

SIMULAÇÃO E SUA ARGUIÇÃO PELOS SIMULADORES¹

Edilson Pereira Nobre Júnior*

RESUMO

Partindo-se da distinção entre simulação e reserva mental, o presente trabalho investiga acerca da legitimidade de o próprio contraente argüir a simulação presente no negócio jurídico, seja aquela tida como inocente ou a reputada fraudulenta. Para tanto, far-se-á menção às disposições legais do Código Civil revogado, em cotejo com o Código Civil de 2002, sem deixar de destacar a evolução doutrinária e jurisprudencial pátria e estrangeira sobre o tema, especificamente da Argentina e Portugal.

Palavras-chave: Simulação. Fraudulenta. Legitimidade. Arguição.

1 SIMULAÇÃO E SUA ARGUIÇÃO PELOS SIMULADORES

Expressões da autonomia volitiva, tanto o negócio jurídico, com o adorno das liberdades de celebração e de estipulação, quanto o ato jurídico em sentido estrito, no qual se faz presente liberdade de celebração, pressupõem, para sua validade, manifestação de vontade livre e real, não só em sua formação, mas no instante de sua declaração.

Daí falar-se de divergências entre a realidade e a vontade expressada pelo agente, cujos exemplos principais recaem na reserva mental e na simulação. Na

¹Este ensaio originariamente foi escrito para fins de submissão, em forma de enunciado, à IV Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2006, na cidade de Brasília, cabendo sua coordenação científica ao Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. A extensão que, em muito, extrapolara os limites fixados pelo regulamento do evento, acarretou a desistência de sua apresentação, razão pela qual somente agora tornei pública sua motivação em forma de artigo.

*Juiz Federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, da Universidade Potiguar e da ESMARN. Mestre e doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

primeira, tem-se o estado psicológico no qual o declarante, sem qualquer acerto com a outra parte, propõe-se a não querer o que, de fato, declara.

No particular, a disciplina jurídica é simples, tendo o art. 110 do Código Civil em vigor disposto: “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”.

Distinguem-se, como visto, duas espécies de reserva mental. Assim, se desconhecida, não afeta a validade da declaração, a qual produzirá os seus efeitos normais, tal qual se a reserva fosse inexistente. Do contrário, caso a reserva fosse conhecida da outra parte, o negócio não subsistiria².

Noutro passo, tem-se a simulação, consistente em desconformidade entre a vontade e a declaração que, ao contrário da reserva mental, pressupõe acordo entre ambas as partes.

Estrutura-se, no dizer de José Luis Lacruz Berdejo et al³, sobre três elementos fundamentais, a saber:

- a) intenção dissimulada, a qual não se apresenta numa das declarações, mais precisamente naquela que se exterioriza perante terceiros;
- b) intenção simulatória, a ser obtida mediante compromisso entre quem faz a declaração e seu receptor (acordo simulatório);
- c) expressão simulada duma vontade inexistente, ou existente com alcance distinto.

Ponto digno de investigação – e que constituirá o objeto central deste ensaio – está na legitimidade do próprio contraente argüir a simulação presente no negócio jurídico, seja a tida como inocente ou quanto à denominada fraudulenta⁴.

²Para AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 400, a reserva mental, caso conhecida da outra parte, conduz à inexistência do negócio jurídico, enquanto que para ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002., p. 219. v. 2., a reserva, nesta situação, teria os efeitos de simulação, conforme o art. 244º, nº 2º, parte final, do Código Civil português.

³BERDEJO, José Luis Lacruz et al. **Elementos de derecho civil**: parte geral. 3.ed. Madri: Dykinson, 2005, p. 180. v. 3. Revisto e atualizado por Jesús Delgado Echeverría.

Isso porque o ab-rogado Código Civil consagrava dispositivos que, a esse respeito, trouxe inquietações à doutrina.

O primeiro deles recaía no art. 103 que, a pretexto de definir o que se deve entender por simulação inocente, dispunha: “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”.

Daí clarificada a noção de simulação inocente, não reputada como defeito do ato jurídico, cuja caracterização deriva da ausência do intento de causar prejuízo em detrimento de terceiro ou violar dispositivo de lei.

Em complemento, o diploma de 1916 agregava art. 104, prescrevendo: “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”.

Definia-se, assim, a antítese, ou seja, a simulação maliciosa, dita também fraudulenta, derivada do intuito de prejudicar terceiros ou violar dispositivo legal. Daí que, em face da vedação de invocar a própria torpeza, o legislador vedava sua alegação pelos contraentes.

⁴Não se desconhece a advertência de ALVES, José Carlos Moreira Alves: **A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118-119, no sentido de que a diretriz adotada para o Código Civil em vigor, contrariamente àquela de 1916, não mais distingue a simulação inocente da fraudulenta, haja vista ambas modalidades conduzirem ao mesmo resultado, qual seja a nulidade do negócio jurídico simulado, com a permanência do dissimulado, se for o caso, opinião a que, dentre outros, aderem DINIZ, Maria Helena: **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 468, v. 1.; MATTIETO, Leonardo de Andrade: Invalidez dos atos e negócios jurídicos: arts. 166 a 184. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 334; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 440. v.1. Sem embargo disso, preferimos manter a distinção seja em homenagem a uma melhor sistematização didática do tema, seja pelo fato de constar ainda da atual ensinância de autores pátrios AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 523; RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 515; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 533-535; Cristiano Chaves de Farias. *Direito civil – teoria geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 470-471). Além do mais, o Código Civil lusitano de 1966, que parece haver inspirado o direito nacional, estampa, no art. 240º/2º, ser indistintamente nulo o negócio simulado, não descurando de manter a distinção no art. 242º/1º, a ser adiante citado, no que granjeou a atenção de respeitável doutrina (José de Oliveira Ascensão. *Direito civil – teoria geral*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. II, p. 220; António Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português – parte geral*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 631; Heinrich Ewald Hörster. *A parte geral do Código Civil português – teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 537).

A legitimidade para tanto, explicitava o art. 105, estava restrita aos lesados e aos representantes da fazenda pública, a bem da lei, ou do erário⁵.

Da conjugação desses preceitos, onde se assomava a proibição das partes invocarem a simulação maliciosa, surgiu o questionamento de saber se tal seria possível quanto à simulação inocente, mesmo sem esta se reputar defeito do ato jurídico⁶.

Afirmativamente, respondeu categórico J. M. Carvalho Santos, expondo: “O essencial é que se trate, de fato, de uma simulação inocente, feita sem intuito de fraude de qualquer natureza”⁷.

A razão de ser do pleito de declaração judicial – adianta o autor – é a de assegurar um direito, que poderá correr risco diante de possíveis eventualidades, podendo tal ocorrer não somente através de ação declaratória, na qual as partes vêm a juízo discutir o ato simulado, mas igualmente pode suceder que uma daquelas venha a exigir judicialmente o cumprimento do ato simulado. Neste caso, o demandado possui o direito de opor exceção de simulação.

Adornando seu entendimento, o autor invocou interessante exemplo: um proprietário de um imóvel rural, destinando ausentar-se para longe, e por muito tempo, resolve deixar um amigo, de absoluta confiança, na administração da fazenda, optando, com vistas a afastar alguns embaraços, por simular a venda do bem. Mencionando, na escritura, o não pagamento do preço, o proprietário, com o passar do tempo, resolve

⁵Os dispositivos guardam precedentes no Esboço de Teixeira de Freitas: “Art. 523. Não haverá simulação nos atos jurídicos para o efeito de viciá-los, sem que em qualquer dos casos dos dois artigos antecedentes tenha havido má fé, isto é, intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições de lei. [...] Art. 526. Sempre que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei, os contraentes nada poderão requerer ou alegar em Juízo sobre a simulação dos atos, quer em ações de um contra o outro, quer em ações contra terceiros. Art. 527. Terceiros prejudicados pela simulação, ou o Ministério Público no interesse da Fazenda Nacional ou da lei, poderão demandar a nulidade dos atos simulados” (*Código Civil – Esboço*. Edição em homenagem ao centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas. Brasília: Ministério da Justiça – Departamento da Imprensa Nacional, 1983. p. 175).

⁶O recurso à expressão defeito do ato jurídico se deu por fidelidade ao Código Civil revogado. É que este, demais de não se referir a negócio jurídico, mas a atos jurídicos (Livro III, Título I), disciplinava a simulação na Seção IV do Capítulo II, relativa aos defeitos dos atos jurídicos. Muito embora não se possa, de logo, excluir a simulação no ato jurídico em sentido estrito, por força do art. 185 do Código Civil, sem esquecer que a doutrina (José Luis Lacruz Berdejo. *Elementos de derecho civil – parte general*. T. III, p. 184-185, 2005) assinala não ser aquela estranha ao matrimônio, o qual, afora a possibilidade dos nubentes pactuarem regime próprio de bens, não possui o perfil do negócio jurídico.

⁷*Código Civil brasileiro interpretado*. 11.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A. v. II, p. 390, 1982.

exigir do comprador o valor da venda⁸. Possibilita-se, portanto, que este oponha exceção de simulação⁹.

A despeito de reservas quanto à consagração da simulação inocente¹⁰, a possibilidade da ação pela própria parte antes fora admitida por Beviláqua, ao proclamar:

Se, porém, uma das partes se quizer prevalecer do acto aparente? Se dermos acção á parte prejudicada, e devemos dar, quando a outra pretender a validade do acto simulado, teremos necessariamente, considerado defeito a simulação, sem que nos seja embaraço o que determina o artigo 103; se não dêssemos, consagraríamos uma iniquidade, como se fôra direito. Devemos dar a acção ao prejudicado, porque a outra parte, dólidamente, se prevaleceu da simulação para dar como real o que era apenas uma declaração fictícia. O dolo, ainda que se manifeste ulteriormente, entende-se coetâneo da formação do acto¹¹.

Posição favorável também emanou da pena de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda¹², ao salientar que o art. 104 do Código Civil de 1916 tem o escopo de prevenir simulações capazes de prejudicar terceiros ou violar a lei. A regra impeditiva merecia ser entendida como permissiva da alegação dos simuladores em litígio um contra o outro, contanto que tal não resulte em exclusivo benefício para quem alega a

⁸ Outra interessante hipótese, extraída com a ajuda de narrativa de Francisco Amaral (Direito civil: introdução. 6.ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 523), é a seguinte: homem solteiro, sem herdeiros necessários, resolve doar um imóvel a uma mulher com quem mantém relacionamento amoroso, fazendo-o sob a forma de compra e venda, na qual, igualmente com o negócio mencionado no corpo do texto, é feita menção de que o preço não é pago. Posteriormente, aquele, descontente por algum motivo, visa à cobrança do valor do negócio aparente. Lícito àquela arguir a simulação, para fazer preponderar o negócio oculto.

⁹ Essa opinião parece haver sido seguida por Arnaldo Rizzardo (*Parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 391). Idem por Sílvio Rodrigues (Direito civil – parte geral. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 301), salientando que o remate resultava de interpretação *a contrario sensu* do art. 104 do Código Civil revogado.

¹⁰ De fato, Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, p. 354-355) reputava perigoso o instituto, uma vez que se as partes recorressem a tal expediente ter-se-ia ato sem a seriedade exigida pelo direito. Por isto, não a contemplou no texto do anteprojeto, entendendo que a simulação deveria ser condenada em ambos os casos.

¹¹ *Id. Ibid.*, p. 354-355. Prosseguindo-se à leitura do comentário, é de supor-se que Beviláqua, ao admitir a legitimação para agir do simulador, ponderava que a ação não deveria fundar-se na simulação, mas no dolo.

¹² Simulação. Direito civil. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 98. v. 69

simulação, antes se destinando a atender a outros objetivos, tais como evitar que se atente contra normas cogentes.

Idênticos pontos de vista estão presentes na doutrina estrangeira. Atento ao Código argentino, eis Guillermo Borda: “Se a simulação é lícita, a ação entre as partes, tendente a que se declare simulado o ato é procedente. Neste caso, a solução é clara”¹³.

Numa quadra evolutiva, a contar da análise harmoniosa dos citados arts. 103 a 105, todos do Código Civil pretérito, a jurisprudência passou a acatar a possibilidade.

Dentre alguns arestos, destacam-se as Apelações Cíveis 275.454 e 265.148¹⁴. Em sede de uniformização da interpretação da lei federal, sobreveio decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 243.767–MS¹⁵.

Não reproduzindo dispositivos com conteúdo vocabular similar aos comentados, o Código Civil atual, no seu art. 168, simplesmente se referiu a que as nulidades dos artigos precedentes, dentre as quais está inserida a simulação, podem ser alegadas por qualquer interessado, pelo Ministério Público, e, com o complemento de seu parágrafo único, ser pronunciadas de ofício pelo magistrado.

Tal não altera em nada a orientação já seguida¹⁶. Isto porque, na simulação inocente, não se pode recusar a qualidade de interessado à parte que deseje opô-la em

¹³“Si la simulación es lícita, la acción entre las partes tendiente a que se declare simulado el acto es procedente. En este punto, la solución es clara” (*Manual de derecho civil – parte general*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1999. p. 520).

¹⁴De conferir suas ementas: “Tratando-se de simulação inocente, assiste aos contraentes o direito de usar da ação declaratória de simulação ou opô-la sob a forma de exceção em litígio de um contra o outro ou contra terceiros” (TJSP, 1ª Câmara Civil, ac. un., rel. Des. Mendes Pereira, RT 527/71). “A simulação inocente não esbarra na proibição do art. 104 do CC. Anulável é o compromisso de compra e venda de imóvel que oculta o negócio realmente querido: o mútuo” (1ª TA Civil – SP, 4ª Câmara, ac. un., rel. Juiz Vieira Manso, RT 544123). Em ambas situações se ocultou mútuo mediante compra e venda de imóvel com pacto adjeto de retrovenda e compromisso de compra e venda, respectivamente.

¹⁵É incisiva a síntese do julgado: “Simulação inocente. Alegação pelos contraentes. A disposição contida no artigo 103 do Código Civil, entendida em consonância com o artigo 104, não exclui a possibilidade de a simulação inocente ser alegada por um dos contraentes. Hipótese, entretanto, em que a simulação é relativa, dissimulando-se em promessa de compra e venda o que seria dação em pagamento. Produção de efeitos como tal, não afetando o resultado da demanda” (Ac. un., rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 12-06-2000).

¹⁶Embora sem manifestação incisiva, essa parece ser a opinião de Arnaldo Rizzardo (*Parte geral do Código Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 515-516), ao se reportar que, mesmo quando da vigência do art. 104 do Código Civil de 1916, a jurisprudência predominante e a maioria da doutrina se inclinava pela aceitação.

litígio onde a outra parte pretenda exigir os efeitos resultantes da aparente declaração de vontade.

Além disso, haveria inegável retrocesso na construção doutrinária do instituto, objetivo não colimado pelo Código Civil recentemente em vigor.

Questionamento de maior complexidade consiste em investigar se é concebível a invocação em juízo, por qualquer dos contraentes contra o outro, da simulação dita maliciosa.

Como visto, o art. 104 do Código de 1916, ratificando orientação constante do Esboço de Teixeira de Freitas (art. 526), continha expressa vedação, lastreada pela máxima *nemo auditur proprium turpitudinem allegans*. Transpunha-se à lei escrita a regra moral de que ninguém pode tirar proveito de sua conduta ilícita.

O Código Civil de 2002 se manteve silente. Tal omissão, necessário advertir, foi providencial, pois permite ao intérprete manter-se a par da evolução pela qual vem passando a resolução do problema.

Isso porque as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais passaram a se movimentar em direção contrária, levando a reboque o legislador.

Serpa Lopes¹⁷, ao depois de ressaltar idêntica vedação no Esboço (art. 526) e nos Códigos argentino e português (art. 692)¹⁸, adianta que a jurisprudência francesa vem se inclinando pelo seu afastamento sob o argumento de ser medida altamente justa e que o retorno das partes à situação anterior advém da sanção de nulidade.

Demonstração categórica dessa tendência, porém na província doutrinária, vem estampada em afirmação de Baudry – Lacantinerie & L. Barde: “Todas as pessoas interessadas, inclusive as próprias partes contratantes, podem pedir que seja judicialmente constatada a inexistência de um ato simulado”¹⁹.

¹⁷Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 406. v. 1.

¹⁸Refere-se o autor ao Código Civil de 1866, ao qual se costuma denominar de Código Seabra, em homenagem ao jurista que elaborou o correspondente anteprojeto, o Visconde Antônio José de Seabra. O preceito estava assim redigido: “Se o contrato tiver por causa ou fim algum facto criminoso ou reprovado, em que ambos os contraentes sejam coniventes, nenhum deles será ouvido em juízo acerca de tal contrato; mas se só um dos contraentes for de má fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver prometido, nem restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado” (texto integral obtido junto a Manuel A. Domingues de Andrade. *Teoria geral da relação jurídica – facto jurídico, em especial negócio jurídico*. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, p. 195).

¹⁹“Tutte le persone interessate, quindi stesse parti contraenti, possono chiedere che sia giudizialmente constatata l'inesistenza d'un atto simulato” (*Trattato di diritto civile – delle obbligazioni*. Milão: Casa

Interessante contributo resultou, no solo lusitano, do assento de 10 de maio de 1950 do Supremo Tribunal de Justiça.

O litígio pode ser assim sintetizado: A e esposa simularam, em 18 de dezembro de 1939, venda de imóvel à Sociedade B Ltda. que, por sua vez, alienara, em 06 de novembro de 1940, o prédio a C e esposa. Disto resultou, com fundamento em simulação, ação dos vendedores contra a primeira e os segundos adquirentes, alegando, quanto a estes, aquisição de má-fé. Em suas respostas, todos os réus articularam exceção de ilegitimidade, porque os autores foram os próprios simuladores.

Dita defesa foi rejeitada pela sentença de primeiro grau, a qual foi mantida em acórdão da Relação do Porto e, posteriormente, pelo Supremo Tribunal de Justiça em sede de agravo.

Por último, e com base em precedente divergente, objeto do aresto de 09 de fevereiro de 1915, adveio recurso ao Tribunal Pleno, alegando-se violação ao art. 692 do Código Civil então em vigor.

A deliberação final, extraída em forma de assento, preconizou: “Os próprios simuladores podem invocar em juízo, um contra o outro, a simulação, embora fraudulenta”²⁰.

Para tanto, argumentou o voto vencedor que: a) a proibição legal se destina a evitar que o simulador tire proveito de sua conduta, não impedindo, por ausência de imoralidade, que aquele, demonstrando arrependimento, pretenda anular o ato simulado; b) a inadmissibilidade do simulador poder alegar a invalidade da simulação leva a que um dos simuladores possa se locupletar à custa do outro²¹.

Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900, p. 777). Apesar de extraída de livro publicado na Itália, de anotar que os autores são lentes da Universidade de Bordeaux.

²⁰Proc. nº 053.958, mv, rel. Cons. Roberto Martins, julgado em 10-05-50. Disponível em: www.dgsi.pt/jstj.nsf. Acesso em 10-07-20006. O julgamento contou com os votos vencidos dos Juízes Conselheiros Bordalo e Sá e Lencastre da Veiga e ainda com voto de conformidade dos Juízes Conselheiros Jaime de Almeida Ribeiro e Antônio de Magalhães Barros, os quais não se fizeram presentes à sessão.

²¹Interessante transcrever passagens do voto condutor: “Que se considere imoral ou reprovável o pretender-se, em juízo, tirar proveito do acto simulado, compreende-se. Mas a verdade é que, quando um simulador quase sempre arrependido e sem espírito de tirar qualquer lucro, pretende ver anular o acto simulado, não vemos que haja nisso qualquer imoralidade ou acto que a lei proíba ou deva proibir. (...) O não admitir-se o próprio simulador a alegar a nulidade do acto simulado, podia levar a permitir-se que um dos simuladores se locupletasse a custo do outro, como judiciosamente foca o Professor Paulo Cunha no seu douto estudo publicado no Direito, ano 76-77, a páginas 293. O mesmo sustenta o Professor Beleza dos Santos quando escreve na Simulação, a páginas 378, que quando se adoptasse

Defendendo, em sede de análise crítica, a *ratio decidendi* do julgado, por ocasião de obra escrita em 1953, argumentou Manuel A. Domingues de Andrade²²: a) o locupletamento de um dos simuladores frente ao outro é mais escandaloso e revoltante, conforme o sentimento ético-jurídico do povo português, do que admitir a possibilidade de qualquer daqueles vir aos tribunais para invalidar o negócio jurídico simulado; b) impedir tal arguição em juízo, com o propósito de prevenir simulações é algo muito falível, tendo em vista que a escolha do cúmplice recai em pessoa na qual se deposita total confiança, excluindo-se à mente do contratante a idéia de ser atraído; c) a não admissão da legitimidade do simulador levaria à plena validade contratos ilícitos, mas verdadeiros.

Destarte, informado pela doutrina do julgado em referência, o Código de 1966 deixou expresso no seu art. 242º, nº 1º: “Sem prejuízo do disposto no art. 286º, a nulidade pode ser argüida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta”²³.

Pelo mesmo evoluir passou o direito argentino. A redação originária do Código Civil, expressamente no seu art. 959, vedava a ação da parte para se invalidar o ato simulado.

Com o passar do tempo, veio a lume reação doutrinária e jurisprudencial. Guillermo A. Borda²⁴, com muita propriedade, assentou que a solução legal era satisfatória quando o simulador pretendesse consolidar o benefício que logrou com a simulação. Recorre a exemplo, consoante o qual uma pessoa, repleta de dívidas, simula venda de grande parcela de seus bens a um amigo, caindo sob concurso de credores. Repartido o produto dos bens remanescentes com os credores, que somente

doutrina diversa para não ser ouvido em juízo o simulador, que quis praticar uma fraude, permitir-se-ia que em certos casos se cometesse uma fraude maior. E, assim, numa alienação aparente se a Lei não permitisse que o simulador alienante fizesse declarar a nulidade dessa alienação, tolerava que o fictício adquirente cometesse a dupla torpeza de se associar a simulação e de ficar com o que lhe não pertencia, protegendo uma situação indigna de protecção legal. Este simples exemplo mostra bem ao que podia levar a doutrina dos que sustentam que o simulador não pode em juízo requerer a rescisão do acto simulado”. Disponível em: www.dgsi.pt/jstj.nsf. Acesso em 10-07-2006.

²² *Teoria geral da relação jurídica – facto jurídico, em especial negócio jurídico*. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, p. 196-197.

²³ Notícia António Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português – parte geral*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 633) que inovação legislativa procurou sufragar a diretriz constante da decisão de 10 de maio de 1950.

²⁴ *Manual de derecho civil*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 520-521.

recebem parte do devido, e levantado o concurso, o alienante aciona seu amigo, pleiteando a restituição. A ordem jurídica lhe negava ação, elegendo, dentre os males emergentes da conduta ilícita, o menor e, por isso, beneficia aquele que, atuando como cúmplice, ficou com os bens sem pagar nenhum preço.

Diversamente, frisa o autor, não se poderia negar o direito de acorrer a juízo quando o simulador se arrepender do ato, almejando recuperar o bem para submetê-lo aos credores. Atenta a esta preocupação, a *Ley 17.711/68* acresceu ressalva à parte final do citado art. 959, com a menção seguinte: “salvo que a ação tenha por objeto deixar sem efeito o ato e as partes não possam obter nenhum benefício da anulação”²⁵.

A progressão com que se impulsionou esse ponto de vista é plenamente compatível com a sistemática perfilhada pelo Código Civil de 2002.

A assertiva se apóia em três fundamentos. O primeiro deles dimana da circunstância de não se haver reproduzido a interdição constante do art. 104 do diploma de 1916.

Ao assim laborar, o legislador de 2002 fez o nosso ordenamento manter-se em sintonia com tendência expressada pelos códigos modernos. Exemplificativamente, o Código Civil italiano de 1942 tacitamente contornou a senda proibitiva. O seu art. 1.415 proíbe apenas que as partes, bem como os seus credores, arguam a simulação contra os terceiros de boa-fé, permitindo que estes possam opor a simulação frente às partes quando há prejuízo a seus direitos. Como a interpretação de norma excepcional há de ser restrita, não se verifica impedimento a que haja arguição dos simuladores entre si. O mesmo se dá com o Código de Obrigações suíço (Primeira Parte, art. 18), o Código Civil peruano (art. 194).

Em segundo lugar, abandonando orientação antecedente, o Código Civil atual, no art. 167, *caput*, passou a considerar a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico²⁶. Como tal, sua arguição poderá advir dos interessados, do Ministério

²⁵Comentando a inovação, adverte o autor: “Em suma, é necessário um arrependimento das partes, um propósito de reparar os prejuízos derivados do ato para terceiros ou deixar sem efeito a fraude à lei” (En suma, es necesario un arrepentimiento de las partes, un propósito de reparar los perjuicios derivados del acto para terceros o dejar sin efecto el fraude a la ley. *Id. Ibid.*, p. 520-521).

²⁶Antecipando-se à mudança legislativa, o Supremo Tribunal Federal, no RE 88.442 – RJ (2ª T., v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14-04-78), afirmou, com sólido lastro doutrinário nacional e estrangeiro, a tese de ser nulo o negócio jurídico eivado de simulação quando esta é empregada para fraudar lei imperativa. Isto porque deve preponderar a fraude à lei tanto no que concerne à sanção (nulidade)

Público e, quando as encontrar provadas, do magistrado *ex officio* (art. 168, parágrafo único).

Infere-se, então, que se o juiz pode reconhecer a simulação sem necessidade de explícita provocação, com maior razão poderão as partes fazê-lo caso não visem a preservar os benefícios decorrentes do negócio simulado. O princípio da eticidade assim recomenda, na qualidade de valiosa bússola interpretativa da novel legislação.

Esse entendimento, inclusive, está em consonância com o Enunciado 153, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que, equiparando as simulações inocente e maliciosa, preconiza: “Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”²⁷.

À guisa de encerramento, não olvidar, como o fez o assento de 10 de maio de 1950, do Supremo Tribunal de Justiça português, que, além de não ser imoral a admissão do arrependimento do simulador, a despir-se do intuito de aproveitar-se da sua conduta, repudia a justiça permitir-se que o outro partícipe se locupletasse à custa daquele, legitimando-se uma fraude mais grave.

O pensar aqui expendido, ao depois do Código Civil vigente, encontra o respaldo de boa parcela da doutrina²⁸. Igualmente, parece haver seduzido o Superior Tribunal de Justiça²⁹.

quanto no prazo para o seu reconhecimento judicial. No caso, tratava-se de promessa de compra e venda com cláusula de arrependimento a termo, havendo o julgado reconhecido fraude ao art. 765 do Código Civil pretérito, o qual impunha a cominação de nula à cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia caso a dívida não venha a ser quitada no vencimento.

²⁷ O enunciado partiu de feliz proposição de Alberto Júnior Veloso, Juiz de Direito no Estado do Paraná.

²⁸ Consultar: José Carlos Moreira Alves (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro – subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 119), Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 468), Pablo Stolze Gagliano & Rodolfo Pamplona Filho (Novo curso de direito civil – parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p. 382-383), Leonardo de Andrade Mattiello (Invalidade dos atos e negócios jurídicos (arts. 166 a 184). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 334.) e Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 440).

²⁹ De fato, a Corte Superior vem reputando possível pretender o contratante a invalidade de negócio jurídico simulado de parceria pecuária (vaca-papel) encobridor de mútuo com juros extorsivos, tendência que se pode vislumbrar em decisões proferidas sob a vigência do Código Civil de 1916: “Direito civil. Simulação ilícita. Nulidade alegada pela parte. Possibilidade. No aparente contrato de parceria pecuária que serve para encobrir empréstimo de dinheiro, denominado “vaca papel”, com juros usurários, como retratado na hipótese, é possível à parte que o celebrou (o comparsa do verdadeiro simulador) ter a iniciativa de argüir a sua anulação. Recurso conhecido e parcialmente provido” (4ª T., RESP 196.319 – MS, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 04-09-2000). “SIMULAÇÃO. Fraude à lei. “Vaca papel”. O contratante prejudicado pelo negócio usurário denominado “vaca papel” pode alegar o vício e pleitear a invalidade do ato praticado com fraude à lei. Dec. 22.616/33 e MP 2.172 – 32, de 23.08.2001.

SIMULATION PLEADED BY SIMULATORS.

ABSTRACT

Beginning from the difference between simulation and hidden thoughts, this article investigates the legitimacy of the contracting party to plead simulation in the legal transaction, being it with innocent intent or fraudulent. Hence, one may mention the resolutions of the revoked Civil Code, in comparison to the novel Civil Code of 2002, not forgetting to detach the Brazilian and foreign doctrinaire and jurisprudential evolution about the theme, more specifically in Argentina and Portugal.

Keywords: Simulation. Fraudful. Legitimacy. Pleading.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira Alves: **A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. v. 2., 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BERDEJO, José Luis Lacruz et al. **Elementos de direito civil: parte geral**. v. 3.3.ed. Madri: Dykinson, 2005.

Precedente. Recurso conhecido e provido" (4ª T., RESP 331.200 – MS, v.u., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 20-05-2002)". Do debate ainda se ocupa o RESP 441.903 – SP que, apesar do seu desate haver ocorrido após a promulgação da codificação vigente, relacionava-se a fato a esta anterior. A sua ementa é elucidativa: "Civil. Recurso Especial. Contrato simulado de parceria pecuária. "Vaca-papel". Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade. É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários. Recurso Especial parcialmente provido" (3ª T., v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 15-03-2004). No voto da relatora, consta referência ao questionamento diante da inovação legislativa: "Com efeito, o Novo Código Civil não mais contém a distinção entre a simulação inocente e a fraudulenta, nem a proibição de que uma parte contratante alegue, em sua defesa, contra outra, a existência de simulação. O art. 167, do diploma legal que está por entrar em vigor, dispõe que "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma". A idéia, portanto, contida no mencionado precedente, deve nortear o exame do presente recurso, pois os credores violaram a proibição a eles especialmente dirigida, de pactuar contrato de mútuo com juros usuários, causando enorme prejuízo exclusivamente aos devedores, ora recorrentes".

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Tomo 1. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DINIZ, Maria Helena: **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil teoria geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. v.1.. São Paulo: Saraiva, 2003.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

MATTIETO, Leonardo de Andrade: Invalidade dos atos e negócios jurídicos: arts. 166 a 184. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.