

01

A SIMULAÇÃO NOS VINTE ANOS DE CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A SUA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Palavras-chave

Direito Civil. Direito Contratual. Simulação. Nulidade absoluta.

Flávio Tartuce

Pós-Doutor e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual em São Paulo (IBDCONTSP). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAMSP). Conselheiro seccional da OABSP e Diretor da ESAOABSP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

Resumo

Este artigo pretende analisar o instituto da simulação, com grande incidência para os contratos, e sua aplicação prática no âmbito da jurisprudência superior brasileira, nos mais de vinte anos de vigência do Código Civil de 2002. Assim, há uma abordagem do seu conceito e do seu novo tratamento na codificação privada em vigor, como causa de nulidade absoluta dos negócios jurídicos. Traz, ainda, o estudo da sua classificação em nulidade e relativa e a viabilidade de uma parte alegar a sua presença em face da outra. Por fim, o trabalho aborda o enquadramento do instituto da reserva mental, com reduzida incidência prática no Brasil, como simulação.

1. O NOVO TRATAMENTO DA SIMULAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como é notório, a simulação recebeu um novo tratamento pelo Código Civil de 2002, no seu art. 167, o que vem sendo amplamente debatido pela civilística nacional e aplicado pela nossa melhor jurisprudência nesses já mais de vinte anos de vigência da codificação privada. Trata-se de um clássico instituto jurídico com grande repercussão para os contratos em geral.

A primeira dúvida que existe em relação ao instituto é se ele constitui um vício social do negócio jurídico ou causa para a sua nulidade absoluta. A primeira dúvida que existe em relação ao instituto é se ele constitui um vício social do negócio jurídico ou causa para a sua nulidade absoluta. Como primeira corrente, entendendo que a simulação ainda continua sendo um vício social do negócio jurídico, podem se citados Maria Helena Diniz,¹ Sílvio de Salvo Venosa² e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.³

Não se justifica a mudança de seu enquadramento só pelo fato de o instituto não estar inserido no capítulo da Parte Geral que trata dos vícios ou defeitos do negócio jurídico (arts. 138 a 165 do Código Civil de 2002). A sua conceituação, como se verá, continua sendo de um vício social, até porque repercute na ordem pública, diante da correspondente nulidade absoluta do negócio jurídico

Entretanto, essa conclusão está longe de ser pacífica. A título de exemplo, , Inácio de Carvalho Neto,⁴

1 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 187.

3 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 402.

4 CARVALHO NETO, Inácio de. **Curso de direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, v. I, p. 433, 2006.

Paulo Lôbo⁵ e Francisco Amaral⁶ entendem que a simulação deixou de ser um vício social do negócio jurídico. Para o último doutrinador, a simulação acaba “resultando da incompatibilidade entre esta e a finalidade prática desejada concretamente pelas partes, que desejariam, na verdade, atingir o objetivo diverso da função típica do negócio”.⁷ Assim, aduz que a simulação atinge a *causa negoti*al.

Seja como for, como ponto fulcral para este texto, a realidade é que a simulação não gera mais a nulidade relativa ou a anulabilidade do negócio jurídico, como estava previsto na codificação privada anterior. Consoante o art. 147, inc. II, do Código Civil de 1916, seria anulável o ato jurídico “por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113)”. Além disso, a norma anterior consagrava, em seu art. 178, § 9º, inc. V, letra *b*, um prazo decadencial de quatro anos para a correspondente ação anulatória do ato jurídico, a contar do “do dia em que se realizar o ato ou o contrato”.

Na vigente codificação privada, o art. 167, *caput*, do Código Civil é peremptório ao prever que “é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”. A hipótese é de *nulidade textual*, pois a lei prevê expressamente a nulidade absoluta do negócio jurídico, conforme o art. 166, inc. VII, primeira parte, da codificação privada.

A opção pela nulidade absoluta é clara também pelo fato de o seu art. 171, inc. II, não mais elencar a simulação ao lado de outros vícios do negócio jurídico, como hipótese de nulidade relativa.⁸ Ademais, não

5 LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

6 AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 531.

7 AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 531.

8 CC/2002. “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...). II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

há mais previsão de incidência do prazo decadencial de quatro anos para a ação anulatória, novamente pela falta de menção no art. 178 do CC/2002.⁹ Nesse contexto, sigo a ideia de não aplicação de qualquer prazo para a correspondente ação declaratória de nulidade absoluta em decorrência da simulação. Tenho afirmado, na linha da melhor doutrina, que a simulação passou a ser relacionada a normas cogentes, ou de ordem pública.

2. CONCEITO DE SIMULAÇÃO, AS POSSIBILIDADES DE SUA ALEGAÇÃO E SITUAÇÕES CONCRETAS DE SEU ENQUADRAMENTO

Na simulação há um desacordo entre a vontade declarada ou manifestada e a vontade interna. Em suma, há uma discrepância entre a vontade e a declaração; entre a *essência* e a *aparência*. Tem-se o “parece, mas não é”. Exatamente nesse sentido, como está na clássica obra de Caio Mário da Silva Pereira, “consiste a simulação em celebrar-se um ato que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir”.¹⁰ Ou, como sempre afirmou Orlando Gomes, “a simulação existe quando em um contrato se verifica, para enganar a terceiro, intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelas partes. Com a simulação, visa-se a alcançar fim contrário à lei”.¹¹

9 CC/2002. “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. Atualizadora e colaboradora: Maria Celina Bodin de Moraes. 34. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 543.

11 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito. atualizadora: Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 305

Na simulação, as duas partes contratantes estão combinadas e objetivam iludir terceiros. Como se percebe, há um vício de repercussão social, equiparável à fraude contra credores, mas que gera a nulidade absoluta e não a mera anulabilidade ou nulidade relativa do negócio celebrado, conforme a inovação constante do antes transcrito art. 167, *caput*, do vigente Código Civil. A presença do vício social, atrelado a nulidade absoluta, justifica plenamente a tão citada correlação com normas cogentes ou de ordem pública quando houver o vício da simulação.

Anteriormente, a simulação somente viciava o negócio jurídico quando houvesse clara intenção de prejudicar terceiros, objetivando o enriquecimento sem causa. Mas esse entendimento não pode mais prevalecer, na minha opinião doutrinária. Segundo o Enunciado n. 152, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, “toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”. Dessa forma, reputo que não tem mais qualquer repercussão prática a classificação anterior de *simulação maliciosa* e *inocente*, a última tida anteriormente como aquela que não trazia a intenção de prejudicar terceiros. Em havendo simulação de qualquer espécie, o ato é nulo de pleno direito, por atentar contra a ordem pública, como vício social.

Apesar de esse entendimento ter prevalecido na *III Jornada de Direito Civil* está longe de ser pacífico. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a simulação inocente não pode nulificar o negócio jurídico, pois, “não havendo intenção de prejudicar a terceiros ou mesmo de violar a lei, não parece produtora invalidar o negócio jurídico”.¹² No mesmo sentido pensa Sílvia de Salvo Venosa, para quem “a

12 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil. Teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 427.

simulação inocente, enquanto tal, não leva à anulabilidade do ato porque não traz prejuízo a terceiros. O ordenamento não a considera defeito”.¹³

Com o devido respeito aos ilustres juristas e professores, penso de forma contrária, pois na simulação a causa da nulidade está relacionada com a repercussão social condenável do ato, e não com a intenção das partes. A presunção de dano social, em suma, faz-se presente na simulação.

Em reforço, anote-se que o atual Código Civil não reproduziu o art. 103 do Código Civil de 1916, segundo o qual a simulação não se consideraria defeito quando não houvesse intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei. Esta é outra razão para dizer que não há que se falar mais em *simulação inocente*. Esse entendimento é confirmado, entre outros, pelo saudoso Zeno Veloso, para quem “o Código Civil de 2002 não repetiu o preceito, não traz essa ressalva. Seja inocente ou maliciosa, a simulação é sempre causa de nulidade do negócio jurídico”.¹⁴ Assim, está totalmente justificado, do ponto de vista técnico, o teor do Enunciado n. 152, da *III Jornada de Direito Civil*.

Em todos os casos, não há a necessidade de uma ação específica para se declarar nulo o ato ou o negócio jurídico simulado. Assim, cabe o seu reconhecimento incidental e de ofício pelo juiz em demanda que trate de outro objeto. Nesse sentido, na *VII Jornada de Direito Civil*, realizada em 2015, aprovou-se proposta estabelecendo que a simulação prescinde de alegação de ação própria, o que contou com o nosso apoio quando da plenária final do evento (Enunciado n. 578).

13 VENOSA, Sílvia de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 190.

14 VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 92.

Conforme as suas corretas justificativas, a simulação pode inclusive ser alegada em sede de embargos de terceiro:

“Com o advento do Código Civil de 2002 e o fortalecimento do princípio da boa-fé nas relações jurídicas, o ‘vício social’ da simulação passou a receber tratamento jurídico distinto daquele conferido aos demais vícios do negócio jurídico. Diferentemente das consequências impostas aos negócios jurídicos que contenham os vícios do erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, os quais podem ensejar a anulação do negócio (arts. 171, II, 177 e 182, CC), no caso do negócio jurídico simulado, a consequência será a de nulidade (arts. 167, 166, VII, 168 e 169, CC). Ocorre que ainda tem sido frequente, no âmbito dos tribunais, aplicar-se à simulação tratamento jurídico análogo àquele conferido à fraude contra credores, invocando-se, inclusive, a Súmula 195 do STJ (editada em 1997). (...). Assim, tratando-se de hipótese que gera a nulidade absoluta do negócio, aplica-se o disposto nos artigos 168, *caput* e parágrafo único, e 169 do mesmo diploma legal, os quais estabelecem, inclusive, que o juiz deverá se pronunciar a respeito de hipótese de nulidade ‘quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas’, pronunciando-se, portanto, de ofício”.

De todo modo, para o conhecimento da simulação de ofício, há a necessidade de oitiva das partes, diante da vedação das *decisões-surpresa*, introduzida no vigente Código de Processo Civil, em prol do contraditório e da boa-fé objetiva processual. Nos termos do art. 10 do Estatuto Processual de 2015, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Para encerrar o tópico, é interessante expor os casos concretos em que geralmente se tem o enquadramento da simulação. Na realidade portuguesa, como explica José de Oliveira Ascensão, é frequente a prática de negócios simulados e “são hipóteses socialmente típicas: 1) A fraude fiscal, pela qual se declara um valor inferior ao real para diminuir as percepções tributárias. 2) A fraude contra os credores, pela qual o devedor finge dispor dos seus bens para evitar que, em caso de inadimplência, os credores os possam penhorar. 3) A fraude contra os preferentes, pela qual se declara um valor superior ao real para evitar que um terceiro venha preferir. 4) A alienação de partes sociais a testas de ferro, que permite aparentar pluralidade de sócios nas sociedade”.¹⁵

Já na realidade brasileira, Orlando Gomes aponta os seguintes casos típicos: a) celebrar um contrato oneroso para mascarar um contrato gratuito; uma venda para disfarçar uma doação; b) estipular um contrato com uma pessoa que não é a parte verdadeira, como doar à concubina figurando outrem como doatário; c) atribuir a um contrato outro nomen juris para fraudar o Fisco, ou declarar dados falsos; d) fraudar os credores fingindo alienar um bem”.¹⁶

Observa-se que as situações usuais são próximas, na realidade portuguesa e na brasileira, sendo certo que este breve texto trará outras situações concretas em que a simulação se faz presente.

3. DA CLASSIFICAÇÃO DA SIMULAÇÃO EM ABSOLUTA E RELATIVA

Sem prejuízo da regra do seu *caput*, a respeito do reconhecimento da nulidade absoluta do negócio jurídico, o art. 167, § 1.º, do Código Civil de 2002, em seus três incisos, consagra situações em que pode ocorrer a simulação.

15 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Vol. 2. Ações e Fatos Jurídicos. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, .

16 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito. atualizadora: Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 302.

De início, há a previsão de negócios jurídicos que visam a conferir ou a transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem, presente a *simulação subjetiva*. Têm-se, popularmente, os negócios jurídicos celebrados com *testas de ferro, laranjas, cítricos, homens de palha ou espantalhos*. Melhor tecnicamente, há o negócio jurídico celebrado com *interposta pessoa*, ou seja, aquele que não é o verdadeiro negociante.

Seguindo há que se reconhecer a simulação de negócios que contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, modalidade de *simulação objetiva*, em que a discrepância se faz presente no objeto do negócio jurídico. Cite-se, sem prejuízo dos exemplos antes ventilados, a hipótese de contrato de prestação de serviços celebrado para esconder uma relação de emprego submetida às normas trabalhistas da CLT, o que igualmente é tão comum em nosso País.

Por fim, com certo rigor, reconhece-se a simulação de negócios jurídicos cujos instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados, outra hipótese de *simulação objetiva*. Nesse contexto, qualquer instrumento particular ou contrato celebrado entre partes privadas com data errada pode ser considerado nulo por simulação.

Sem prejuízo desses casos, em outros a simulação pode estar presente todas as vezes em que houver uma disparidade entre a vontade manifestada e a vontade oculta. Isso faz com que o rol previsto no art. 167 do Código Civil seja meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*).

De todo modo, não se pode esquecer que o § 2.º do mesmo comando codificado ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado, mantendo relação direta com o princípio da boa-fé objetiva. Traz esse precei-

to a *inoponibilidade do negócio simulado frente a terceiros de boa-fé*, regra que não existia no Código Civil de 1916, e que veio em boa hora, afim de facilitar o tráfico jurídico e a circulação de bens e negócios, tão caros ao Direito Privado.

Interpretando esse dispositivo, pode-se dizer que o princípio da boa-fé objetiva envolve ordem pública, a exemplo do que ocorre com a função social do contrato, pois nos termos do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Isso porque, como reafirmado neste artigo, o ato ou negócio jurídico simulado é nulo, envolvendo ordem pública, sendo o caso de nulidade absoluta. Ora, para que o ato seja válido perante terceiros de boa-fé, a boa-fé objetiva deve também ser um preceito de ordem pública. Pois se assim não fosse, não poderia a boa-fé *vencer* o ato ou negócio jurídico simulado.

O art. 167, §2º, do Código Civil em vigor, além da boa-fé objetiva, também é consagrador da ideia de conservação do negócio jurídico, o que é retirado de outros tantos comandos da codificação privada em vigor. E, nos vinte anos de sua vigência, estar-se-á estabelecendo uma ligação direta entre essa preservação da autonomia privada e a citada função social do contrato. Por toda a doutrina que assim o reconhece, cito o Enunciado n. 22, aprovado na *I Jornada de Direito Civil, in verbis*: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Pois bem, tendo em vista o teor do art. 167 do Código Civil, e os entendimentos doutrinários de todos

os autores citados neste texto, a simulação pode ser classificada em *absoluta* e *relativa*.

Na *simulação absoluta* há situação em que na aparência se tem determinado negócio, mas na essência a parte não deseja negócio algum. Como exemplo, ilustre-se a situação em que um pai doa imóvel para filho, com o devido registro no Cartório de Registro de Imóveis, mas continua usufruindo dele, exercendo os poderes do domínio sobre a coisa. Mesmo o ato sendo praticado com intuito de fraude contra credores, prevalece a simulação, por envolver ordem pública, sendo nulo de pleno direito. Advirto, contudo, que não me filio ao entendimento de que nesse caso haveria a inexistência do negócio jurídico praticado, pois não sou adepto da *teoria da inexistência*.

Na *simulação relativa*, por sua vez, o negociante celebra um ato na aparência (*negócio simulado*), mas na essência almeja um outro negócio (*dissimulado*), conforme muitos dos exemplos aqui já citados. Essa é a hipótese tratada expressamente pelo art. 167 do Código Civil. Essa modalidade, mais comum de ocorrer na prática, pode ser subclassificada em duas categorias.

Na *simulação relativa subjetiva*, o vício social atinge o elemento subjetivo do negócio, pessoa com que este é celebrado, exatamente como previsto no antes analisado art. 167, § 1.º, inc. I, do Código Privado de 2002. A parte celebra o negócio com uma parte na aparência, mas com outra na essência, entrando no negócio a figura do *testa de ferro, laranja ou homem de palha*, que muitas vezes substitui somente de fato aquela pessoa que realmente celebra o negócio jurídico ou contrato.

Já na *simulação relativa objetiva* o vício social atinge o elemento objetivo do negócio jurídico celebrado, o seu conteúdo, conforme os incisos II e III do

mesmo comando, igualmente aqui expostos. Celebra-se um negócio jurídico, mas na realidade há uma outra figura obrigacional, sendo mascarados os seus elementos verdadeiros. Como outra ilustração, aqui antes ventilada, para burlar o fisco, determinada pessoa celebra um contrato de comodato de determinado imóvel, cobrando aluguel do comodatário. Na aparência, há um contrato de empréstimo, mas na essência, trata-se de uma locação.

Como foi destacado, o art. 167, *caput*, do CC/2002 reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, mas prevê que subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. O dispositivo trata da *simulação relativa*, aquela em que, na aparência, há um negócio; e na essência, outro. Dessa maneira, percebe-se na simulação relativa dois negócios: um aparente (*simulado*) e um escondido (*dissimulado*). Eventualmente, esse *negócio camuflado* pode ser tido como válido, no caso de simulação relativa. Segundo o Enunciado n. 153 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, “na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízo a terceiros”.

Completando, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 293, pelo qual “na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele”. Para exemplificar, ilustre-se mais uma vez com o comum caso em que um proprietário cede um imóvel a outrem celebrando, na aparência, um contrato de comodato. Mas, *por detrás dos panos* é cobrado aluguel, havendo uma locação.

Aplicando a regra comentada e o teor do enunciado doutrinário em estudo, o comodato é inválido, mas a locação é válida, desde que não ofenda a lei ou os direitos de terceiros e tenha todos os requisitos de validade, previstos no art. 104 do Código Civil: a) partes capazes, b) objeto lícito, possível e ao menos determinável; e c) forma prescrita e não defesa em lei. Mais uma vez, com esse entendimento, há a busca pela conservação negocial, pela manutenção da autonomia privada.

Em todos os casos, não importa mais a diferenciação acima construída e sem prejuízo de outras teses defendidas pela doutrina, o negócio celebrado é nulo, pelo fato de a simulação envolver preceitos de ordem pública. Dessa forma, é forçoso concluir que a classificação apontada perde a sua importância prática. Pelo sistema anterior, considerava-se a simulação relativa como causa de anulabilidade ou nulidade relativa, e a simulação absoluta, de nulidade absoluta.

4. DA POSSIBILIDADE DE UMA PARTE ALEGAR A SIMULAÇÃO EM FACE DA OUTRA.

Outro tema de grande relevância a respeito da simulação nos mais de vinte anos de vigência do Código Civil está relacionado à possibilidade de a parte que participou do negócio jurídico alegar a presença desse vício social contra a outra. Nesse campo, na jurisprudência, enorme foi a contribuição do Ministro Paulo Dias Moura Ribeiro em julgados por ele relatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Desde o início de vigência do Código Civil de 2002 sempre sustentei que a simulação pode ser sim alegada por terceiros que não fazem parte do negócio, mas também por uma parte contra a outra, conforme reconhece o Enunciado n. 294 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *IV Jornada de Direito*

Civil, em 2006. Nos seus termos, “sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra”.

Assim, fica superada a regra que constava do art. 104 do Código Civil de 1916, segundo a qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. Não foi sem razão que o Código Civil de 2002 não a reproduziu, sendo certo que a regra não mais tem incidência, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública; a prevalecer inclusive sobre eventual alegação da presença de um comportamento contraditório da parte que alega a simulação, mesmo tendo participado do ato. Em outras palavras, a nulidade absoluta relativa à simulação prevalece sobre o *venire contra factum proprium non potest*.

Como primeiro julgado de destaque relatado pelo Ministro Moura Ribeiro, esse entendimento foi adotado pela Terceira Turma do STJ, citando o enunciado e a minha posição doutrinária. Conforme trecho da sua ementa, que merece destaque:

“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 (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina. O negócio jurídico simulado é nulo e consequentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02)” (STJ, REsp 1.501.640/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 27.11.2018, *REPDJe* 07.12.2018, *DJe* 06.12.2018).

Em 2021, surgiu outro acórdão no mesmo sentido, envolvendo a compra e venda do famoso quadro “A Caipirinha”, da artista Tarsila do Amaral e mesma relatoria. Como nele consta, “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” (STJ, REsp n. 1.927.496/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/4/2021, *DJe* de 5/5/2021). O *decisum* igualmente reconhece a viabilidade jurídica de a parte que participou do negócio alegar a simulação contra a outra parte, sempre ressalvados os direitos de terceiros, na forma do previsto no art. 167, §2º, da vigente codificação privada.

Como último julgado a se destacar, a simulação foi reconhecida em caso em que foi operada em detrimento da partilha de bens. Houve a efetivação de negócios jurídicos considerados como “de fachada”, para os fins de se prejudicar credores do grupo empresarial e familiar devedor. Nos termos da relatoria do Ministro Moura Ribeiro, que cita a tese do capitalismo humanista, da qual é adepto, “o capital precisa ter alma, cheiro bom, perfume e ser humanista com a dignidade que lhe é inerente”. Ademais, sobre a simulação, afirma-se que é “causa de nulidade (não de anulabilidade), do negócio jurídico e, dessa forma, como regra de ordem pública que é, pode ser declarada até mesmo de ofício pelo juiz da causa (art. 168, parágrafo único, do CC/02). (...)”. Nesse sentido, o art. 167 do CC/02 é claro ao prescrever que é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dis-

simulou, se válido for na substância e na forma. (...). Enunciado n.º 294 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal pontuou que sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra. (...)”. (STJ, REsp n. 1.969.648/DF, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

A tese que ora de debate deve ser confrontada com a tramitação e entrada em vigor da *Lei da Liberdade Econômica* (Lei n. 13.874/2019), que tem incidência restrita para os contratos paritários, sobretudo os de natureza empresarial. Trata-se de uma das normas mais debatidas nos últimos anos em nosso País e que trouxe importantes impactos para o Direito Privado Brasileiro.

Pois bem, um dos dispositivos mais criticados da Medida Provisória n. 881 – que depois foi convertida na citada norma –, era o inciso VIII do seu art. 3.º, ao expressar que constituiria direito de toda pessoa, natural ou jurídica, essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, “ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato”.

Em suma, percebia-se uma valorização excessiva da vontade individual, o que afastaria até a possibilidade de alegação de normas de ordem pública de uma parte sobre a outra nos negócios jurídicos tidos como *empresariais*. Assim, caso convertida a regra

em norma jurídica, cairia por terra a tese que aqui se defende e aplicada pelo Ministro Moura Ribeiro.

A principal razão da crítica à previsão anterior dizia respeito à constatação de que muitos desses negócios são de adesão, com conteúdo imposto por uma das partes e sem margem de negociação e estipulação do conteúdo da avença. Sabe-se que a grande maioria dos contratos civis enquadra-se nessas situações, inclusive alguns negócios empresariais, podendo ser citadas, apenas para ilustrar, a locação imobiliária não residencial, com intuito comercial; a locação em *shopping center* ou em centros de compras (*box*); a representação comercial; a agência; a distribuição e a franquia. Como já apontava em textos anteriores sobre a Medida Provisória, por esse comando, uma parte, inclusive o aderente, não poderia fazer uso de normas de ordem pública que poderiam lhe socorrer contra abusos contratuais praticados pelo outro negociante.

Tal problema foi muito bem observado na audiência pública realizada no Congresso Nacional em 21 de junho de 2019, para debate da conversão da Medida Provisória n. 881 em lei, pelo Professor Rodrigo Xavier Leonardo, que citou o exemplo da inclusão em contrato de regra contratual relativa à prescrição diversa da lei, em afronta ao art. 192 do Código Civil, e que não poderia ser alegada pela parte que a introduziu, caso essa mudança legislativa fosse efetivada.¹⁷

Ainda sobre a questão central da mudança do texto, como também já anotava em artigos anteriores que escrevi, se o objetivo da Medida Provisória foi o de tutelar o pequeno empresário, nesse ponto a projeção distanciava-se dos seus objetivos, pois poderiam prevalecer os interesses de grandes empresas perante os aderentes contratuais, por exemplo. No-

¹⁷ Consoante o art. 192 do Código Civil de 2002, “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

ta-se que a regra anterior não diferenciava contratos empresariais paritários e de adesão. Adotando essa nossa posição, o Senador Rodrigo Pacheco sugeriu a supressão da regra, por meio da Emenda n. 169, cuja redação principal era a seguinte:

“Suprima-se o inciso VIII do art. 3.º da Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019. JUSTIFICAÇÃO. A Medida Provisória n. 811, de 2019, que institui a ‘Declaração de Direitos de Liberdade Econômica’, promove mudanças importantes no Direito Privado. Por isso, ela já despertou várias dúvidas e inquietações entre os mais respeitados juristas da contemporaneidade, caso de Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Pablo Stolze Gagliano. Além do mais, tivemos a oportunidade de ouvir o Professor Flávio Tartuce, que, após diálogo com outros dos maiores civilistas brasileiros da atualidade, apontou alguns aspectos técnicos e de mérito que estão a respaldar esta emenda e outras emendas que ora apresentamos”.

Destaco que, no total, foram vinte e três as emendas propostas pelo Senador Pacheco, após ouvir as nossas sugestões, minhas e dos juristas citados acima. Sobre essa emenda, especificamente, acabou por ser adotada outra solução, intermediária, qual seja a de um aperfeiçoamento legislativo, com um novo texto.

Conforme a sua redação atual, muito melhor do que a anterior e contando com o meu apoio quanto ao seu objeto, constitui direito de toda pessoa, natural ou jurídica, para a concretização da liberdade econômica, (...) ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública (art. 3.º, inc. VIII, da Lei n. 13.874/2019).

Pela norma em vigor, uma excessiva valorização do clausulado e da força obrigatória da convenção passa a atingir expressamente os negócios empresariais paritários, o que já vinha ocorrendo no plano da jurisprudência superior. Fala-se, assim, em *intervenção mínima* em tais negócios jurídicos, como passou a prever o art. 421, parágrafo único, do Código Civil, também incluído pela Lei da Liberdade Econômica: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

A exceção de proteção feita ao *pacta sunt servanda* diz respeito justamente a normas de ordem pública, que podem mitigá-lo ou relativizá-lo, o que há tempos é defendido por civilistas de gerações diversas, inclusive por mim. Na verdade, pode-se dizer que a ideia de autonomia privada – de valorização do direito de autorregulamentação contratual, sempre com respeito às normas de ordem pública – acabou por ser positivada nesse art. 3.º, inc. VIII, da Lei da Liberdade Econômica.

Em suma, se não houve a supressão total desse “problemático dispositivo”, pelo menos a sua redação ficou de acordo com a correta aplicação da ideia de autonomia privada, sem trazer grandes inovações com repercussões práticas diretas a respeito daquilo que se concebia anteriormente sobre esse importante princípio contratual.

Assim, penso eu, fica mantida a possibilidade de a parte que participou do negócio jurídico simulado alegar-lo contra a outra, entendimento que me parece ser o majoritário hoje, não só na doutrina como na jurisprudência superior, com destaque para os acórdãos relatados pelo Ministro Paulo Dias Moura Ribeiro.

5. DO ENQUADRAMENTO DA RESERVA MENTAL COMO HIPÓTESE DE SIMULAÇÃO.

A encerrar este artigo, algumas palavras devem ser ditas a respeito da categoria da *reserva mental* e o seu enquadramento como simulação na realidade jurídica brasileira.

Tenho entendido que a *reserva mental ou reticência essencial*, prevista no art. 110 do Código Civil de 2002, quando ilícita e conhecida do destinatário, é vício social similar à simulação absoluta gerando a nulidade do negócio jurídico. Consoante esse dispositivo, com redação de difícil compreensão por muito, “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”. Destaque-se que não havia dispositivo semelhante na codificação anterior, de 1916.

Como anotam e definem Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, “entende-se por reserva mental a emissão intencional de uma declaração não querida em seu conteúdo. Se o declarante diz o que não pretende e o destinatário não sabia que o declarante estava blefando, subsiste o ato. Na hipótese inversa, quando o destinatário conhecia o blefe, é óbvio que não poderia subsistir o ato, uma vez que ambas as partes estavam sabendo que não havia intenção de produzir efeitos jurídicos. O destinatário não se enganou, logo não poderia querer obrigar declarante, quando sabia que aquela não era a sua manifestação de vontade”.¹⁸ Na mesma linha, ensina Anderson Schreiber que “o negócio jurídico consiste, essencialmente, em uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos legais. Caso a declaração não corresponda ao efetivo conteúdo da vontade do agente, que propositalmente subtrai sua real

18 ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado**. São Paulo: Método, 2005. p. 82.

intenção do conhecimento da contraparte, configura-se a reserva mental ou reticência”.¹⁹

Resumindo, a reserva mental opera de dois modos, a depender da situação concreta. e a outra parte dela não tem conhecimento da reticência, o negócio jurídico é plenamente válido, o que tem relação com a conservação do negócio jurídico. Porém, se a outra parte conhece a reserva mental, o negócio é nulo, pois o instituto é similar à simulação, na posição doutrinária que sigo. Não se negue que alguns autores, entendem que a hipótese é de incidência da *teoria da inexistência*, vertente que não sigo, pois tanto o Código Civil de 1916 com o Código Civil de 2002 não a adotaram, procurando resolver os vícios do negócio jurídico no seu plano da validade.

Como defendem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, na reserva mental, o propósito pode ser tanto de prejudicar o declaratário – o outro negociante –, quanto terceiros.²⁰ Para esses doutrinadores, assim, ato atingido pela reserva mental seria inexistente, não nulo.

Reafirmo, contudo, a posição acadêmica a qual estou filiado, no sentido de que a reserva mental ilícita gera nulidade absoluta do negócio jurídico pela presença de uma simulação, como quer Maria Helena Diniz.²¹ Do mesmo modo entendendo pela nulidade, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

“Quando a reserva mental é de conhecimento do declaratário, a situação em muito se aproxima da simulação, do acordo simulatório, tanto que, nessa hipótese, parte da doutrina equipara ambos os institutos. No entanto, o que caracteriza primordialmente a reserva mental é a convicção do

19 SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado**. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Edição, 2021, p. 86.
20 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 228.
21 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154.

declarante de que o declaratário ignora a mentira. Todavia, se o declaratário efetivamente sabe da reserva e com ele compactua, os efeitos inelutavelmente serão de simulação, com aplicação do art. 167”.²²

Igualmente, Álvaro Villaça Azevedo, meu Mestre na graduação nas *Arcadas*, afirma que “a reserva mental conhecida pelo destinatário considera-se simulação, sendo, portanto, nulo o negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167, *caput*, 1.ª parte, do atual Código Civil”.²³ Por fim, destaco as lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, com os seguintes dizeres, e a quem estou totalmente filiado:

“Apesar de a doutrina tradicionalmente reconhecer que a reserva mental, havendo anuência do outro contraente, converte-se em negócio simulado, sujeito à declaração de nulidade, MOREIRA ALVES, autor da Parte Geral no Anteprojeto do Código Civil, sustenta que, neste caso, o negócio jurídico é inexistente: ‘Da reserva mental trata o art. 108705, que a tem por irrelevante, salvo se conhecida do destinatário, caso em que se configura hipótese de ausência de vontade, e, conseqüentemente, inexistência do negócio jurídico’. Com a devida vênia, este não é o nosso entendimento. Exteriorizada a reserva mental, o destinatário, que anuiu com o desiderato do agente, passa a atuar ao lado do simulador, objetivando atingir fim não declarado e proibido por lei. Trata-se de típica hipótese de simulação. Até porque o negócio existirá e surtirá efeitos frente a terceiros, ainda que não sejam aqueles originariamente declarados e aparentemente queridos, até que se declare judicialmente a sua nulidade”.²⁴

22 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 122.
23 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 183.
24 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. São Paulo: 24ª Edição, 2022, Saraiva, p. 164.

Quanto à efetividade prática da reserva mental, penso ainda ser ainda muito reduzida, pela dificuldade em se aplicar o instituto, distante da nossa tradição e diante da intrincada redação do art. 110 do vigente Código Civil. De todo modo, sempre são citadas as ilustrações de por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery.²⁵ Vejamos: a) declaração do autor de uma obra literária que anuncia que o produto da venda de seus livros será destinado a uma instituição de caridade. Entretanto, o único objetivo é aumentar a venda das obras. Se os compradores dos livros têm conhecimento da reserva, a venda pode ser nulificada; b) Declaração do testador que, com o objetivo de prejudicar herdeiro, faz disposição em benefício de quem se diz devedor, o que não é verdade; c) um homem visando exclusivamente ter relação sexual com uma mulher diz que a tomará como esposa; d) uma pessoa declara verbalmente a outra vender-lhe certo bem móvel para enganá-lo, julgando erradamente que a lei sujeita essa venda a escritura pública, pelo qual será nulo o contrato por vício de forma; e) estrangeiro em situação irregular no País casa-se com mulher brasileira para não ser expulso pelo serviço de imigração. Se a mulher sabe dessa omissão feita, o casamento será nulo. Se não sabe, o casamento permanece válido e f) promessa de mútuo feita a um moribundo insolvente como motivo de consolo.

Os exemplos são interessantes para a compreensão do instituto. Todavia, em uma análise crítica, percebe-se que a reserva mental teve pouca aplicação prática nesses mais de vinte anos de Código Civil. Surgiu como grande novidade, mas repercutiu muito pouco, ao contrário do instituto da simulação propriamente dito, que ainda continua tendo muita aplicação prática.

25 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 229.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado**. São Paulo: Método, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2: Ações e fatos jurídicos.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Curso de direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1: Parte geral; 24. ed. 2022.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito. Atualizadora: Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualizadora e colaboradora: Maria Celina Bodin de Moraes. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. I: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 13ª Edição, 2023.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.



02

IMPRESSÕES SOBRE O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO CONTEXTO DO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO

Palavras-chave

Arbitragem. Autonomia. Precedentes. Segurança Jurídica.

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

Professora Associada de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.