a quem incumbe interpretá-las e aplicá-las à luz da totalidade do ordenamento, em sua unidade sistemático-teleológica. (...) Nesse sentido, as regras previstas pelo legislador sobre nulidade e anulabilidade parecem gerar tão somente a presunção de que certa disciplina deva ser aplicada aos efeitos do ato negocial – presunção esta que se afigura fundamental para a garantia da segurança jurídica no âmbito da autonomia privada. (...) Para que o ato inválido possa produzir efeitos, divergindo do regime que lhe confere a norma positiva, exige-se ônus argumentativo muito mais intenso, a ser levado a cabo pelo julgador à luz do caso concreto, a partir de uma análise valorativa do negócio, que leva em conta a sua função". (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 28-30).

caso concreto, como a vedação ao enriquecimento sem causa, a tutela de vulneráveis e a tutela da privacidade dos simuladores, em especial nos casos em que não houver intenção de fraudar a lei, mas apenas manter em segredo os verdadeiros efeitos dissimulados, conforme desenvolvido no item 2.3.3.

À época da vigência do Código de 1916, a tutela de vulneráveis tinha especial relevância tendo em vista a criticável redação do artigo 104 daquele diploma, já fartamente abordada.[356] A impossibilidade de um simulador alegar, em face do outro, a natureza simulatória do negócio nos casos de simulação maliciosa tornava pessoas hipossuficientes, sem acesso ao crédito, presa fácil de agiotas, que celebravam contrato de compra e venda com pacto de retrovenda para camuflar mútuo com pacto comissório.[357] Diante desse cenário de abusos, Moreira Alves explica a solução jurisprudencial desenvolvida pelo professor e desembargador Serpa Lopes para proteger os vulneráveis:

> Ele sustentava que embora o Código falasse que um simulante não podia se valer da simulação para subtrair-se aos efeitos do negócio simulado, nesse caso, tendo em vista a gravidade do vício, da nulidade decorrente de um negócio dissimulado usurário, era de admitir-se que houvesse a possibilidade dessa invocação de simulação por um simulante.[358]

O recurso à nulidade decorrente do negócio usurário e da vedação ao pacto comissório consistia em argumento legalista para afastar o óbice imposto pelo artigo 104 do Código Civil.[359] A verdadeira motivação dessa construção jurisprudencial, não resta dúvida, deveu-se à constatação da necessidade de proteção de vulneráveis vítimas da prática de agiotagem, que se viam desprotegidos pelo regime legal da simulação então vigente.[360] No regime atual, de

---

[356] "Embora a lei seja de um rigor absoluto em proibir a arguição da simulação pelos próprios simuladores, a jurisprudência tem admitido, em certos casos, tal alegação, anulando negócios simulados por iniciativa de um dos simuladores: o comparsa daquele que é, por assim dizer, o verdadeiro simulador". (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 128).

[357] Conforme se observou no item 1.3 do presente trabalho, esses negócios, a rigor, consistem em negócio fiduciário e não em simulação. Contudo, recorre-se a esse caso, pois, à época, a jusriprudência, de forma unânime, reconhecia a ocorrência de simulação.

[358] MOREIRA ALVES, José Carlos. Parte Geral do Novo Código Civil. In: *Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*, parte 1. Rio de Janeiro, 2002, p. 59.

[359] "no Código Civil de 2002, a simulação constituía causa de anulabilidade, não já de nulidade. E o artigo 104 do Código de 1916 vedava a alegação de simulação por um dos contraentes de negócio simulado com intuito de prejudicar terceiros, como no caso do pedido de anulação pelo devedor que contraiu o empréstimo dissimulado. Para contornar tais questões, o STF consolidou o entendimento, já nesta primeira fase, de que prevaleceria (não já a sanção de anulabilidade por simulação, mas) a sanção de nulidade prevista pelo artigo 765 por fraude à vedação de pacto comissório". (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 186).

[360] "Na verdade, quando uma das partes promove ação de anulação por simulação, trata-se, em geral, de caso de simulação culposa, isto é, feita com o intuito de infringir preceito de lei, mas em que o autor da ação é a parte economicamente mais fraca; é o que ocorre, por exemplo, nos muitos casos de mútuo, dissimulados em compra e venda ou em promessa de compra e venda e nos quais os direitos reais funcionam como garantia para o mutuante. (...) Em consequência, são muitas as decisões anulando, por simulação, negócios que encobriam

outro giro, encontram-se diversos julgados que, ao concluírem pela impossibilidade de preservação dos efeitos dissimulados, fundamentam tal conclusão na tutela da parte vulnerável, especialmente em relações consumeristas.[361]

Quanto à vedação ao enriquecimento sem causa, vale citar julgado do Tribunal de Justiça do Paraná que recorreu a tal princípio dessa vez para preservar os efeitos dissimulados, mesmo diante de patente violação de norma imperativa pelo negócio dito dissimulado. Na hipótese, certa empresa transferiu cheques a outra a fim de receber os valores de maneira antecipada, supostamente por meio de contrato de *factoring*, o que, a princípio, seria admitido pelo direito. [362] Contudo, no julgamento constatou-se que tais cheques não haviam sido obtidos, pela suposta faturizada, a partir de pagamentos realizados por seus clientes, afastando-o, pois, desse tipo contratual e, em segundo lugar, notou-se que a transferência dos títulos se deu *pro solvendo*, permanecendo a alienante dos créditos responsável por eventual insolvência do emissor dos cheques, o que igualmente descaracteriza o *factoring*.[363]

---

mútuos (em geral, com juros usurários e violando a proibição do pacto comissório) e, em nenhuma delas, se faz referência ao art. 104". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 93-94).

[361] Nesse sentido, há diversos julgados que reconhecem a ocorrência de simulação nos contratos denominados de empréstimo de reserva de margem consignável para cartão de crédito (RMC) e fundamentam a impossibilidade de preservação dos efeitos dissimulados na vulnerabilidade do consumidor. Nesse sentido, v. TJDFT, 1ª Turma Recursal, Recurso Inominado 0708806-75.2018.8.07.0003, Rel. Fabrício Fontoura Bezerra, julg. 11.10.2018.

[362] Na conceituação de Fran Martins, o contrato de factoring ou faturização é "aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração". (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 469). Já Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e José Carlos Jordão Pinto Dias dizem que "No contrato de factoring ocorre uma cessão de créditos provenientes de vendas ou prestação de serviços a um empresário (sociedade de fomento mercantil), com prestação cumulativa e contínua de serviços por parte deste. Essa prestação de serviços pode compreender assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber". (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; DIAS, José Carlos Jordão Pinto. Aspectos doutrinários e jurisprudenciais do contrato de faturização (*factoring*) no Brasil. In: *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2017, p. 5).

[363] "O contrato de factoring não se subsume a uma simples cessão de crédito, contendo, em si, ainda, os serviços prestados pela faturizadora de gestão de créditos e de assunção dos riscos advindos da compra dos créditos da empresa faturizada. O risco advindo dessa operação de compra de direitos creditórios, consistente justamente na eventual inadimplência do devedor/sacado, constitui elemento essencial do contrato de factoring, não podendo ser transferido à faturizada/cedente, sob pena de desnaturar a operação de fomento mercantil em exame. 2.1 A natureza do contrato de factoring, diversamente do que se dá no contrato de cessão de crédito puro, não dá margem para que os contratantes, ainda que sob o signo da autonomia de vontades que regem os contratos em geral, estipulem a responsabilidade da cedente (faturizada) pela solvência do devedor/sacado. Por consectário, a ressalva constante no art. 296 do Código Civil – in verbis: "Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor" – não tem nenhuma aplicação no contrato de factoring. 3. Ratificação do posicionamento prevalecente no âmbito desta Corte de Justiça, segundo o qual, no bojo do contrato de factoring, a faturizada/cedente não responde, em absoluto, pela insolvência dos créditos cedidos, afigurando-se nulos a disposição contratual nesse sentido e eventuais títulos de créditos emitidos com o fim de garantir a solvência dos créditos cedidos no bojo de operação de factoring, cujo risco é integral e exclusivo da faturizadora. Remanesce, contudo, a responsabilidade da faturizadora pela existência do crédito, ao tempo em que lhe cedeu (pro soluto). Divergência jurisprudencial afastada". (STJ, 3ª T., REsp 1.711.412/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 04.05.2021).

Diante de tais constatações, concluiu-se que o contrato celebrado pelas partes não poderia ser qualificado como *factoring*, mas sim como desconto bancário de títulos, espécie de mútuo cuja concessão consiste em atividade privativa de instituição financeira, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.[364] Assim, ao julgar a apelação, o tribunal reconheceu a simulação e concluiu pela impossibilidade de aproveitamento do negócio dissimulado – desconto bancário de títulos –, pois representaria afronta ao entendimento de que tal contrato poderia ser celebrado apenas com instituição financeira. Conforme se lê na ementa: "Uma vez reconhecida a simulação (desconto de título travestida de *factoring* mercantil), e tendo em vista tratar-se de prática privativa às instituições financeiras, correta a decretação da nulidade dos títulos de crédito, tal como lançado em sentença".[365]

Em sede de embargos de declaração, no entanto, conferiu-se efeitos infringentes ao recurso para alterar o acórdão anterior a fim de preservar os efeitos do contrato dito dissimulado. No segundo julgamento, em expressa aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa, restou consignado:

> em que pese não se possa reconhecer a validade do negócio jurídico celebrado entre as partes, por não se configurar efetiva operação de *factoring*, por ser vedada a operação de desconto de títulos entre as partes, é forçoso reconhecer-se a validade do negócio real realizado entre as partes, não sendo lícito deixar de se reconhecer que de rigor as partes contraíram um mútuo, porque indiscutivelmente a apelada recebeu os valores da apelante, com a obrigação de restituir o que dela recebeu, na forma do art. 586/CC, o que implica na impossibilidade de simplesmente declarar-se nulo e de nenhum efeito o negócio realizado, sob pena de se estar prestigiando uma das partes, no caso o tomador do mútuo, em detrimento do mutuante, o que levaria inexoravelmente ao enriquecimento sem causa do primeiro, o que é vedado por princípio universal de direito, o qual passou a ser positivado no Código Civil de 2002, ante a disposição expressa no seu art. 884, prevendo que: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".[366]

Interessante observar as diferentes conclusões a que chegou o tribunal. Numa primeira análise, em aplicação subsuntiva do entendimento que veda a prática de desconto de título por quem não seja instituição financeira, considerou impossível preservar os efeitos do negócio dito dissimulado. Já no julgamento dos embargos de declaração, quando incluiu na análise

---

[364] Nesse sentido, v. STJ, 3ª T., Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 1071538/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 03.02.2009: "Agravo Regimental - ação declaratória - nulidade de notas promissórias - empresa de factoring- realização de empréstimos e de desconto de títulos com garantia de direito de regresso - impossibilidade - prática privativa de instituições financeiras integrantes do sistema financeiro nacional - precedentes desta corte - incidência do enunciado n. 83 da súmula/STJ - ademais, entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório - reexame de provas - óbice do enunciado n. 7 da súmula/STJ - manutenção da decisão agravada - agravo improvido".

[365] TJPR, 17ª C.C., Apelação 0030271- 46.2015.8.16.0001, Relª. Desª. Rosana Amara Girardi Fachin, julg. 10.04.2019.

[366] TJPR, 17ª C.C., Embargos de Declaração 0030271- 46.2015.8.16.0001, Rel. Juiz Substituto em Segundo Grau Francisco Carlos Jorge, julg. 16.10.2019.

ponderativa a vedação ao enriquecimento sem causa, reconheceu que não haveria como negar eficácia ao pacto dito dissimulado.

Curioso que, para contornar a restrição quanto à legitimidade exclusiva de instituições financeiras para celebrar contrato de depósito bancário, o tribunal, nos embargos de declaração, qualificou o negócio dito dissimulado como mútuo simples, diferente do que havia feito no julgamento da apelação. Da leitura do acórdão, porém, não resta dúvida de que a razão fundamental para a modificação do julgado foi a incidência da vedação ao enriquecimento sem causa e não a mudança de entendimento acerca da qualificação do negócio dito dissimulado. Afinal, constatou-se que tornar sem efeitos o negócio jurídico seria mais prejudicial do que lhe preservar a eficácia.

Importa referir, ainda, julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que bem demonstra como a escolha, pelo intérprete, dos efeitos do negócio jurídico simulado a serem preservados se faz por meio da aplicação dialética e ponderativa dos interesses em jogo à luz dos valores do ordenamento.

Na ocasião, ponderou-se a vedação ao enriquecimento sem causa e a tutela de vulneráveis para modular os efeitos de contrato simulado. Tratava-se de relação de consumo na qual a consumidora celebrou, com instituição financeira, contrato de adesão à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, por meio do qual foi disponibilizado à apelante linha de crédito. Em primeira instância, o Juízo considerou não haver qualquer irregularidade no contrato celebrado. Em sede de apelação, porém, o tribunal reconheceu que o instrumento contratual não indicava todas as consequências, para o consumidor, da contratação em questão. Conforme reconhecido no acórdão, “não bastante a flagrante lesividade e abusividade do refinanciamento mensal da dívida, a culminar em contrato impagável, as cláusulas do contrato celebrado não apresentam a clareza necessária para uma inteira compreensão de como funciona a modalidade de cartão de crédito consignado”.

Muito embora, tecnicamente, a hipótese se aproximasse mais da lesão ou do erro, fato é que o tribunal reconheceu a ocorrência de simulação e reformou a sentença “a fim de determinar a revisão das cláusulas contratuais a fim de fazer incidir a taxa de juros compensatórios média do mercado para o negócio dissimulado (empréstimo consignado) à época da contratação”. O que releva destacar, aqui, é a ponderação realizada entre tutela do consumidor vulnerável e a vedação ao enriquecimento sem causa. Como se nota, diferentemente da primeira instância, o tribunal reconheceu a necessidade de proteção do hipossuficiente e afastou os efeitos dissimulados que violavam o direito do consumidor.

Contudo, em homenagem à vedação ao enriquecimento sem causa e ao princípio da conservação dos pactos, manteve a eficácia do contrato na extensão em que gerou proveito ao consumidor nos seguintes termos: "à vista de que a parte autora utilizou-se parcialmente do crédito concedido, o conteúdo do contrato nesse ponto deve ser mantido em prol da conservação do princípio do consensualismo e da vedação ao enriquecimento ilícito".[367]

O julgado narrado ilustra como ocorre, na prática, a ponderação dos interesses em jogo para definir, à luz das peculiaridades do caso concreto, a modulação dos efeitos negociais. Conquanto a leitura apressada do *caput* do artigo 167 do Código Civil possa fazer crer que a preservação do negócio dito dissimulado e a ineficácia do simulado se dê na lógica do tudo ou nada, isto é, afasta-se o simulado para que entre em cena o dissimulado, fato é que, na realidade, adequam-se os efeitos a fim de promover, na maior extensão possível, os valores fundamentais do ordenamento.[368] Essa constatação corrobora algumas das posições defendidas ao longo do presente trabalho, como a de que a análise de merecimento de tutela recai não sobre o ato jurídico em si, mas sim sobre seus efeitos; e, além disso, a percepção de que, na simulação, não existem dois negócios distintos, mas apenas um, o negócio simulado, cujos verdadeiros efeitos serão examinados e modulados pelo intérprete-aplicador a fim de requalificá-lo, por meio da conversão e, assim, torná-lo compatível não apenas com a verdadeira intenção das partes, mas também com os valores do ordenamento.

Vale pontuar que o juízo de merecimento de tutela dos efeitos do negócio simulado, embora esteja sempre presente e tenha muito mais relevância prática na simulação relativa, não pode ser menosprezado na simulação absoluta. Conforme visto no capítulo 2, a complexidade da simulação civil não permite restringir seus efeitos aos efeitos dissimulados, na simulação relativa, nem na completa ausência de eficácia, na simulação absoluta. Assim, sempre haverá, em qualquer espécie de simulação, outros interesses envolvidos, como o de manter em segredo o negócio oculto (item 2.3.3). Ademais, tanto na simulação relativa quanto na absoluta, interesses de terceiros podem ser prejudicados pelo ato simulado e, ainda, terceiros de boa-fé poderão adquirir direitos com base em negócio originalmente simulado. Todos esses interesses, em ambas as modalidades de simulação, deverão ser sopesados à luz dos valores do ordenamento para que o intérprete possa identificar a melhor solução para o

---

[367] TJRJ, 12ª C.C., Apelação 0048750-38.2018.8.19.0021, Rel. Des. Alcides Da Fonseca Neto, julg. 17.02.2022.

[368] O esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado". (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 14).

caso concreto. A variar o caso concreto, variará, igualmente, a ponderação a ser levada a efeito e, consequentemente, a solução vislumbrada.

Em síntese conclusiva do presente item, pode-se dizer que o artigo 167 do Código Civil, em linha com a doutrina clássica, faz parecer que a discussão eficacial na simulação civil resume-se à ineficácia do simulado e a potencial produção de efeitos pelo negócio jurídico dito dissimulado, se presentes os requisitos de substância e forma, omitindo-se, pois, a respeito da produção e modulação dos efeitos da simulação absoluta. Contudo, em primeiro lugar, mesmo na simulação relativa, não se pode satisfazer com a mera análise subsuntiva do preenchimento de pressupostos estruturais do negócio jurídico, mostrando-se essencial que o intérprete vá além e realize juízo de merecimento de tutela dos interesses em jogo para averiguar quais efeitos deverão ser preservados e quais serão afastados. Além disso, em segundo lugar, esse exame de merecimento de tutela igualmente terá lugar na simulação absoluta, pois, como visto, também nessa espécie de simulação poderá haver diversos interesses em jogo, que igualmente deverão ser valorados à luz dos princípios do ordenamento.

CONCLUSÕES

Tudo quanto o homem expõe ou exprime é uma nota à margem de um texto apagado de todo. Mais ou menos, pelo sentido da nota, tiramos o sentido que havia de ser o do texto; mas fica sempre uma dúvida, e os sentidos possíveis são muitos.

(Bernardo Soares. *Livro do Desassossego*)

A partir das análises legislativa, jurisprudencial e doutrinária realizadas ao longo deste trabalho, pretendeu-se delinear os contornos da simulação civil no direito brasileiro e, em específico, identificar suas potencialidades eficaciais, além de fornecer ao leitor fundamentação teórica para a modulação dos interesses envolvidos nos casos de simulação à luz dos princípios e valores do ordenamento. Após o percurso transcorrido, as seguintes conclusões podem ser apresentadas:

- Conceito de negócio jurídico e conceito de simulação

1- O conceito de simulação civil é predeterminado pelo conceito que se atribui a negócio jurídico. Caso se reconheça como elemento central deste instituto a vontade interior do agente, na linha das teorias subjetivas do negócio, então a simulação será caracterizada como divergência intencional entre vontade interna e vontade declarada. Se, por outro lado, identificar a declaração de vontade como o âmago do negócio jurídico, na esteira das teorias objetivas, então a simulação será caracterizada como divergência entre declaração de vontade e efeitos jurídicos.

2- A concepção de negócio jurídico mais consentânea com o estágio atual do direito, em especial com a preservação da segurança do trânsito jurídico, a função social do contrato e a boa-fé objetiva é aquela que vislumbra como seu elemento estrutural fundamental a *declaração de vontade*, embora a vontade do agente ainda tenha relevância para a validade do negócio nas hipóteses de vícios do consentimento.

3- Para além da estrutura, essencial apreender o negócio jurídico em perspectiva funcional, o que possibilidade o controle valorativo dos efeitos negociais à luz dos princípios do ordenamento. Assim, ao se aglutinar estrutura e função do negócio jurídico, a melhor definição do instituto a que se chega é aquela segundo a qual negócio jurídico consiste em *declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos merecedores de tutela pela ordem jurídica*.

4- Reconhecida a declaração de vontade como figura central da estrutura do negócio jurídico, bem como a necessidade de apreensão funcional do instituto, isto é, de seus efeitos,

para sua devida compreensão, conceitua-se simulação civil como *divergência intencional entre declaração de vontade e efeitos concretamente perseguidos pelas partes*, isto é, descompasso entre elemento estrutural e função do negócio jurídico.

- Requisitos para configuração da simulação civil

5- A doutrina clássica reconhece três requisitos essenciais à configuração da simulação, um objetivo, consistente na *divergência entre declaração e efeitos*; um subjetivo, consistente no *acordo simulatório* e decorrente do conluio existente entre os simuladores; e um teleológico, consistente no *objetivo de enganar terceiro* ou fraudar a lei. Tais requisitos estão presentes em todas as modalidades de simulação listadas no artigo 167, § 1º, do Código Civil: interposição fictícia de pessoa; declaração não verdadeira; e antedata ou pós-data.

6- Os requisitos identificados mostram-se essenciais à distinção entre simulação civil e figuras limítrofes. A divergência entre declaração e efeitos distingue a simulação da fraude contra credores e do negócio fiduciário. O acordo simulatório ou conluio aparta a simulação da reserva mental, bem como dos vícios do consentimento, nos quais a discrepância entre o declarado e o que se pretende ocorre involuntariamente.

7- O objetivo de enganar terceiro, embora sempre esteja presente na simulação, não configura requisito dotado de autonomia, pois o engano é inerente ao simulacro. Quando se diz que simulação consiste na discordância consciente entre declaração de vontade e efeitos, já se subentende que isso provoca o engano em quem observa o negócio jurídico. Sempre que se simula, engana-se.

8- Enganar não se confunde com prejudicar terceiro, por vezes o engano não pretenderá gerar prejuízo, fazendo surgir a distinção entre simulação inocente e simulação maliciosa. O Código Civil de 1916 previa regimes distintos de tratamento para a simulação a depender de seu caráter inocente ou malicioso, orientação que não foi seguida pelo Código atual, conferindo a ambas as espécies o mesmo tratamento legal: nulidade do negócio simulado. A intenção dos contratantes terá relevância apenas posteriormente, no momento do exame de merecimento de tutela dos efeitos dissimulados, que, a depender da ponderação realizada, poderão ou não ser preservados.

- Teoria unitária da simulação relativa

9- O *caput* do artigo 167 do Código Civil, seguindo a orientação da grande maioria das legislações da família romano-germânica, sugere a teoria dualista da simulação, segundo a qual existem dois negócios jurídicos na simulação relativa, um ostensivo, mas carente de

eficácia e, por isso, nulo, que consiste no negócio simulado; e outro oculto, o negócio dissimulado, mas eficaz entre as partes e, por isso, capaz de manter sua eficácia se válido for na substância e na forma.

10- A identificação, pela legislação e pela doutrina tradicional, da existência de dois negócios distintos na simulação relativa encontra raiz, em primeiro lugar, na influência do Código Civil francês, que explicou a simulação civil por meio da teoria da contradeclaração – *contre-lettre* –, contida no artigo 1.201 daquele diploma. E, em segundo lugar, na doutrina germânica tradicional, que conhecia apenas o plano da validade como mecanismo de controle de eficácia dos negócios jurídicos, de modo que, ou o negócio era válido, ou inválido, não existindo meio termo. Assim, apenas o reconhecimento de dois negócios distintos, um simulado – inválido – e um dissimulado – potencialmente válido – permitiria a manutenção de alguns efeitos pretendidos pelas partes mesmo após a verificação da simulação civil.

11- Ao se analisar, porém, a simulação civil como uma questão de eficácia e, mais precisamente, como uma questão de merecimento de tutela dos efeitos produzidos pelo negócio jurídico simulado, torna-se desnecessária qualquer construção teórica que distinga negócio simulado de negócio dissimulado. A partir dessa nova perspectiva, tem-se um único negócio cujos efeitos, por vontade deliberada das partes, não se coadunam com o que foi declarado. A solução, diante disso, não se encontra na identificação de dois negócios estruturalmente diversos, mas sim na atuação do intérprete-aplicador na busca dos efeitos essenciais realmente pretendidos pelas partes e, com isso, realizar uma interpretação corretiva daquele negócio, que, embora complexo, não deixa de representar uma única realidade negocial.

- Simulação relativa e negócio fiduciário

12- O negócio fiduciário distingue-se da simulação relativa, na medida em que, naquele instituto, não há qualquer desacordo entre declaração e efeitos. O processo desenvolve-se à luz do sol, visto que as próprias cláusulas do negócio evidenciam o escopo indireto. Os efeitos decorrem naturalmente do negócio celebrado pelas partes e a aparente incongruência entre estrutura e função explica-se em razão da utilização de certo tipo negocial para finalidades que não lhe são típicas. O estranhamento do intérprete se dá apenas por conta da inovação promovida pela autonomia privada, conquanto não haja, neste caso, verdadeira incompatibilidade entre função e estrutura, uma vez que a função só será cumprida graças e por meio da estrutura adotada.

13- Na compra e venda a preço vil não há simulação, tampouco negócio fiduciário ou indireto. A inexistência de sinalagma impossibilita a qualificação do negócio como compra e venda e o aproxima da doação. Nesse caso, não há propriamente a utilização da estrutura de negócio típico (compra e venda) para atingir finalidade que lhe é estranha (doação), pois, diante da ausência de sinalagma, sequer se pode reconhecer, ali, a estrutura da compra e venda.

- Conceito de eficácia jurídica

14- A eficácia jurídica nada mais é que a capacidade do fato de produzir vicissitudes na realidade jurídica entendidas como criação, modificação ou extinção de situações jurídica subjetivas. Essas novas – ou modificadas – situações jurídicas, em razão de sua juridicidade, devem ser observadas pelas partes daquela relação jurídica e, em caso de descumprimento, podem ser exigidas pela contraparte. Diz-se, assim, que a relação jurídica consiste no *ordenamento do caso concreto*.

- Simulação civil e autonomia privada

15- A doutrina contemporânea tem reconhecido a simulação civil como instrumento de autonomia privada à disposição dos contratantes. Com isso, diferentemente do que pode fazer crer a legislação ao cominar o negócio simulado de nulidade, os particulares podem se valer da simulação para criar efeitos jurídicos que, à luz do coso concreto e dos valores do ordenamento, poderão ou não ser merecedores de tutela.

- Categorias de efeitos em potencial da simulação civil na relação entre simuladores

16- A primeira categoria de efeitos em potencial da simulação civil vislumbrada consiste na eficácia reflexa do negócio aparente. Em muitos casos de simulação, as partes buscam alcançar os efeitos reflexos – isto é, os efeitos dos efeitos – do negócio simulado. Isso porque o instituto faz nascer uma aparência jurídica que, por vezes, autorizará o titular aparente a exercer – ou a se abster de exercer – certa situação jurídica que, diante da realidade dos fatos, não seria possível. Trata-se de artimanha para fraudar lei imperativa. Importante, no entanto, que sejam mencionados dentre os potenciais efeitos da simulação, pois, em primeiro lugar, eles ocorrerão na relação existente entre simuladores se a simulação civil jamais for descoberta; em segundo lugar, porque deverão ser considerados pelo intérprete no momento da análise de merecimento de tutela; e, em terceiro lugar, porque são eles que, em diversos

casos, justificam a prática da simulação, a configurar o que se denomina de *causa simulandi*, essencial à sua comprovação.

17- A segunda categoria de efeitos em potencial da simulação civil consiste no surgimento da obrigação de cumprir o acordo dito dissimulado. Trata-se de aplicação do princípio da *pacta sunt servanda* e exige que, na simulação relativa, o programa contratual verdadeiramente pretendido pelas partes seja por elas respeitado. Eventual descumprimento voluntário deflagrará os remédios previstos no ordenamento para o inadimplemento contratual.

18- Em paralelo à obrigação de cumprir o programa negocial efetivamente pretendido, surge a obrigação de se abster de exigir da contraparte aquilo que tem caráter meramente aparente, com esteio na boa-fé objetiva e na tutela da confiança. A violação da legítima expectativa da contraparte pela outra que exige que o cumprimento do negócio simulado, se lhe causar dano, gerará a obrigação de indenizar.

19- A terceira categoria de efeitos em potencial da simulação civil consiste no dever de manter o sigilo da simulação civil. O reconhecimento da simulação como instrumento de autonomia privada permite que as partes recorram a ele para, legitimamente, ocultar a existência ou a natureza de certa situação jurídica, fazendo surgir para as partes a legítima expectativa que a realidade dos fatos não será exposta ao público. Eventual desrespeito injustificado a esse dever de sigilo, se provocar dano à contraparte, gerará o dever de indenizar.

- Eficácia da simulação civil em relação a terceiros

20- Os terceiros afetados pela simulação civil dividem-se em terceiros prejudicados e terceiros de boa-fé que pretendem a preservação da aparência jurídica gerada pela simulação. Ao primeiro grupo, resguarda-se o direito previsto no artigo 168 do Código Civil, que atribui a qualquer interessado legitimidade para alegar judicialmente a existência de nulidade, inclusive aquela provocada pela simulação. Não há a o requisito da boa-fé para que o terceiro prejudicado possa ajuizar ação de nulidade contra o ato simulado.

21- O artigo 167, § 2º, do Código Civil, na esteira da maioria das legislações estrangeiras, tutela os terceiros de boa-fé que pretendem preservar a aparência da simulação ao estabelecer que “ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”. A razão jurídica por trás dessa posição assumida pelas legislações contemporâneas consiste na proteção da legítima expectativa daqueles que, desconhecendo a

realidade dos fatos, depositaram confiança na aparência que lhes foi apresentada, como ocorre nos casos em que terceiro adquire direito de titular aparente.

22- O § 2º do artigo 167, como corolário do princípio da tutela da aparência, consiste em verdadeira exceção à regra geral da ineficácia da venda a *non domino* para transferência da propriedade, assim como o próprio artigo 1.268 do Código Civil indica outras exceções, como os casos de venda de bem móvel "oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial". Devido à gravidade de se excetuar princípio tão essencial à preservação da segurança jurídica, imprescindível que tal previsão legal seja utilizada com parcimônia e sempre de maneira fundamentada.

23- O terceiro de boa-fé terá seu interesse preservado independentemente do caráter gratuito ou oneroso do título por meio do qual adquiriu o direito do simulador-adquirente. Esse entendimento se justifica em razão da tutela do donatário, que confiou no ingresso daquele bem em seu patrimônio e, a partir disso, fez planos à luz dessa confiança depositada. O terceiro de boa-fé, contudo, pode recorrer ao instituto para evitar um prejuízo, mas não pode se escorar no contrato aparente para obter vantagem injustificada.

24- Diferentemente da orientação adotada em outras legislações, como o Código Civil italiano, que estabeleceu regras específicas para regular eventuais conflitos entre credores e subadquirentes dos simuladores, o direito positivo brasileiro silencia a respeito da solução de eventuais conflitos entre terceiros na simulação civil. Assim, deve o intérprete, diante do caso concreto, sopesar os interesses envolvidos para que, à luz dos princípios constitucionais e dos valores que justificam a tutela desses terceiros pelo ordenamento, identificar a solução que melhor se adeque àquela situação.

- Simulação civil no contexto da renovada teoria geral das invalidades

25- O Código Civil brasileiro, no *caput* do artigo 167, estabelece expressamente a nulidade do negócio, seguindo a tradição do direito alemão e do direito português. Dessa forma, no direito pátrio, a simulação compõe o rol de causas de invalidade do negócio jurídico. Trata-se de dado normativo inafastável do qual doutrina e jurisprudência não podem se esquivar, ainda que apresentem melhores soluções para o problema da simulação.

26- A nulidade do negócio simulado, prevista na legislação, quando contrastada com as potencialidades eficaciais do instituto sempre gerou desconforto à doutrina, que elaborou diversas teorias para justificar a preservação de certos efeitos da simulação. Embora esse desconforto se verifique em todas as modalidades de invalidade negocial, intensifica-se na simulação tendo em vista as características *sui generis* que muito a afastam do regime geral

clássico das nulidades, como a eficácia do negócio simulado em relação a terceiros de boa-fé e possibilidade de preservação dos efeitos dissimulados.

27- No entanto, a constatação de que o desconforto da doutrina sobre simulação com o descompasso entre a previsão legal de nulidade do ato simulado e sua potencialidade eficacial se insere num contexto mais amplo de releitura da teoria geral as invalidades permite encarar o problema com novo olhar. Tomando-se como premissa que a invalidade, antes de representar uma mera sanção do ordenamento a um vício estrutural do negócio, compreende um mecanismo atinente ao controle de eficácia em sentido amplo do negócio jurídico, ainda que levado a efeito *a priori* pelo legislador, permite enquadrar a questão da invalidade – e, portanto, da simulação – como um problema de merecimento de tutela dos efeitos jurídicos verificados em concreto, a serem valorados luz dos princípios do ordenamento.

28- Diante da constatação de que a questão da eficácia da simulação civil deve ser resolvida por meio de juízo de merecimento de tutela, as normas a respeito da simulação civil contidas no Código Civil devem ser interpretadas de forma compatível com essa orientação. Assim, o artigo 167, § 2º, que, de maneira singela, simplesmente afirma que "ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado", deve ser interpretado de maneira principiológica, como orientação para o intérprete-aplicador levar em consideração os interesses de terceiros de boa-fé quando da ponderação, em concreto, da totalidade dos efeitos da simulação. Importante, portanto, afastar-se da técnica regulamentar, como a que guiou o legislador italiano na elaboração do artigo 1.415, § 1º, de seu Código Civil ao estabelecer, de maneira peremptória, que "a simulação não pode ser oposta pelas partes contraentes, nem pelos seus sucessores, nem pelos credores do simulador-alienante, em face do terceiro que com boa-fé tenha adquirido o direito do titular aparente, salvo se tenha havido o registro da ação de simulação".

- Conversão substancial do negócio simulado

29- A previsão legal contida na parte final do *caput* do artigo 167, a respeito da possibilidade de preservação dos efeitos dissimulados, tem fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos.

30- A doutrina clássica, assaz apegada ao formalismo da declaração de vontade e à estrutura do negócio, não enxergava a possibilidade de requalificação dos negócios jurídicos à luz dos efeitos práticos deles decorrentes, necessitando recorrer à teoria dualista para justificar a preservação dos efeitos dissimulados. Na doutrina contemporânea, no entanto, já é

amplamente reconhecido que a qualificação dos atos jurídicos se dá não por meio do *nomem iuris* atribuído pelas partes, mas, antes de tudo, pela síntese dos efeitos essenciais.

31- A manutenção dos efeitos dissimulados se explica por meio da requalificação corretiva do negócio simulado à luz dos efeitos jurídicos verdadeiramente perseguidos pelas partes. Não se trata, porém, de simples requalificação, mas sim de um tipo específico, denominado *conversão substancial*. Consiste esse instituto na alteração de qualificação do negócio com o objetivo de preservar-lhe a validade, pois, dentro do tipo em que originalmente foi enquadrado, seria inválido. Ou seja, a conversão, caracterizada como método de requalificação dos atos jurídicos, tem por função específica preservar atos inválidos ao aplicar-lhes disciplina jurídica de acordo com a qual seja possível lhes manter válidos.

32- Defender a conversão do negócio simulado não significa aplicar o artigo 170 à hipótese. Isso porque existem outras previsões legais de conversão de ato jurídico para além daquela contida no artigo 170 e a parte final do *caput* do artigo 167 consiste em mais uma delas, a prever requisitos próprios. O núcleo conceitual da conversão substancial consiste, simplesmente, na requalificação corretiva de ato jurídico inválido com o fim de preservar-lhe os efeitos. A este conceito subsume-se, sem dúvida, a previsão do artigo 167. Os demais requisitos indicados no artigo 170 do Código Civil aplicam-se exclusivamente à hipótese de conversão prevista nesse dispositivo. A doutrina observa, no entanto, que existem outros casos de conversão fora do previsto no artigo 170, possuindo esse dispositivo natureza subsidiária, a incidir sobre os casos nos quais não se aplica previsão legal específica a determinar a conversão.

- Sobre a validade formal do negócio dito dissimulado

33- A principal discussão acerca do requisito de validade formal do negócio dito dissimulado para a preservação dos efeitos ocultos consiste na possibilidade ou não de aproveitamento da forma do negócio ostensivo. Todavia, negar tal aproveitamento, em primeiro lugar, esvaziaria em demasia a utilidade prática do aproveitamento dos efeitos do negócio dissimulado nas hipóteses de negócios jurídicos formais e, em segundo lugar, também iria de encontro à concepção unitária da simulação. Esse é o entendimento jurisprudencial majoritário no Brasil.

34- Por outro lado, não se pode deixar de ponderar a necessidade de averiguação da *ratio* da forma para definir, no caso concreto, a possibilidade de aproveitamento. Com efeito, a forma do negócio jurídico não está alheia à interpretação funcional, já que a compreensão do ordenamento como um todo unitário impõe que também o estudo da forma encontre raízes na

tutela de valores constitucionalmente consagrados. Assim, se, no caso concreto, apesar do respeito à forma, a *ratio* justificadora do formalismo não for satisfeita, então o aproveitamento não será possível.

- Sobre a validade substancial para preservação dos efeitos dissimulados e demais efeitos da simulação

35- A exigência contida na parte final do *caput* do artigo 167 do Código Civil a respeito da validade substancial do negócio oculto deve ser interpretada como valoração positiva do merecimento de tutela dos efeitos dissimulados. Significa dizer que não basta, para o intérprete, a constatação do preenchimento dos requisitos de validade do negócio dito dissimulado, isto é, partes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e observândia da forma prescrita ou não defesa em lei. Fundamental ir além e verificar se, no caso concreto e à luz dos interesses em jogo, os efeitos perseguidos pelas partes merecem tutela do ordenamento.

36- O merecimento de tutela em sentido amplo envolve as três etapas a serem analisadas, pelo intérprete, no exame de legalidade do ato jurídico, quais sejam: licitude, não abusividade e merecimento de tutela em sentido estrito. É necessário, portanto, ultrapassar as três etapas para que certo ato jurídico (*rectius*, seus efeitos) sejam merecedores de tutela.

37- A análise de licitude, historicamente o primeiro mecanismo desenvolvimento pelo direito para controle dos atos de autonomia privada, associa-se ao período da jurisprudência dos conceitos e do liberalismo burguês clássico e se caracteriza pelo exame meramente estrutural e abstrato do negócio jurídico ao estabelecer requisitos sem os quais o ato seria inválido.

38- Na sequência, com a denominada jurisprudência dos interesses, adveio o primeiro mecanismo de controle funcional dos atos de autonomia privada: a análise de abusividade. A partir da compreensão de que qualquer direito possui determinada finalidade econômica e social – isto é, pretende tutelar algum interesse –, seu exercício descolado desse fim deixa de ser tutelado pelo ordenamento jurídico por ser considerado abusivo, daí se conceituar o abuso de direito como exercício disfuncional do direito.

39- Por fim, a terceira etapa da legalidade associa-se à jurisprudência dos valores e consiste no juízo de merecimento de tutela em sentido estrito. A compreensão de que o ordenamento jurídico é entremeado de valores capazes de guiar o intérprete-aplicador em sua tarefa impõe que, para se alcançar a justiça do caso concreto, não bastam atos lícitos e não

abusivos, mas que, diante de eventual conflito, opte-se pela solução que melhor concretize os valores do sistema.

40- Em paralelo, deve-se observar que, na contemporaneidade, a própria análise de licitude passou por processo de funcionalização. Assim, as causas de invalidade negocial, embora consistam em típica hipótese de controle de licitude – o que poderia sugerir que lhes bastaria a aplicação subsuntiva – na realidade veiculam valores caros ao ordenamento que devem ser levados em consideração pelo intérprete. Nesse sentido, as regras atinentes às invalidades negociais produzem tão-somente uma presunção de ineficácia, podendo o intérprete, no entanto, à luz do caso concreto e por meio do exame de merecimento de tutela, preservar tais efeitos desde que a solução apresentada seja devidamente fundamentada e justificada à luz dos valores do sistema.

41- A validade substancial a que se refere o *caput* do artigo 167 do Código Civil, necessária à preservação dos efeitos dissimulados, significa o juízo positivo de merecimento de tutela à luz do caso concreto nos termos acima descritos. Assim, para aferir se os efeitos dissimulados devem subsistir, fundamental que o intérprete-aplicador leve em conta os diversos interesses em jogo, tanto das partes quanto de eventuais terceiros afetados, e conclua que a solução que mais potencializa os valores do ordenamento consiste na preservação de tais efeitos.

- Modulação dos efeitos da simulação civil

42- Comumente, no caso da simulação civil, estarão presentes os princípios da boa-fé objetiva entre os simulantes (item 2.3.2), a tutela da confiança dos terceiros de boa-fé (item 2.4.2) e o princípio da conservação dos efeitos negociais (item 3.2). No entanto, possivelmente outros valores também terão lugar no caso concreto, como a vedação ao enriquecimento sem causa, a tutela de vulneráveis e a tutela da privacidade dos simuladores, em especial nos casos em que não houver intenção de fraudar a lei, mas apenas manter em segredo os verdadeiros efeitos dissimulados, conforme desenvolvido no item 2.3.3.

43- Conquanto a leitura apressada do *caput* do artigo 167 do Código Civil possa fazer crer que a preservação do negócio dito dissimulado e a ineficácia do simulado se dê na lógica do tudo ou nada, isto é, afasta-se o simulado para que entre em cena o dissimulado, fato é que, na realidade, adequam-se os efeitos a fim de promover, na maior extensão possível, os valores fundamentais do ordenamento.

44- O juízo de merecimento de tutela dos efeitos do negócio simulado, embora esteja sempre presente e tenha muito mais relevância prática na simulação relativa, não pode ser

menosprezado na simulação absoluta. A complexidade da simulação civil não permite restringir seus efeitos aos efeitos dissimulados, na simulação relativa, nem na completa ausência de eficácia, na simulação absoluta. Assim, sempre haverá, em qualquer espécie de simulação, outros interesses envolvidos, como o de manter em segredo o negócio oculto (item 2.3.3). Ademais, tanto na simulação relativa quanto na absoluta, interesses de terceiros podem ser prejudicados pelo ato simulado e, ainda, terceiros de boa-fé poderão adquirir direitos com base em negócio originalmente simulado. Todos esses interesses, em ambas as modalidades de simulação, deverão ser sopesados à luz dos valores do ordenamento para que o intérprete possa identificar a melhor solução para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A proteção da boa-fé subjetiva. In *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 126, junho 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estúdios constitucionales, 1997.

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; DIAS, José Carlos Jordão Pinto. Aspectos doutrinários e jurisprudenciais do contrato de faturização (*factoring*) no Brasil. In: *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no Código Civil*. São Paulo: Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. 2, 4.reimpr. Coimbra: Almedina, 1974.

ASCARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

AURICCHIO, Alberto. *A simulação nos negócios jurídicos*: premissas gerais. 1ª ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra editora, 1964.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, n. 1, 1974.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. III: Il contratto. Milão: Giuffrè, 1984.

_____. *Instituzioni di diritto privato*. Milano. Giuffrè, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremaciado interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Revista Qauestio Iuris*, vol. 1, n. 2, 2005.

BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: *Da estrutura à função*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: *Da estrutura à função*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: UnB, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____. *A causa do contrato*. In: *civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. In: *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 56, p. 14, 2013.

_____. Notas sobre a promessa de doação. In: *civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013.

_____. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla qualificação do mútuo no direito civil brasileiro. In: *Revista Forense*, vol. 309, a. 86, jan.-mar. 1990.

BRAGA, José Carlos de Souza; MAZZUCCHELLI, Frederico. Notas introdutórias ao capitalismo monopolista. In.: *Revista de Economia Política*, vol. 1, nº 2, 1981.

BUTERA, Antonio. *Della frode e della simulazione*, t. II: della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis. Torino: Unione tipográfico-editrice torinese, 1936.

CÁMARA, Héctor. *Simulación em los actos jurídicos*. 2ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, t. 2. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Npoli: Morano.

CARNELUTTI, F. Mutuo pignoratizio e vendita com clausola di riscatto. In: *Revista di Diritto Processuale*, vol. I, 19146.

CASARES, Adolfo Bioy. *Borges*. Buenos Aires: Destino, 2006.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.

CERONI, Cristina. *Autonomia privata e simulazione*. Padova: Cedam, 1990.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. Padova: CEDAM, 1997.

CIPRIANI, Nicola. La simulazione di effetti giuridici: appunti sulla fattispecie. In: RAIMO, Raffaele Di; FRANCESCA, Manolita; NAZZARO, Anna Carla (orgs.). *Percorsi di diritto civile*: studi 2009/2011. Salento: Ediziono Scientifiche Italiane.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto Salomão. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 381; ASCARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 111, 1998.

CONSTANT, Benjamin. Das Reações Políticas, capítulo 8 ("Dos princípios"). Trad. Theresa Calvet de Magalhães. In: PUENTE, Fernando Rey (org.). *Os filósofos e a mentira*. Belo Horizonte: UFMG; Departamento de Filosofia – FAFICH/UFMG, 2002.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Da simulação no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2020.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. 1. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1987/88.

_____. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

DAGOT, Michel. *La simulation em droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

_____. *Programa de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2. Bruxelles: Etablissements émile Bruylant, 1934.

DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMOLOMBE, C. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6. Paris: A. Lahure Éditeur, 1879.

DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*. Torino: Tip. Cane & Durando, 1960.

DUGUIT, León. *Las transformaciónes del derecho público y privado*. Trad.: Carlos G. Posada. Granada: Comares, 2007.

ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad.: Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil* (parte general), t. 1, v. 1. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. Blas Pérez González; José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935.

ESPINOZA, Juan Espinoza. *Acto jurídico negocial*: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial . Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Teoria geral do direito civil*, vol. 2. 5ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto. No direito tributário e à luz do novo Código Civil. In: *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, a. 8, n. 48, nov./dez. 2010.

FERREIRA, Gustavo Pinto Zardi. *A função social do contrato*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

FRITZ, Karina Nunes. Responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas Essenciais*: obrigações e contratos, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FURGIUELE, Giovanni. *Della simulazione di effetti negoziali*. Verona: CEDAM, 1992.

GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1988.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras, trad. Maria Cristina de Cicco. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 747, 1998.

GOLDENSTEIN, Gisela Taschner. Trabalho e dominação no capitalismo monopolista: um esboço de sistematização. In.: *Revista de Administração de Empresas*, vol. 26, nº 4, São Paulo, 1986.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, t. II. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016.

HIDALGO, Gonzalo Ortiz. *La simulación absoluta del negocio jurídico*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Peru. San Miguel: PUCP, 2016.

HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital*: 1848-1875. 31ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

HÖRSTER, Henrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992.

IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*, v. III. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

INGENIEROS, José. *A simulação na luta pela vida*. Salvador: Progresso, 1956.

JINESTA, Ernesto. *La simulacion en el derecho privado*. Escuela Judicial, 1990.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, t. II, vol. I. Atualizado por André Brun. Trad.: Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950.

_____. Evolução da responsabilidade civil. In. *Revista Forense*, vol. LXXXVI, a. XXXVIII, abril de 1941.

JUSTO, Antonio Santos. A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breves referências aos direitos português e brasileiro. In: *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*: derecho de obligaciones, t. VI. Oviedo: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2021.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2016.

_____. *Metafísica dos costumes*. Trad. Célia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Babtista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1.276.311. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol 50, abr./jun. 2012.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad.: Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad.: Alessandro Hirata. In: *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.

LEITÃO, Rui Diogo de Castro. *O problema da simulação*: uma solução em sede de interpretação jurídico-negocial? Dissertação de mestrado: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2015.

LENZI, Raffaele. *Il Codice Civile*: Commentario – Simulazione, arts. 1414-1417. Milano: Giuffrè, 2017.

LIMA, António Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*, vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

LIRA, Ricardo César Pereira. Considerações sobre a representação nos negócios jurídicos: a teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 1993.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. 1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7ª ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Doutrinas essenciais*: obrigações e contratos, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATTIETTO, Leonardo. Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 61, 2006.

_____. Invalidade e conservação dos negócios jurídicos. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MESSINA, Giuseppe. La simulazione assoluta. In: *Rivista di diritto commerciale*, vol. I, 1907.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, t. II. Milano: Giuffrè, 1972.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto. In: *Rumos contemporâneos de direito civil*: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In: *civilistica.com*, a. 7, n. 1, 2018.

_____. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Rumos contemporâneos do direito civil*: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barro. *Negócio jurídico*: vícios sociais. Curitiba: Juruá, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Parte Geral do Novo Código Civil. In: *Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*, parte 1. Rio de Janeiro, 2002.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. In: *Revista de Direito Privado*, v. 32, n. 628, out.-dez. 2007.

NANNI, Luca. *L'interposizione di persona*. Padova: CEDAM, 1990.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa, trad.: Bianca Tavolari. In.: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 109, 2014.

_____. *O império do direito*, trad.: Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A* suppressio (Verwirkung) *no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Fraude à lei. In: *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, 2014.

OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas: 2014.

OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional: a cláusula geral da boa-fé objetiva nas situações jurídicas obrigacionais e reais e os Enunciados 302 e 308 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, ano 24. São Paulo: RT, set.-out. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Anteprojeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Sérgio Fragoso, 1964.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. 1. 24ª ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Obrigações e contratos* – Pareceres: de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 1997.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*: introdução do direito civil-constitucional. 3ª ed. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PLANIOL, Marcel. *Tratado de derecho civil*, t. 1. Atualizado por Georges Ripert e Jean Boulanger. Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 1ere partie. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930.

PLATÃO. *A República*. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude à lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

PUECHE, José Enrique Bustos. *La doctrina de la aparencia jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999.

PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996.

_____. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. In: *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, v. 1, 1947.

PUGLIESE, Giovanni. *La simulazione nei negozi giuridici*. Padova: CEDAM, 1938.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RIPPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo: AM2.

ROMANO, Salvatore. *Contributo esegetico allo studio de la simulazione*. Milano: Giuffrè, 1955.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 17ª ed. Salvador: JvsPodvum, 2019.

RUBINO, Dominico. *El Negócio Juridico Indireto*. Trad.: L. Rodriguez-Arias. Madri: Editorial Revista de Derecho Priavo, 1953.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

RUIZ, Luis Sergio Parraguez. *El negocio jurídico simulado*. Universidade de Salamanca: tese de doutorado, 2012.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista práico*, vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*, v. 2. Coimbra: Mário da Silva e Souza, 1955.

_____. *A simulação em direito civil*, v.1. Coimbra: Mário da Silva e Souza, 1955.

SAVATIER, René. *Les metamorphoses ecónomique et sociale du droit civil d'aujourd'hui*. 2ª ed. Paris: Librairie Dalloz, 1952.

SAVIGNY, F. C. von. *Traité de droit romain*. Tome 1. Paris: Firmin Didot Frères, 1840.

_____. *Traité de droit romain*. Tome 3. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1843, p. 277.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico*: crítiva das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 78, jun. 2017.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo*: aspectos materiais e processuais. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

SIMÕES, André Barbosa Guanaes. *Os efeitos da simulação*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In.: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, abr./jun. 2012.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. In*: Revista de Direito Privado*, n. 54, 2013.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; Meireles, Rose Melo Venceslau. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017.

TAJEDA, Eduardo Niño. La simulacion. In: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, 1991-1992.

TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor. *Da dogmática à efetividade do direito civil*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol 1, jul./set. 2014.

_____. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (coords.). *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Nota Promissória e sua Autonomia, in: *Soluções Práticas*, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In. *Temas de direito civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil*, vol. 5. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos do negócio jurídico no novo Código Civil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, 2001.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOBÍAS, José W. Ineficacia e invalidez en los atos jurídicos. In: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Javier Hernán (coords.). *Instituciones de derecho privado moderno*: problemas y propuestas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 17ª ed. Milão: Giuffrè, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VÁSQUEZ, Pablo Adrés Garcés. Formas de manifestación del consentimiento y su eventual tergiversación: la simulación. In: *Nuovo Derecho*, vol. 10, n. 15, jul.-dez. 2014.

VON TUHR, A. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán, vol. II. Trad.: Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*, vol I: introdução e parte geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WILLCOX, Victor. O princípio da conservação do negócio jurídico no temperamento das patologias. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2022.