

Simulação inocente e conservação do negócio jurídico na jurisprudência brasileira

Alessandra Light SLERCA*

Naomi Fizon ZAGARODNY**

“Conservar algo que possa recordar-te seria admitir que eu pudesse esquecer-te”.

– William SHAKESPEARE

RESUMO: Apesar de estabelecer que a simulação é causa da nulidade do negócio jurídico, o Código Civil não diferencia expressamente o tratamento a ser conferido aos casos em que as partes estão de má-fé (ou agem mesmo com a intenção de fraudar a lei) e àqueles outros casos em que os contratantes simplesmente desconhecem o vício (ou, ainda, quando as partes não têm o intuito de prejudicar terceiros ou fraudar a lei). Dessa constatação, ganha pertinência a releitura do processo de interpretação e de qualificação do fato jurídico à luz da metodologia civil-constitucional, para, a partir daí, proceder-se à análise da relativização da teoria das invalidades diante dos negócios firmados mediante “simulação inocente”, adotando-se como norte interpretativo a autonomia privada e o princípio da conservação dos negócios.

PALAVRAS-CHAVE: Simulação; simulação inocente; princípio da conservação dos negócios jurídicos; conversão; teoria das invalidades; autonomia privada; boa-fé.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Princípio da conservação dos negócios jurídicos e conversão dos negócios jurídicos; – 3. A simulação inocente e o entendimento da jurisprudência brasileira em favor da conservação do negócio jurídico simulado; – 4. Conclusão; – Referências bibliográficas.

1. Introdução

Para os civilistas clássicos, os fatos jurídicos são caracterizados pela necessária produção de efeitos jurídicos. Francisco Amaral os define como “acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e seus direitos”.¹ Para Pontes de Miranda, que desenvolveu a teoria do fato jurídico em 1954, fato jurídico é o fato ou o conjunto de fatos sobre os quais incidem a regra jurídica.² Por outro lado, os autores adeptos à escola civil-constitucional defendem que os fatos jurídicos são fatos naturais ou humanos que podem – ou não – ter relevância

* Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduada em Direito dos Contratos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

** Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduada em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. t. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970, p. 77.

e eficácia jurídica.³ Sua existência, então, independe da produção de efeitos, uma vez que o fato jurídico pode existir e não produzir efeitos.⁴ Assim, de acordo com a metodologia civil-constitucional, todo fato é juridicamente relevante independentemente da produção de efeitos.⁵

Tal lógica, inclusive, implica a superação da dicotomia entre os fatos jurídicos e os fatos sociais e da visão estática pautada na técnica da subsunção.⁶ O fato social interessa ao direito porque interfere no convívio social, devendo ser compreendido de acordo com o contexto cultural e a sociedade em que está inserido em determinado momento histórico.⁷ Sendo assim, todo fato social é juridicamente relevante e merece ser tutelado, ainda que não venha a produzir seus efeitos.

Por fim, não é ocioso destacar que a doutrina reconhece que todo negócio jurídico é, essencialmente, um fato jurídico.⁸

O método positivista propunha a interpretação como nada mais do que o conhecimento do ato, uma mera compreensão de uma dita realidade pré-jurídica,⁹ e a qualificação como etapa necessariamente posterior à interpretação, consistente na aplicação da roupagem jurídica à realidade interpretada, mediante a sua subsunção à *fattispecie* abstrata, prevista na norma.¹⁰

A metodologia do direito civil-constitucional operou grande transformação no processo de interpretação e qualificação rígido e estanque do fato jurídico, ao preconizar a unidade do procedimento interpretativo. A escola do direito civil-constitucional reconhece que a

³ Pietro Perlingieri conceitua fato jurídico como “qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 635).

⁴ Exemplo disso é o contrato de compra e venda sujeito à uma condição suspensiva. Ainda que a condição suspensiva não se implemente e o contrato de compra e venda não produza os seus efeitos, a sua formalização é um fato jurídico.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 640.

⁶ Destaca-se as lições de Anderson Schreiber: “Os fatos sociais têm sempre relevância jurídica porque toda a atividade social interessa ao direito. Podem ter, ainda, eficácia se o ordenamento lhe reserva um efeito jurídico individualizado, consubstanciado na criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica subjetiva” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 310).

⁷ Gustavo Tepedino ensina que “[o] direito traduz a realidade fática, a qual, em contrapartida, reflete a valoração da ordem jurídica (como apreendida pelo grupo social)” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 1, jul/set 2014, p. 14).

⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 54, abr./jun. 2013, p. 95.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652.

interpretação e a qualificação são componentes de um processo cognitivo unitário em perspectiva dinâmica, bem como propõe a superação da divisa entre a interpretação do fato e da norma, por tratarem de inseparáveis objetos de conhecimento.¹¹ O aspecto estrutural do fato jurídico perdeu seu protagonismo em favor do aspecto funcional.

A função – enquanto o conjunto dos efeitos produzidos, dos interesses promovidos pelo fato jurídico¹² – passou a definir e a moldar qual o regramento jurídico adequado a ser aplicado em cada caso. Assim, uma mesma função pode se realizar por meio de uma pluralidade de estruturas. Nessa lógica, a qualificação deve identificar a disciplina jurídica aplicável a partir da função do fato – um processo cognitivo marcado também por juízo de valor; enquanto a interpretação busca a individuação dos efeitos jurídicos do fato, atentando-se a diversos procedimentos hermenêuticos e aspectos heterogêneos verificáveis no caso concreto.¹³

Com isso, passou-se a exigir do intérprete muito mais do que o seu pretérito papel mecânico¹⁴ como mero mensageiro da lei, que providenciaria todas as soluções à infinita variedade humana (*la bouche de la loi*).¹⁵ Do intérprete exige-se uma postura ativa, investigativa, atenta notadamente aos efeitos do fato jurídico e à função perseguida pelas partes no exercício da autonomia privada.

O risco que a metodologia civil-constitucional procura evitar reside justamente na grave insuficiência da subsunção que, muitas vezes, resulta na qualificação inadequada do negócio, dissociada da causa negocial, bem como da função e dos efeitos do ato jurídico.

¹¹ “Normas e fatos são inseparáveis objetos de conhecimento: 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” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652).

¹² SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 54, abr./jun. 2013, p. 66.

¹³ “o intérprete há de pesquisar, portanto, além dos sentidos expressos e/ou derivados da declaração negocial (art. 112) e do comportamento das partes, os usos ou práticas efetivamente seguidas (já que, segundo o art. 113, os negócios jurídicos devem ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar da celebração), o *id quod plerumque accidit* no específico setor econômico-social em que concluído o contrato em causa (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 179).

¹⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*, 2009. 239 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 366.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação- interpretação do direito no início do séc. XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 14, n. 56, out./dez. 2013, p. 15.

Isso se vê, por exemplo, em inúmeros negócios que envolvem a entrega de um bem mediante o recebimento de uma quantia em pecúnia.¹⁶ Apesar da sua identidade estrutural com o tipo abstrato da compra e venda, nem sempre podem ser qualificados como tal. O uso da técnica da subsunção para interpretação e qualificação desses negócios não atenderia à real intenção das partes, à verdadeira função conferida àquele fato jurídico, tampouco tutelaria, de maneira adequada, os efeitos dele decorrentes, dissimulando-o em outra estrutura jurídica.

Essa problemática também se reflete em situações envolvendo a simulação dos negócios jurídicos. Como se verá adiante, a doutrina entende que o negócio jurídico simulado tem aparência formal contrária à realidade – seja por não existir em absoluto, seja por sua aparência não corresponder à causa negocial e à função do próprio fato jurídico. Desse modo, “[e]ntre a forma extrínseca e a essência íntima há um contraste: o negócio que, aparentemente, é sério e eficaz, é, em si, mentiroso e fictício, ou constitui uma máscara para ocultar um negócio diferente”.¹⁷

Por isso, ao qualificar determinado fato jurídico, o intérprete deve buscar identificar no ordenamento a disciplina mais adequada a tutelar os efeitos daquele fato jurídico específico. Em outras palavras, a qualificação e a valoração dos negócios jurídicos devem tomar como norte o estudo da sua causa em concreto,¹⁸ consideradas todas as suas particularidades.¹⁹

Afinal, como ensina Carlos Nelson Konder, somente diante do caso concreto é possível determinar a normativa que mais se adequa a cada um dos negócios jurídicos e os efeitos jurídicos que lhes são próprios.²⁰

¹⁶ A prestação de serviços, a locação, o contrato de fornecimento, o contrato estimatório, dentre outros contratos típicos e atípicos, podem envolver essa mesma estrutura, não sendo adequado qualificá-los como compra e venda.

¹⁷ FERRARA, Francesco, *apud*: MATTIETTO, Leonardo. Negócio Jurídico Simulado (notas ao art. 167 do Código Civil), *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, 2006.

¹⁸ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Causa e tipo: A qualificação dos contratos sob a perspectiva civil constitucional*, Rio de Janeiro: 2014, p. 10-12.

¹⁹ A respeito, cabe diferenciar a causa abstrata – qual seja, o regulamento convencional que pode ou não se valer da disciplina legal do tipo – e a causa concreta, referente aos efeitos decorrentes do negócio que podem contrariar o regulamento de interesses inicialmente previsto pelas partes, alterando a sua qualificação. Assim, o “contrato nasce com uma qualificação apreensível a partir de sua causa abstrata, mas a eficácia concretamente produzida pela atividade contratual, sujeita a inúmeras vicissitudes, pode alterar essa qualificação”, atraindo no todo ou em parte uma disciplina originalmente alheia ao ato jurídico. Vale lembrar também que a causa, nesse sentido, não se resume à soma das obrigações contraídas interpartes no negócio, mas sim, à sua função objetiva e à finalidade prática que o negócio persegue, considerando também a sua função social revelada no caso concreto. (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 54, abr./jun. 2013, p. 79).

²⁰ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade;

2. Princípio da conservação dos negócios jurídicos e conversão dos negócios jurídicos

A qualificação do negócio jurídico deve contemplar os princípios,²¹ considerando a unidade e a complexidade do ordenamento.²² Com efeito, o reconhecimento da força normativa dos princípios e a sua distinção qualitativa em relação às regras configura um dos símbolos do pós-positivismo.²³ Diferente das regras, os princípios não se apresentam como comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas, sim, como normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.²⁴

Quanto ao tema que aqui se propõe a explorar – sem, contudo, ter a pretensão de exaurir os debates sobre o assunto –, o princípio da conservação do negócio jurídico apresenta notável importância para a qualificação do negócio jurídico e dos seus efeitos, especialmente diante de causas de invalidade. O citado princípio retrata que a autonomia privada, enquanto afirmação de liberdade das partes contratantes, é objeto de tutela particular do ordenamento jurídico que deve procurar preservar, ao máximo, o conteúdo estabelecido pelos contratantes. Se exercida de forma lícita e não abusiva, a autonomia privada configura um valor merecedor de tutela jurídica,²⁵ apresentando-se como um contrapeso à teoria das invalidades.

Nessa lógica, o princípio da conservação do negócio jurídico não possui aplicação restrita aos negócios que possuem como objetivo ou efeito específico a promoção de algum bem coletivo ou atendimento a interesse supraindividual.²⁶ Assim, a existência de um negócio jurídico é suficiente para que o princípio da conservação seja aplicável ao caso concreto,

Direito Internacional e Integração Econômica) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 124.

²¹ Conforme consagrado pela metodologia civil-constitucional, afasta-se a ideia de que os princípios se encontram em segundo plano e possuem função estritamente informadora e ordenadora, cuja aplicação se sujeita à existência de lacuna no direito positivo.

²² ALEXY, Robert. MAIA, Antônio Cavalcanti. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001, p. 85.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Quaestio Iuris*, vol. 2, nº 1, Rio de Janeiro, 2006, p. 9.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Quaestio Iuris*, vol. 2, nº 1, Rio de Janeiro, 2006, p. 9.

²⁵ CORREIA, Eduardo. A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 24, 1948, HeinOnline, p. 296.

²⁶ Nesse sentido, o claro raciocínio de Eduardo Nunes de Souza: “o presente estudo parte do pressuposto de que o ato de autonomia privada, desde que não viole a axiologia do ordenamento jurídico (portanto, desde que lícito e não abusivo) será merecedor de tutela, ainda que não promova especificamente nenhum interesse supraindividual, de modo que a autonomia pode, sim, ser considerada um valor juridicamente merecedor de tutela.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 296, nota de rodapé nº 866).

ainda que a aplicação de tal princípio esteja sujeita à ponderação em situações envolvendo colisão de princípios.

Por esse motivo, o princípio da conservação do negócio jurídico reflete um dever imposto ao intérprete de buscar, sempre que possível, a manutenção do conteúdo negocial e dos efeitos desejados pelas partes quando da celebração do negócio,²⁷ ainda que diante de uma causa de invalidade.

Nessa linha, Antônio Junqueira de Azevedo ensina que o princípio da conservação está presente tanto nos planos da existência, validade e eficácia, quanto nas relações entre um plano e outro, concluindo que o legislador (ao criar as normas jurídicas sobre os diversos negócios) e o intérprete (ao aplicá-las) devem buscar conservar, em qualquer um dos planos, o máximo possível do negócio jurídico, pois, o princípio da conservação procura “salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto”.²⁸

Com efeito, o desfazimento do negócio jurídico por causa de uma das invalidades é medida excepcional, pois o ordenamento jurídico, ao tutelar a autonomia privada, prioriza a manutenção do vínculo obrigacional e dos seus efeitos.²⁹

O direito contemporâneo orienta-se, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, até onde possível, em um autêntico *favor contractus*. Como pontua Leonardo Mattietto, espera-se, afinal, que “as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário”.³⁰

²⁷ Antônio Junqueira de Azevedo considera, ainda, que a “conversão obedece a uma orientação comum a diversos institutos da teoria das nulidades em geral, isto é, ao princípio da conservação, pelo qual, sempre que possível, devem o legislador e o juiz evitar que deixem de se produzir os efeitos de um negócio realizado; é esse princípio que explica, por exemplo, que, diante de uma cláusula nula, se possa considerar inválida somente essa cláusula (...) em todos esses casos, a mesma idéia orientadora a que também obedece a conversão, isto é, a de conservar, sempre que possível, os efeitos manifestados como queridos pelas partes.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 69. Nº 1. São Paulo: USP, jan./1974, p. 182).

²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

²⁹ FACHETTI, Gilberto; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. Reflexões em torno do princípio da conservação do negócio jurídico. In: *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. (Org.). *Relações jurídicas privadas contemporâneas*. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, vol. 1, p. 7124.

³⁰ MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 352-353.

Não faltam exemplos em nosso ordenamento jurídico, inclusive no direito positivo, de manutenção de negócios jurídicos maculados com uma causa de invalidade em respeito à autonomia privada e à regulamentação negocial dos interesses das partes.³¹

Maria Helena Diniz defende que a função social do contrato reforça o princípio da conservação dos contratos, assegurando a efetivação das trocas consideradas justas e úteis.³² Nesse exato sentido também postula o Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.³³

Todavia, sem a pretensão de exaurir o debate acerca dos fundamentos axiológicos do princípio, defende-se que o princípio da conservação do negócio jurídico encontra-se apenas exemplificado nas previsões legais, sendo possível aplicá-lo de forma autônoma, por meio da manutenção de alguns ou de todos os efeitos do negócio jurídico, em decorrência da ponderação dos interesses em jogo no caso concreto.³⁴

O princípio da conservação do negócio jurídico usualmente se materializa na forma dos subprincípios da conversão (artigo 170 do Código Civil) e da redução do negócio jurídico (artigo 184 do Código Civil).³⁵ Apesar de se diferenciarem na perspectiva estrutural, sob a perspectiva funcional, conversão e redução promovem a conservação do negócio jurídico e tutelam o interesse da autonomia privada.

³¹ FACHETTI, Gilberto; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. Reflexões em torno do princípio da conservação do negócio jurídico. In: *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. (Org.). Relações jurídicas privadas contemporâneas. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, vol. 1, p. 7126. Apesar de não constituir o escopo deste trabalho, cita-se, a título de ilustração, alguns exemplos de posituação do princípio da conservação do negócio jurídico: a redução do negócio jurídico nulo (art. 170, Código Civil), a possibilidade de sanar a invalidade na lesão ao oferecer suplemento suficiente (art. 157, §2º, Código Civil), a preservação do negócio jurídico dissimulado ou dito oculto quando este for válido na substância e forma (art. 167, Código Civil) e a possibilidade de revisão judicial do negócio jurídico impactado em casos de onerosidade excessiva (art. 479, Código Civil).

³² DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 322.

³³ “Art. 421: 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” (Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 19).

³⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 299. Embora o princípio da conservação do negócio jurídico não se encontre condicionando ao conteúdo contratual (desde que respeitados os mencionados limites da abusividade e licitude), apresenta-se também imprescindível o exercício de ponderação a ser realizado pelo intérprete, sobretudo à luz do princípio da solidariedade social, também juridicamente tutelado (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 297).

³⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019, p. 25.

A conversão dos negócios jurídicos é o processo por meio do qual o negócio jurídico nulo (não o ato jurídico *stricto sensu*³⁶) pode produzir efeitos de um negócio diverso daquele que as partes desejaram realizar mediante o aproveitamento dos elementos daquele negócio. A literatura jurídica ensina que a conversão material ocorre quando o negócio, que não tem todos os elementos que caracterizam certo tipo, pode ser requalificado em outra espécie negocial; caso os elementos presentes sejam suficientes e o negócio adote apenas forma diversa, mantendo-se a mesma espécie, trata-se da conversão formal.³⁷

O legislador inovou – pois inexistente no Código Civil de 1916 – ao prever o instituto da conversão no artigo 170 do Código Civil, que dispõe que se “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”.

A doutrina sustenta que o fundamento da conversão reside no princípio da conservação do negócio jurídico, uma vez que a lei faz prevalecer a conclusão e prioriza a conservação do negócio – e não a sua frustração –, possibilitando às partes, ainda que por meio de outro negócio jurídico, alcançarem o resultado que visavam no momento da celebração do negócio eivado de nulidade.³⁸

Dessa forma, com base no princípio da conservação dos negócios jurídicos, é possível transformar um negócio jurídico nulo em um negócio jurídico válido, desde que inexista vício em sua constituição. A doutrina reconhece que dois negócios jurídicos distintos podem ser fundados em um mesmo suporte fático e conduzidos ao mesmo resultado prático, no todo ou em parte, de modo que, “se a categoria escolhida pelas partes não serve para validar o negócio desejado, outra pode levar, de forma válida, até ele”.³⁹

³⁶ Gustavo Tepedino define os atos jurídicos *stricto sensu* como os atos jurídicos que “*não se destinam a regulamentar, autonomamente, interesses privados. Limitam-se a executar preceitos previamente estabelecidos por lei ou por negócio jurídico antecedente, reduzindo-se, portanto, em sua ontologia, o espaço de atuação (e de controle) da autonomia privada*”. Nessa linha, o autor pontua que, nos atos jurídicos *stricto sensu*, “*a vontade tem papel menos relevante, já que se limita a dar eficácia a interesses jurídicos previamente regulados por lei ou por negócio jurídico anterior*” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 1, jul./set. 2014, p. 20).

³⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 300.

³⁸ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Aspectos da conversão do negócio jurídico. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007, pp. 139-146.

³⁹ SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 13.

Com efeito, a conversão é um procedimento de requalificação⁴⁰ do negócio jurídico nulo, na medida em que consiste na possibilidade de escolha de uma qualificação sobre a outra, afastando-se a qualificação que acarreta a nulidade do negócio jurídico e atraindo uma nova.⁴¹ Para que a conversão se realize, é necessário verificar a presença de dois requisitos:⁴² (i) o elemento objetivo, que corresponde ao negócio convertido ter os mesmos elementos necessários do negócio nulo;⁴³ e (ii) o elemento subjetivo, que é a presunção de que as partes teriam vontade de celebrar o novo negócio jurídico se tivessem previsto a nulidade do primeiro negócio.⁴⁴

A conversão só pode ocorrer se as partes que celebraram o negócio jurídico nulo não tiverem conhecimento da sua nulidade, afastando-se situações que decorrem de comportamentos fraudulentos e de má-fé. Em outras palavras, a conversão só é possível se as partes agirem de boa-fé, pois, se conheciam a nulidade, agiram de má-fé e com a intenção de que o negócio não valesse ou que fosse convertido em outro,⁴⁵ o que não é chancelado pelo Direto.

Além disso, como o ordenamento jurídico impõe forma especial para determinados negócios jurídicos, a conversão só pode operar-se quando a lei adotar a mesma forma para o negócio jurídico nulo e para o negócio sucedâneo.

Verificados os pressupostos necessários para conversão, faz-se necessário o reconhecimento judicial para declarar o aproveitamento da vontade manifestada pelas partes em negócio jurídico nulo. As partes e os terceiros interessados têm legitimidade

⁴⁰ Segundo Carlos Roberto Barbosa Moreira, a doutrina costuma descrever a conversão como “uma atividade de transformação, mas parece mais adequado situá-la no plano da qualificação jurídica de determinado negócio” (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Conversão do negócio jurídico*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 679).

⁴¹ NETO, Francisco Vieira Lima; e FACHETTI, Gilberto. Sobre a conversão substancial do negócio jurídico (art. 170 do CC). In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007, p. 173.

⁴² As legislações alemãs, italianas e portuguesas também exigem a presença dos critérios objetivo e subjetivo para que a conversão seja efetuada. O Código Civil holandês, por sua vez, exige apenas que os dois negócios tenham o mesmo alcance ou função específica, de modo que a conversão deve atender à causa do negócio jurídico como sua função econômico-social, e aos interesses concretos que lhe sejam subjacentes.

⁴³ A respeito do aspecto objetivo da conversão exigido pelo Código Civil, o Enunciado 13 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que “requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se”.

⁴⁴ MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 358.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. vol. 1. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 324.

para reclamar a sua admissibilidade, não podendo ser invocada por quem deu causa à nulidade, tampouco conhecida de ofício.⁴⁶

Apesar da redação do Código Civil quanto à conversão ser pouco esclarecedora e revelar um certo subjetivismo, a intenção do legislador ao introduzir esse instituto no ordenamento foi exatamente a de preservar e aproveitar a vontade das partes, garantindo a manutenção e a continuidade da relação jurídica, contratual ou não.

A respeito da vontade hipotética das partes aludida pelo legislador, esclarece-se que ela não corresponde ao que elas teriam pretendido se pudessem prever a invalidade, mas à causa negocial, de modo que não se trata da “impossível reconstrução de uma vontade psicológica das partes, mas da síntese de interesses e efeitos objetivamente depreensível dos termos negociais e das circunstâncias de formação do ato”.⁴⁷

É importante esclarecer que o artigo 170 do Código Civil (que prevê a conversão do negócio jurídico) não deve ser confundido com a repetição de ato nulo; a ratificação de ato anulável; a interpretação integrativa; o negócio jurídico indireto; a modificação *lato sensu*; a invalidade parcial do negócio e o que é feito como vontade alternativa.⁴⁸

Há na doutrina, no entanto, divergências sobre a possibilidade de conversão dos negócios jurídicos anuláveis: de um lado, embora não haja previsão legal expressa no Código Civil, parte da doutrina reconhece que o negócio a ser convertido pode ser nulo ou anulável;⁴⁹ de outro lado, rejeita-se a possibilidade de converter negócios jurídicos anuláveis, pois estes podem ser convalidados pela simples manifestação de vontade das partes interessadas,⁵⁰ conforme prevê o artigo 172 do Código Civil.⁵¹⁻⁵²

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol. 1, 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 534.

⁴⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 303.

⁴⁸ DELGADO, José Augusto. In: ALVIM, Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*: dos fatos jurídicos (arts. 104 a 232). vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 747.

⁴⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 638.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol. 1, 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 531. Há ainda quem admite a conversão do negócio jurídico anulável excepcionalmente, em situações que não é possível ratificá-lo, como nos casos de anulabilidade por incapacidade relativa do agente. Nesse sentido: NETO, Francisco Vieira Lima; e FACHETTI, Gilberto. Sobre a conversão substancial do negócio jurídico (art. 170 do CC). In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Direito civil e processo*: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007, p. 160.

⁵¹ Apenas a título de exemplo, ressalta-se que, na Alemanha, o artigo 140 do BGB prevê a possibilidade de conversão do negócio jurídico nulo ou anulável. Em Portugal, também se admite a conversão do negócio jurídico anulável por meio da convalidação ou confirmação pelas partes, nos termos do artigo 293 do seu Código Civil.

⁵² Ainda que parte da doutrina entenda que os negócios jurídicos anuláveis podem ser convertidos, isso não se aplica aos atos inexistentes que sequer chegaram a se constituir. Da mesma forma, não há conversão

Por fim, a conversão de negócio jurídico cujo objeto é ilícito, impossível ou indeterminável só pode ser efetuada quando se comprovar que é possível se afastar essa mácula do objeto contratual e se, mesmo a partir do negócio jurídico sucedâneo, as partes conseguirem atingir o mesmo fim pretendido com a celebração do negócio jurídico fruto da simulação inocente. De outro lado, não é possível realizar a conversão quando o motivo da celebração do negócio determinante for ilícito, tampouco quando o negócio tiver como objetivo fraudar a lei ou for fruto de simulação maliciosa das partes.⁵³

Ganha pertinência, então, uma abordagem específica sobre o entendimento da jurisprudência brasileira quanto à possibilidade da conservação do negócio jurídico firmado a partir de uma simulação inocente, conforme será exposto adiante.

3. A simulação inocente e o entendimento da jurisprudência brasileira em favor da conservação do negócio jurídico simulado

A palavra simulação, oriunda do latim *simulatione*, significa disfarce, fingimento. No Direito brasileiro, a simulação se verifica quando as partes do negócio jurídico manifestam uma vontade distinta da sua vontade real,⁵⁴ configurando uma das hipóteses de nulidade do negócio jurídico, conforme prevê o artigo 167 do Código Civil.

Embora este trabalho não tenha o objetivo de esgotar todas as peculiaridades das categorias de simulação, cabe diferenciá-las de maneira breve.

As categorias de simulação relativa e simulação absoluta, que, conjuntamente, compõem o dito regime especial de nulidade do artigo 167 do Código Civil.⁵⁵

quando o negócio jurídico é ineficaz, pois ele continua sendo válido. Carlos Roberto Barbosa Moreira, por exemplo, defende a possibilidade de conversão de determinados negócios ineficazes, a exemplo do pacto antenupcial, ao qual não se seguiu o casamento, mas mera união. Embora ineficaz como negócio daquela natureza, pode produzir os efeitos da união estável previstos o artigo 1.725 do Código Civil (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Aspectos da conversão do negócio jurídico. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007, p. 142.

⁵³ LÓBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. vol. 1. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 324.

⁵⁴ “A simulação, por ser vício que atinge mortalmente o negócio jurídico, necessita ser demonstrada com absoluta precisão. Para o intérprete e aplicador dos seus efeitos ela deve ser provada de modo evidente. Não deve se contentar com a verdade formal, só servindo a verdade real” (DELGADO, José Augusto Delgado; JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 720).

⁵⁵ JÚNIOR, Luis Carlos de Andrade. *A simulação no código civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 266.

Na simulação absoluta, as partes celebram um negócio de conteúdo vazio, ao qual não pretendem atribuir efeito algum.⁵⁶ Nesse caso, a simulação não se destina a ocultar um negócio, porque o interesse das partes reside exclusivamente na criação de um vínculo jurídico para iludir terceiros.⁵⁷ Por outro lado, a simulação relativa contempla (i) o negócio simulado e aparente, que acoberta a realização de outro negócio e (ii) o negócio dissimulado, que reflete a verdadeira vontade das partes.⁵⁸

A simulação relativa tem, portanto, dois negócios: o negócio ostensivo (simulado) e o negócio oculto (dissimulado). Não se trata da transformação de um negócio em outro, mas da convivência lado a lado dos dois negócios até que o negócio simulado seja declarado nulo. Nos termos do referido dispositivo, na simulação relativa, declarada a nulidade do negócio simulado (aparente), o negócio dissimulado poderá subsistir se válido substancial e formalmente.⁵⁹

Há ainda outra classificação da simulação que é essencial para o estudo aqui proposto e que gera controvérsias na doutrina atual: a simulação maliciosa e a simulação inocente.

A simulação maliciosa é caracterizada pela má-fé das partes, que têm intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei, acarretando a nulidade do negócio jurídico. A simulação inocente, por sua vez, é caracterizada por uma manifestação de vontade que não traz prejuízos a terceiros, tampouco viola a lei.⁶⁰

Sob a égide do Código Civil de 1916, a questão já se encontrava bastante controvertida. O artigo 103 daquele diploma legal previa que somente a simulação maliciosa gerava

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson, [et. al.]. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 114.

⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore, [et. al.]. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 271.

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson, [et. al.]. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 114.

⁵⁹ Interessante notar, nesse ponto, a visão de Leonardo Mattietto de que a subsistência do negócio dissimulado decorre justamente do princípio da conservação dos negócios jurídicos: “Por sua vez, o efeito da simulação relativa é a nulidade do negócio simulado, para que subsista o negócio dissimulado (colorem habet, substantiam vero alteram), se válido for na substância e na forma, aplicando-se, assim, o princípio da conservação dos negócios jurídicos”. (MATTIETTO, Leonardo. Negócio Jurídico Simulado. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro (61), 2006, pp. 226 e 230).

⁶⁰ FILHO, José Abreu. *O negócio jurídico e sua teoria geral: de acordo com o Novo Código Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 319. Apenas a título de ilustração, destaca-se o exemplo de simulação inocente elaborado por Anderson Schreiber: um comodante opta por celebrar um contrato por prazo indeterminado, a fim de disfarçar uma doação que deseja realizar, mas não a celebra abertamente para não magoar o terceiro que lhe presenteou o bem (SCHREIBER, Anderson, [et. al.]. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 141).

anulabilidade do negócio, enquanto a simulação inocente não era considerada defeito do ato jurídico.⁶¹ Essa previsão, no entanto, era contestada por parte da doutrina.⁶²

O Código Civil de 2002, por sua vez, conferiu outro tratamento à simulação ao considerá-la como causa de nulidade, independentemente da intenção das partes, não diferenciando os efeitos da simulação maliciosa e da simulação inocente. Não obstante, a doutrina ainda é marcada por controvérsias quanto à validade e à eficácia do negócio jurídico firmado mediante simulação inocente. Do mesmo modo, há um descompasso entre o entendimento majoritário da doutrina e o da jurisprudência, como será detalhado a seguir.

O entendimento minoritário da doutrina, defendido por Caio Mário da Silva Pereira, é que a simulação inocente é tolerada pelo direito e não leva à nulidade do negócio necessariamente.⁶³ Em outras palavras, a diferença entre a simulação maliciosa e a simulação inocente residiria nos efeitos do ato simulado e suas repercussões em relação a terceiros. Humberto Theodoro Júnior também entende que “[s]endo inocente a simulação, não há interesse jurídico em declarar a nulidade, se, de qualquer maneira, o negócio permanecerá válido pela licitude do ajuste oculto”.⁶⁴

Adotar esse posicionamento significa preservar o próprio negócio simulado, ainda que as partes não tenham verdadeiramente desejado a sua celebração, uma vez que, tanto o negócio simulado, quanto o negócio dissimulado seguiriam plenamente eficazes, em linha com a previsão estabelecida pela codificação civil de 1916.

⁶¹ “Art. 103. 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.”

⁶² SCHREIBER, Anderson, [et. al.]. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 114.

⁶³ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a simulação maliciosa “pode ter como consequência a nulidade do negócio. Pode ter, repetimos, este efeito, mas não o tem forçosamente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. I. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 539). O autor ainda defende que a simulação não necessariamente é nula, já que as pessoas que participam do negócio visam a violar a lei ou prejudicar terceiro, não podendo, assim, arguir o vício, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra, pois o Direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé. Note-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento contrário a esse, reconhecendo que a simulação, enquanto causa do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra (STJ, 3ª T., Recurso Especial nº 1501640/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, julgado em 27.11.2018). No mesmo sentido, o Enunciado 294 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que “[s]endo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra”.

⁶⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código civil*. vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 485.

Já a doutrina majoritária defende que a simulação inocente também acarreta a nulidade do negócio simulado.⁶⁵ A afronta ao ordenamento jurídico, que constitui a causa de invalidade, surge do conluio das partes em simularem uma situação aparente e falsa. Sob essa perspectiva, seria irrelevante o fato de que na simulação inocente as partes não têm intenção de prejudicar terceiros ou fraudar a lei, pois a nulidade do ato aparente decorreria da simulação em si mesma.⁶⁶

Nessa linha, segundo o Enunciado 152 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, “toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”.

Apesar de a doutrina majoritariamente entender pela invalidade do negócio jurídico aparente firmado mediante simulação inocente, a jurisprudência brasileira parece caminhar em sentido contrário, reconhecendo que a simulação inocente não invalida o negócio jurídico,⁶⁷ já que as partes não tinham intenção de prejudicar terceiros ou fraudar a lei.⁶⁸

A título de exemplo, destaca-se o caso enfrentado pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na origem, a empresa Comercial Sul Paraná S.A. Agropecuária ingressou com execução de título extrajudicial para cobrar de Daniele Mayumi Monteiro Takiguchi valores decorrentes de um empréstimo celebrado referente a insumos agrícolas. Daniele, então, opôs embargos à execução e suscitou a nulidade da avença por simulação, pois o negócio teria resultado de conluio entre o preposto da embargada e o real beneficiário daquela avença, o cunhado de Daniele. Conforme relatado nos autos, o seu cunhado estaria impedido de celebrar tal negócio em nome próprio, por não atender aos requisitos da ficha de crédito.

Em primeira instância, a execução foi julgada extinta e os embargos à execução foram julgados procedentes, sob o fundamento de que “houve sim uma ficção engendrada, por meio do qual fora necessária para obter o empréstimo, que de alguma forma a embargada

⁶⁵ Por exemplo, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 630 e MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 334.

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21ª ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 332.

⁶⁷ Nesse sentido: TJSP, 11ª CDPriv., Apelação Cível nº 3003023-56.2013.8.26.0030, Relator Desembargador Gil Coelho, julgado em 29.11.2018; TJSP, 6ª CDPriv., Apelação Cível nº 0015987-41.2008.8.26.0020, Relatora Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci, julgado em 20.08.2014; TJRS, 20ª CC., Apelação Cível nº 70070835715, Relator Desembargador Dilso Domingos Pereira, julgado em 27.09.2016.

⁶⁸ É possível que esse entendimento da jurisprudência busque coibir alegações de nulidade convenientes e oportunistas por uma parte contra a outra, sobretudo diante do entendimento já mencionado de que a simulação pode ser alegada por uma das partes contra outra.

acreditava que seria adimplida pelo real beneficiário do crédito”, cabendo à Daniele “se voltar diretamente contra o devedor de fato (real beneficiário), quem efetivamente dispôs da quantia mutuada”.⁶⁹

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou o entendimento do Juízo de primeiro grau reconhecendo que a “simulação, quando não tem o ânimo de prejudicar terceiros, não ostenta o condão de invalidar negócio jurídico, porquanto configura simulação inocente”.⁷⁰ Ou seja, embora Daniele não fosse a verdadeira destinatária dos insumos agrícolas objeto dos empréstimos, a assunção de responsabilidade no lugar do seu cunhado não prejudica terceiros, de modo que o negócio jurídico é válido e deve subsistir.

Outro caso enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decorre da ação judicial movida por Antonio Luiz da Silva, Ana Cecilia de Albuquerque Silva e Leonilda Miranda da Silva, por meio da qual buscavam declarar a nulidade do negócio jurídico supostamente simulado. Os autores alegavam que firmaram contrato de compra e venda de imóvel, quando, na realidade, sua intenção era de realizar doação com reserva de usufruto.

A sentença julgou os pedidos autorais improcedentes, sob o fundamento de os autores não teriam comprovado a existência do alegado vício de consentimento (erro) ou expediente fraudulento capaz de comprometer a sua livre manifestação de vontade, devendo subsistir o negócio firmado, qual seja, a alienação por meio de escritura pública de compra e venda.

Os autores interpuseram apelação diante da sentença de improcedência alegando que são analfabetos e que “teriam sido enganados pois desejavam doar um bem imóvel às apeladas com reserva de usufruto, mas na verdade fora lavrada escritura de compra e venda com outorga de usufruto para a Ana Cecília, genitora das apeladas”.⁷¹ Ainda segundo os apelantes, a prova de que sofreram prejuízos é que não houve pagamento em dinheiro.

⁶⁹ Sentença proferida em 15.08.2017 nos autos dos Embargos à Execução nº 3003023-56.2013.8.26.0030 pela Vara Única do foro da comarca de Apiaí do estado de São Paulo.

⁷⁰ TJSP, 11ª CDPriv., Apelação Cível nº 3003023-56.2013.8.26.0030, Relator Desembargador Gil Coelho, julgado em 20.11.2018.

⁷¹ TJSP, 4ª CD Priv., Apelação Cível nº 9082967-37.2009.8.26.0000, Relator Desembargador Teixeira Leite, julgado em 12.04.2012.

Ao julgar o recurso de apelação, a 4^a Câmara de Direito Privado do Tribunal estadual paulista entendeu que a “simulação é inocente, uma vez que não houve a intenção de fraudar a lei e nem prejudicar terceiros, devendo subsistir o ato em razão do princípio da conservação dos contratos e da segurança jurídica”.⁷² Embora o negócio tenha sido formalizado por forma distinta daquela alegadamente desejada pelos apelantes, constatou-se que a intenção deles era de que o imóvel fosse transferido para as apeladas.⁷³

Posicionamento similar foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao negar provimento à apelação que buscava reverter a sentença que julgou improcedente ação declaratória de nulidade ajuizada por Orildo Moraes e Marlene da Silva Moraes.⁷⁴ Os apelantes alegavam que são agricultores do interior que desconhecem termos jurídicos e que houve simulação por parte dos apelados, porque jamais teriam realizado permuta de uma propriedade rural por outra em nome de um terceiro endividado.

A sentença julgou a ação improcedente sob o fundamento de que os apelantes venderam um terreno urbano pelo valor de R\$ 15.000,00, sem que fosse constatado qualquer vício na vontade manifestada pelas partes.

No julgamento da apelação, a 18^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho entendeu que não havia prova nos autos que atestasse a ocorrência de simulação. No entanto, mesmo que estivesse configurado algum vício no negócio celebrado entre as partes, seria o de simulação inocente, tendo em vista a boa-fé das partes e a disposição do artigo 112 do Código Civil, que privilegia, nas declarações de vontade, a intenção das partes frente ao sentido literal dos termos pactuados.⁷⁵

⁷² TJSP, 4^a CD Priv., Apelação Cível nº 9082967-37.2009.8.26.0000, Relator Desembargador Teixeira Leite, julgado em 12.04.2012.

⁷³ Em seu voto, o Relator Desembargador Teixeira Leite destacou que as provas acostadas não são capazes de levar à outra conclusão senão a de que o negócio foi pactuado livremente pelos apelantes, sem que se configurasse qualquer vício de consentimento. Veja-se: “não lograram os apelante [sic] êxito em demonstrar que a vontade exarada naquele ato era viciosa, porquanto foram devidamente informados pelo Tabelião do ato que realizavam, não manifestando, na ocasião, qualquer discordância, o que revela ter havido desistência após a sua consumação e não justifica a pretendida anulação”.

⁷⁴ TJRS, 18^a CC., Apelação Cível nº 70074718578, Relator Desembargador Pedro Celso Dal Pra, julgado em 24.10.2017.

⁷⁵ Destaca-se trecho do voto do Desembargador Relator quando do julgado da Apelação Cível nº 70074718578: “Aliás, se algum vício houve, tal decorreu, no mais, na forma da chamada “simulação inocente”, assim compreendida como sendo aquela que não gera qualquer prejuízo a terceiro. Ademais, não se pode perder de vista a regra do art. 112 do Código Civil, segunda o qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Pela dicção do dispositivo legal acima referido, conclui-se que, pela prevalência da vontade real à sua manifestação, a declaração torna-se mero instrumento para se buscar a real intenção das partes (compra e venda do imóvel), a qual estaria naquela consubstanciada.

A bem da verdade, não se pode ignorar que, na prática, a jurisprudência tem admitido a conservação dos negócios jurídicos quando, apesar de oriundos de simulação inocente, foram firmados de boa-fé pelos contratantes ou, ainda, quando não violam a lei ou causam qualquer prejuízo a terceiros. E isto a despeito de não haver previsão legal expressa nesse sentido.

O afastamento da nulidade do negócio jurídico e a sua conservação buscam privilegiar a real vontade das partes e manter os efeitos do negócio simulado, preservando-se o conteúdo negocial e impedindo que o ato deixe de produzir seus efeitos.

A orientação dos tribunais revela a ruptura do paradigma defendido pela doutrina tradicional e marcado pela utilização da técnica da subsunção, afastando-se da aplicação automática da lei e permitindo a superação da causa de nulidade, em vista das circunstâncias do caso concreto e dos interesses juridicamente tutelados. Nos precedentes citados, em vez de se declarar a nulidade do negócio simulado, privilegiou-se os princípios da conservação do negócio jurídico, da boa-fé e o exercício da autonomia privada.

Diante disso, é possível concluir que o entendimento dos tribunais brasileiros está alinhado com a metodologia civil-constitucional ao realizar uma análise dinâmica e funcional dos efeitos produzidos pelo negócio jurídico celebrado à luz da disciplina das invalidades. A literatura jurídica alinhada a essa metodologia reconhece que a análise das causas de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos deve se dar de modo valorativo quanto aos efeitos do negócio, “de modo que a disciplina final da invalidade apenas pode ser obtida, de forma precisa, conjugando-se a previsão estática da norma com a análise dinâmica dos efeitos concretamente produzidos”.⁷⁶

Além disso, o entendimento da jurisprudência não nega vigência ao artigo 167 do Código Civil, mas apenas relativiza essa regra ao realizar uma interpretação unitária do ordenamento, levando em consideração a força normativa dos princípios, a causa contratual concreta e os interesses especificamente tutelados no caso concreto.

A partir dos precedentes colacionados neste artigo, deve-se reconhecer o esforço da jurisprudência para superar a aplicação automática da técnica da subsunção,

Consagra-se assim, também no Código Civil, a teoria subjetiva, apesar da menção também existente da boa-fé objetiva, voltando-se o intérprete à manifestação da vontade de cada uma das partes, e, não, naquela comum, correspondente à natureza do negócio”.

⁷⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 287.

privilegiando a análise valorativa dos efeitos negociais e a ponderação entre princípios, entre os quais se destaca os da conservação dos negócios jurídicos, autonomia privada e boa-fé.

Nessa linha, vale destacar que os valores e princípios que respaldam a superação das causas de invalidades do negócio jurídico não são soluções prontas em si mesmas,⁷⁷ como se pudessem ser aplicadas mecanicamente ao caso concreto em vez da previsão expressa da lei. Na verdade, é imprescindível que o intérprete identifique os valores e interesses juridicamente tutelados que devem ser considerados para alcançar a conclusão proposta – nesse caso, a validade e eficácia do negócio firmado mediante simulação inocente.

4. Conclusão

Uma interpretação literal do artigo 167 do Código Civil impõe a todos os negócios jurídicos simulados o mesmo destino: a nulidade, independentemente da intenção das partes.

Todavia, o direito contemporâneo já superou a ideia de que a interpretação literal e a análise estática das construções dogmáticas não configura o melhor método a ser adotado pelo intérprete, inclusive no que diz respeito à segurança jurídica.⁷⁸

A metodologia civil-constitucional, cujas diretrizes são adotadas neste estudo, propõe um processo único de interpretação e qualificação do fato jurídico baseado em uma análise funcional e dinâmica dos institutos jurídicos. Assim, o intérprete terá condições de identificar a disciplina mais adequada ao fato jurídico, a partir da análise dinâmica dos efeitos e da função do fato jurídico, bem como dos valores tutelados e promovidos no caso concreto.

No que diz respeito ao negócio jurídico fruto de simulação inocente, fica claro que os tribunais vêm desprendendo-se da letra rígida e generalista da lei para se imiscuir nas particularidades e vicissitudes do caso concreto, em atento exame das circunstâncias fáticas, dos interesses juridicamente tutelados e da real vontade das partes, não se restringindo à manifestação de vontade por elas declarada, tudo a fim de definir se os efeitos jurídicos do negócio poderão ser considerados válidos.

⁷⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 294.

⁷⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 295.

O entendimento da jurisprudência de que a simulação inocente não invalida necessariamente o negócio está alinhado com essa perspectiva, na medida em que se afasta a nulidade prevista no artigo 167 do Código Civil, mantendo-se os efeitos decorrentes do negócio jurídico simulado. Trata-se de posicionamento baseado na preocupação do julgador em preservar valores juridicamente tutelados e nos princípios jurídicos aplicáveis, notadamente os da conservação dos negócios jurídicos, da autonomia privada e da boa-fé.

Conclui-se, portanto, que é acertada a postura da jurisprudência de não se limitar – acriticamente – à aplicação automática e literal do artigo 167 do Código Civil quando se trata de negócio jurídico firmado mediante simulação inocente. Sendo a solução prevista pelo legislador generalista para tutelar essas situações, cabe ao intérprete, de maneira fundamentada, buscar no ordenamento jurídico a disciplina que lhe é mais adequada, o que pode, inclusive, significar a própria conservação do negócio jurídico e seus efeitos, inobstante a constatação de uma causa de nulidade.⁷⁹

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. MAIA, Antônio Cavalcanti. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001.

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

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 69. Nº 1. São Paulo: USP, jan./1974.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Quaestio Iuris*, vol. 2, nº 1, Rio de Janeiro, 2006.

CORREIA, Eduardo. A conversão dos negócios jurídicos ineficazes. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 24, 1948, HeinOnline.

DELGADO, José Augusto. In: ALVIM, Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: dos fatos jurídicos* (arts. 104 a 232). vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁷⁹ A lição de Eduardo Nunes de Souza bem elucida a premissa lógica utilizada: “a aplicação da integralidade da ordem jurídica ao caso concreto autoriza o intérprete a modular de forma diferenciada as consequências do reconhecimento da nulidade ou da anulação do negócio, inclusive ao ponto de considerar certo ato funcionalmente válido, a despeito de conter uma causa de invalidade, por força do equilíbrio dos interesses por ele tangenciados. Do mesmo modo, mostra-se cabível cogitar da excepcional modulação de efeitos de determinando ato pela sentença que declare a sua validade plena, diante de interesses juridicamente relevantes.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 386).

- FACHETTI, Gilberto; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. Reflexões em torno do princípio da conservação do negócio jurídico. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). *Relações jurídicas privadas contemporâneas*. vol. 1. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRARA, Francesco, *apud*: MATTIETTO, Leonardo. Negócio Jurídico Simulado (notas ao art. 167 do Código Civil). *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, 2006.
- FILHO, José Abreu. *O negócio jurídico e sua teoria geral*: de acordo com o Novo Código Civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21ª ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código civil*, vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- JÚNIOR, Luis Carlos de Andrade. *A simulação no código civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Causa e tipo: A qualificação dos contratos sob a perspectiva civil constitucional*, Rio de Janeiro, 2014.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. vol. 1. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MATTIETTO, Leonardo. Negócio Jurídico Simulado. *Revista de Direito Processual Geral*, vol. 61, Rio de Janeiro, 2006, pp. 218-231.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. 3ª ed. t. I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 14, n. 56, out./dez. 2013, pp. 11-30.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Conversão do negócio jurídico. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Aspectos da conversão do negócio jurídico. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007.
- NANNI, Giovanni Ettore, [et. al.]. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NETO, Francisco Vieira Lima; e FACHETTI, Gilberto. Sobre a conversão substancial do negócio jurídico (art. 170 do CC). In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e ALVIM, Thereza (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. I. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson, [et. al.]. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 54, abr.-jun./2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 1, jul./set. 2014, pp. 8-37.

Como citar:

SLERCA, Alessandra Light; ZAGARODNY, Naomi Fizon. Simulação inocente e conservação do negócio jurídico na jurisprudência brasileira **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/simulacao-inocente-e-conservacao/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
10.9.2022