

DESVIO ÉTICO NAS RELAÇÕES PRIVADAS: SIMULAÇÃO E DISSIMULAÇÃO

ETHICAL DEVIATION IN PRIVATE RELATIONS: SHAM AND DISIMULATION

Maria Helena Diniz

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Livre Docente e Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, por Concursos de Títulos e Provas. Professora de Direito Civil no Curso de Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Coordenadora do Núcleo de pesquisa em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Membro da Academia Paulista de Direito (Cadeira 62- patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello); da Academia Notarial Brasileira (Cadeira 16- patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. Presidente do Instituto Internacional de Direito – IID, São Paulo (Brasil).
E-mail: profa.mariana.santiago@gmail.com

Mariana Ribeiro Santiago

Pós-Doutorado em Direito Civil pela Justus-Liebig-Universität Giessen (Alemanha). Doutorado e Mestrado em Direito Civil Pela PUCSP. Especialização em Contratos pela PUCSP. Graduação em Direito pela UFBA. Professora do PPGD Unimar. Editora-Chefe da Revista Argumentum. Advogada.
E-mail: marianasantiago@bs-advogados.com

Recebido em: 01/11/2021

Aprovado em: 01/09/2022

RESUMO: O presente trabalho abordou a importância da ética para as relações jurídicas privadas. O objetivo foi definir os contornos da eticidade no direito privado e sua imposição enquanto fundamento da proibição das deletérias práticas de simulação e dissimulação. A escolha do tema se mostrou justificada diante da necessidade de retomada da confiança nas instituições públicas e privadas do Brasil, assim como nas relações jurídicas estabelecidas no âmbito civil e empresarial. Para tanto, inicialmente se abordou o princípio da boa-fé objetiva como reflexo da eticidade nas relações privadas. Na sequência, o trabalho se voltou para a simulação e a dissimulação, enquanto vícios sociais dos negócios jurídicos. Na abordagem, utilizou-se o método lógico-dialético de Miguel Reale, bem como o procedimento de pesquisa bibliográfico. Concluiu-se que a legislação brasileira possui uma proposta de padrão comportamental para atos negociais, fundada na função social, na boa-fé objetiva e no princípio da dignidade humana, amputando-se os excessos do individualismo e da autonomia privada.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Ética. Nulidade. Simulação. Vício social.

ABSTRACT: The present paper addressed the importance of ethics for private legal relationships.

The objective was to define the contours of ethics in private law and its imposition as a foundation for the prohibition of harmful practices of simulation and dissimulation. The choice of theme proved to be justified given the need to regain confidence in public and private institutions in Brazil, as well as in legal relations established in the civil and business sphere. Therefore, the principle of objective good faith was initially addressed as a reflection of ethics in private relationships. Subsequently, the work turned to simulation and dissimulation, as social vices of business dealings. In the approach, the logical-dialectical method of Miguel Reale was used, as well as the bibliographic research procedure. It was concluded that Brazilian legislation has a proposed behavioral standard for business acts, based on social function, objective good faith and the principle of human dignity, amputating the excesses of individualism and private autonomy.

Keywords: Objective good faith. Ethic. Nullity. Sham. Social vice.

SUMÁRIO: Nota das autoras. 1 O princípio da boa-fé objetiva como reflexo da eticidade nas relações privadas. 2 Simulação e dissimulação enquanto vícios sociais do negócio jurídico. Conclusão. Referências bibliográficas.

NOTA DAS AUTORAS

A história brasileira, assim como ocorre em outros países do mundo, está marcada por episódios de corrupção, relacionados às instituições públicas e empresas privadas brasileiras, onde os limites entre os interesses públicos e privados se confundem de forma pejorativa, criando-se uma cultura de complacência em relação aos desvios éticos, que prejudica a confiabilidade da economia brasileira e dos negócios privados desenvolvidos no país.

O presente trabalho aborda a importância da ética para as relações jurídicas privadas, tendo por objetivo definir os contornos dessa eticidade no direito privado e sua imposição enquanto fundamento da proibição das deletérias práticas de simulação e dissimulação.

A escolha do tema se justifica diante da necessidade de retomada da confiança nas instituições públicas e privadas do Brasil, assim como nas relações jurídicas estabelecidas no âmbito civil e empresarial, na esfera interna, pela própria população, e no plano internacional.

Para tanto, inicialmente se aborda o princípio da boa-fé objetiva como reflexo da eticidade nas relações privadas. Na sequência, o trabalho se volta para a simulação e a dissimulação, enquanto vícios sociais dos negócios jurídicos. Por fim, são apresentadas as conclusões e referências bibliográficas da pesquisa.

Com base no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale é utilizado na análise da temática o método lógico-dialético, buscando uma dialética da implicação e da polaridade entre norma, fato e valor (categorias ontológicas e gnoseológicas). Utiliza-se como procedimento a pesquisa bibliográfica, mediante a análise de obras especializadas.

1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO REFLEXO DA ETICIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A vida em sociedade, mormente em tempos de pós-modernidade, enseja dúvidas sobre como os indivíduos devem se comportar nas suas relações, uma questão que está muito além da seara jurídica, relacionando-se à ética.

Aristóteles (1996, p. 17) coloca a felicidade em conexão com o bem, afirmando que “toda arte e toda indagação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo que todas as pessoas visam”. Ao dissertar sobre tal assunto, numa associação entre ética e virtude, diz Aristóteles (1996, p. 23):

Parece que a felicidade, mais que qualquer outro bem, é tida como este bem supremo, pois a escolhemos sempre por si mesma, e nunca por causa de algo mais, mas as honrarias, o prazer, a inteligência e todas as outras formas de excelência, embora as escolhamos por si mesmas (escolhê-las-íamos ainda nada resultasse delas), que escolhemo-las por causa da felicidade, pensando que através delas seremos felizes.

Na modernidade, Immanuel Kant destacou-se com sua teoria do dever e o imperativo categórico, com repercussão sobre as temáticas de moral e ética. Segundo Kant (2007, p. 59).

O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal. Ora se deste único imperativo se podem derivar, como do seu princípio, todos os imperativos do dever, embora deixemos por decidir se aquilo a que se chama dever não será em geral um conceito vazio, podemos pelo menos indicar o que pensamos por isso e o que é que este conceito quer dizer. Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente natureza no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.

Já nos séculos XVII e XIX, surge o utilitarismo, criado por Jeremy Bentham, filósofo, cuja ideia era que o ser humano entende o certo e errado, e procura se comportar de maneira a atingir a felicidade por qualquer meio (utilidade), sendo esta a finalidade da moral. Frente a estas consequências, John Stuart Mill defende os direitos e liberdades individuais, os quais seriam limitados quando prejudicassem um terceiro. Assim, Mill, aprimorando o utilitarismo entendeu que o governo não deve interferir na liberdade individual, devendo satisfações apenas quando prejudicasse alguém (SANDEL, 2012, p. 64. SANTIAGO e ROCHA, 2020, p. 654-655).

Apesar de suas divergências, os pensadores utilitaristas identificam as noções de felicidade e prazer, concordando que a função da lei, nesse contexto, é garantir que todos possam buscar o prazer máximo sem prejudicar o idêntico propósito dos demais. Tal perspectiva é utilizada por economistas liberais para justificar o *laissez-faire* e o livre-comércio, a busca livre e sem controle por cada homem, como via a produzir maior felicidade para a sociedade. A corrente utilitarista é criticada por desconsiderar que não raro os homens agem por impulso ou ignorância, o que demanda salvaguardas restritivas. Por outro lado, o conceito de felicidade é subjetivo, não permitindo, portanto, a conclusão de que todos os homens têm anseios igualmente fortes de felicidade. Por fim, atingir a maior felicidade possível presume condições que permaneçam estáveis, o que nem sempre é uma realidade (RUSSELL, 2015, p. 344-345).

Sobre a relação entre ética e autodeterminação, esclarece a filósofa Marilena Chauí (2009, p. 313):

A conduta ética é aquela na qual o agente sabe o que está e o que não está em seu poder realizar, referindo-se, portanto, ao que é possível e desejável para um ser humano. Saber o que está em nosso poder significa, principalmente, não se deixar arrastar pelas circunstâncias nem pelos instintos, nem por uma vontade alheia, mas afirmar nossa independência e nossa capacidade de autodeterminação.

É preciso enfatizar que, de acordo com o raciocínio desenvolvido sobre a ética, percebe-se que ela, ao exigir uma reflexão racional do indivíduo, “é normativa exatamente porque suas normas determinam permissões e proibições e visam impor limites e controles” (CHAUÍ, 2009, p. 308. SANTIAGO e ROCHA, 2020, p. 655).

A ligação entre ética e direito está acentuada no atual Código Civil. Ao ser redigido com lastro nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, o referido diploma legal, indubitavelmente, representa uma marcante alteração de paradigma no direito civil pátrio, impingindo-lhe um novo espírito. Como institutos privados em evidente e perfeita consonância com os princípios da socialidade, da eticidade e da operatividade, podem-se citar as figuras da função social do contrato e da propriedade e da boa-fé objetiva, de particular interesse nesta oportunidade.

O Código Civil prevê o recurso a critérios ético-jurídicos visando à concreção jurídica, dotando o magistrado de maior poder para aplicar a solução mais justa ou equitativa, em conformidade com valores éticos, cujo fulcro primordial é o valor da pessoa humana (REALE, 1999, pp. 8-9).

De fato, uma das principais inovações do Código Civil de 2002 é exatamente na sua base ética, pelo fato de tal diploma valorizar a correção de comportamento, a probidade, a retidão, a honestidade, a lealdade, a confiança e a solidariedade social, além de erigir esses valores ao patamar de requisitos de validade do próprio negócio jurídico. (DELGADO, 2003, p. 48)

Como aponta Larissa Leal (2003, p. 27), já na antigüidade romana se impunha ao indivíduo o dever de agir de boa-fé, aparecendo inicialmente ligado ao instituto da posse, no que se refere à configuração do usucapião, firmando-se em sua vertente subjetiva. Esse subjetivismo viria posteriormente a se estender para o campo negocial. Tendo caído no esquecimento durante a Idade Média, a boa-fé foi tratada apenas pelo direito canônico, ainda assim, dentro da perspectiva da subjetividade.

A boa-fé, conforme esse entendimento, teria sido primeiramente entendida no cenário jurídico como um elemento intencional do indivíduo, exprimindo um estado interior (GOMES, 1999, p. 48), sendo, nesse sentido, denominada de boa-fé subjetiva.

Mas mesmo sob a preponderância, no mundo ocidental, do ideal liberalista, a Escola Pandectista deu novos rumos à boa-fé, lançando no mundo jurídico uma noção diferente daquela tida até então desse instituto, denominada de boa-fé objetiva, noção esta presente no BGB alemão, mas só fortalecida, de fato, no final do século XX. (LEAL, 2003, p. 28)

A boa-fé subjetiva não se transformou em boa-fé objetiva. Atualmente, convivem no mundo jurídico ambas as noções, não se confundindo, tendo cada uma um papel específico. De qualquer forma, a natureza jurídica da boa-fé objetiva é de princípio.

Na concepção de Larenz (1985, p. 32-33), os princípios jurídicos “*son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En si mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas*”. Segundo o referido autor, os princípios indicam apenas a direção em que está situada a regra a se encontrar, sendo um primeiro passo para se encontrar a regra que determina os passos posteriores, podendo-se também afirmar que contém uma valoração a respeito do comportamento humano. Pode-se ainda, de acordo com o pensamento do autor, distinguir uma função ativa e uma função negativa dos princípios. A função positiva consiste na influência exercida nas decisões e no conteúdo de regulamentação que tais decisões criam; a função negativa, na exclusão dos valores a ele contrapostos e das normas que descansam sobre esses valores.

Maria Helena Diniz (1998, p. 736-737) distingue princípio geral do direito e princípio jurídico, definindo o primeiro como fonte subsidiária do direito, diretriz para a colmatação de lacunas, norma de valor genérico que orienta a compreensão do direito, e o segundo, como enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de

preeminência nos vastos quadrantes do direito, vinculando de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Pelo princípio da boa-fé objetiva (CC, arts. 113, *caput* e §1º, III, 187 e 422; Lei n. 13.874/2019, arts. 1º, §2º, 2º, II), as partes devem se auxiliar mutuamente tanto na celebração quanto na execução do contrato, comportando-se com lealdade, honestidade e confiança. A boa-fé está intimamente ligada não só à interpretação do contrato - pois, segundo esse princípio, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes - mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíprocas, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, promovendo o equilíbrio nas relações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas. É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição de enriquecimento sem causa. “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase das negociações preliminares e após a execução do contrato quando tal exigência decorrer da natureza do contrato” (Enunciado 170 do CNJ). A boa-fé objetiva está relacionada com o inadimplemento absoluto do contrato, ou melhor, com a violação positiva da obrigação contratual. Logo, se um dos contratantes não vier a cumprir seu dever, estará ofendendo a boa-fé objetiva, caracterizando o inadimplemento do ato negocial, independentemente de culpa (Enunciado 24 da CJF). Daí se conclui que a boa-fé objetiva tem uma função negativa, visando impedir a ocorrência de comportamentos desleais (obrigação de lealdade); bem como uma função positiva, objetivando promover a cooperação entre as partes (obrigação de cooperação). (GOMES, 1999, p. 50)

Logo, a liberdade contratual está condicionada à função social do contrato e implica valores de boa-fé objetiva e probidade.

A boa-fé objetiva deve ser observada até mesmo após a extinção do contrato, pois existem deveres que permanecem para as partes, mesmo depois da extinção do contrato, como o dever de sigilo profissional, tendo em vista que a revelação de segredos da parte com quem se negociou poderia provocar danos a esta.

Na prática, a boa-fé objetiva se observa quando as partes se esforçam em esclarecer todos os fatos relevantes atinentes à contratação, procurando equilibrar realmente as prestações, expressando-se com clareza, preservando os segredos profissionais, mesmo após a extinção do contrato, e agindo de forma a evitar, como dissemos, o enriquecimento indevido de uma das partes. (AZEVEDO, 2002, p. 26-27)

Vale lembrar que o princípio da boa-fé objetiva já estava expresso no ordenamento jurídico nacional desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, ao vedar cláusulas abusivas (Lei n. 8.078/90, arts. 51, I a XVIII - alterada pela Lei n.º 14.181/2021 - e §2º). No seu art. 4º, III, o CDC determina, como princípio da política nacional de relações de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (CF/88, art. 170), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Ao comentar a boa-fé objetiva, Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2000, p. 108) afirma que esta

pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que,

dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças.

Nesse passo, Cláudia Lima Marques (2002, p. 758) ensina que

ao interpretar o contrato de consumo de acordo com a boa-fé e sempre a favor do consumidor (controle formal e da boa-fé objetiva), além de iniciar a verificação se houve ou não abuso (controle de conteúdo), o aplicador da lei deverá ter em mente quais eram os deveres do fornecedor e como suas práticas e cláusulas tentaram afastar o cumprimento destes deveres imperativos, afinal o CDC é norma de ordem pública (art. 1º do CDC) e os direitos assegurados aos consumidores são indisponíveis por contrato.

O princípio da boa-fé objetiva invoca a conduta ética dos contratantes em três circunstâncias ideologicamente conexas, nos arts. 113, 187 e 422. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 19-21)

O art. 113 estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, restando clara, desse dispositivo, a função interpretativa da boa-fé objetiva.

Já o art. 187, ao dispor que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, expressa a função limitativa da boa-fé objetiva como meio de controlar o exercício do direito, sancionando o abuso de direito.

E, por fim, segundo o art. 422, “os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, independentemente de previsão expressa no contrato a esse respeito, o que evidencia a função integrativa da boa-fé objetiva.

Essa conscientização a respeito da necessidade de se observar a boa-fé objetiva nos negócios jurídicos é essencial não só para o ato da vida civil do cidadão como também para o comércio, como ressalta Atilio Aníbal Alterini (1999, p. 34), pois, de outro modo, não seria possível a realização de muitos dos negócios modernos, revestidos de grande informalidade, como, por exemplo, as transferências de grandes somas em dinheiro via telefone; as operações da bolsa de valores, que se fecham mediante simples gestos com a mão ou com a cabeça etc. Para Miguel Reale a boa-fé objetiva é condição essencial à atividade jurídica.

Além disso, sem essa lealdade e confiança exigidas através da boa-fé objetiva enquanto fundamento das relações humanas, não seria viável uma convivência pacífica e próspera, pois preponderaria a discórdia e viveriam os homens em permanente estado de guerra (LARENZ, 1978, p. 58-59).

Nesse contexto, a proliferação de práticas como simulação e dissimulação, vícios sociais dos negócios jurídicos, além de trazerem prejuízo nas relações privadas em que se apresentam, representam, em grau maior, uma ameaça à estabilidade econômica e social, impactando o nível de confiabilidade de uma sociedade, o que requer especial atenção pelo direito.

2 SIMULAÇÃO E DISSIMULAÇÃO ENQUANTO VÍCIOS SOCIAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO

A análise do negócio jurídico pressupõe verificar primeiramente a existência de uma declaração de vontade e, em seguida, se esta foi escurteira, ou seja, proferida sem equívocos ou constrangimentos e persegue um resultado em sintonia com as prescrições legais, sem o que o ordenamento jurídico lhe nega os efeitos. (PEREIRA, 2004, p. 513)

A partir dessa síntese, podem-se enumerar duas categorias de defeitos de negócios jurídicos: (a) a dos casos em que a própria declaração de vontade é atingida e distorcida, por influência exógenas; (b) aqueles em que se verifica a desconformidade do resultado do negócio com a lei, por razão endógena ao agente. Os primeiros são denominados vícios de consentimento; os segundos, vícios sociais. (PEREIRA, 2004, p. 513. NADER, 2003, p. 469)

Entre os vícios de consentimento, o Código Civil enumera o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, sendo que a simulação e a fraude contra credores são os exemplos de vícios sociais.

Ao definir o vício da simulação, Maria Helena Diniz (2020, p. 544-545) afirma que se trata de uma declaração enganosa da vontade que visa produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, iludindo-se terceiro através de uma falsa aparência, que acoberta a verdadeira feição do negócio jurídico.

Nota-se, na simulação, uma conformação da vontade das partes do negócio com o escopo de prejudicar terceiro que ignora a real situação (DINIZ, 2020, p. 545. RUGGIERO, 1999, p. 328). Como ensina Alberto Trabucchi (1967, p. 162), “la verdadera situación resulta de la declaración reservada entre las partes que se emitió al momento de concluirse el negocio aparente”.

Os negócios simulados inegavelmente são bastante frequentes na prática, vezes intencionando contornar uma proibição oriunda de norma inderrogável pela vontade das partes, ora no intuito de se esquivar de gravames fiscais, fraudar credores etc. (TRABUCCHI, 1967, p. 163. RUGGIERO, 1999, p. 328)

Deve-se frisar, nesta oportunidade, que a simulação não implica necessariamente numa fraude. Conforme afirma Emilio Betti (2008, p. 568), trata-se “de duas qualificações heterogêneas, dependentes de dois aspectos diversos, sob os quais o negócio pode ser considerado. A fraude, e de uma maneira geral a ilicitude, exprime uma qualificação do interesse que determina em concreto a celebração do negócio (§ 9º), apreciado em conexão com a causa típica. A simulação, pelo contrário, exprime, simplesmente, uma divergência, ou uma repugnância, entre aquele interesse e a causa”.

Entre as características da simulação, Maria Helena Diniz (2020, p. 545) enumera: a) falsa declaração bilateral da vontade; b) vontade exteriorizada que diverge da interna ou real, não correspondendo à intenção das partes; c) acerto com a outra parte, sendo, portanto, intencional o desacordo entre a vontade interna e a declarada; d) objetivo de iludir terceiro.

Embora na simulação se observe uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, não se trata de vício de consentimento porque o agente tem a percepção do resultado que a vontade procura realizar. Mas existe no negócio simulado um defeito a doutrina classifica como vício social, pela ausência de conformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em razão do resultado daquela ou da técnica de sua realização. (PEREIRA, 2004, p. 535)

Aliás, segundo ponderam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 381) “trata-se, pois, de um vício social, que, mais do que qualquer outro defeito, revela a frieza de ânimo e pouco respeito ao ordenamento jurídico”.

Quanto à natureza do engano, como ensina Silvio Rodrigues (2002, p. 297), ou conforme o conteúdo, como prefere Orlando Gomes (1998, p. 428), a simulação se classifica em absoluta ou relativa. De acordo com Arnoldo Wald (2002, p.206), a simulação é absoluta “quando as partes não pretendem praticar, na realidade, ato jurídico algum e o ato simulado não encobre a realização de qualquer outro”. Como exemplo de simulação absoluta, o citado autor cita a venda simulada, em que o vendedor transfere ficticiamente a coisa, no intuito de evitar que esta seja objeto de penhora por parte dos seus credores.

Por outro lado, a simulação relativa, também conhecida como dissimulação, ocorre quando, a par do contrato simulado, existe um pacto dissimulado, que o primeiro visa ocultar. (DINIZ, 2020, p. 551)

Orlando Gomes (1998, p. 428-429) ressalta que “na simulação relativa há dois contratos: um aparente e outro real que é escondido do terceiro. O contrato verdadeiro que diverge, no seu conteúdo, do contrato aparente, é, como diz Messineo, a verdadeira meta das partes. De regra, o contrato dissimulado se formaliza num instrumento de ressalva”.

Como afirma Emilio Betti (2008, p. 570-571), existe um nexó de contemporaneidade e contextualidade entre o negócio simulado e o dissimulado. Nas palavras desse autor,

dizer que o ato simulado possui, sem ser sincero, toda a realidade da sua mentira, a qual pode ter, por si mesma, eficácia jurídica, significa desconhecer que a falta de sinceridade recai, precisamente, sobre a causa, considerada em si mesma, ou em certas manifestações concretas, e esquecer que a analogia da simulação com a ‘mentira’, isto é, com o pretexto, está na função de justificar ou tornar possível, um comportamento que de outra maneira não seria admissível.

A simulação relativa se subdivide em subjetiva ou objetiva. No primeiro caso, tem-se como foco os participantes do negócio, sendo que a pessoa que figura no negócio não é a mesma que deverá se beneficiar do seu resultado. Como lembra Orlando Gomes (1998, p. 429), o sujeito aparente nesses casos se denomina de “testa-de-ferro” ou “homem de palha”. Trata-se do que a doutrina classifica como interposição de pessoa. Já na simulação relativa objetiva, o enfoque está na natureza, no objeto ou em um dos elementos do contrato. A natureza do negócio é mascarada quando, por exemplo, ostentando uma venda, na verdade as partes realizam uma doação. O objeto será dissimulado quando, declarando vender um bem, a verdadeira venda ocorre sobre coisa diversa. Já a adulteração de elemento do contrato se observa, por exemplo, nos casos de alteração da data da celebração do pacto. (DINIZ, 2020, 552-553)

O ponto comum entre simulação e dissimulação, segundo Washington de Barros Monteiro (2003, p. 254), é que “em ambas, o agente quer o engano; na simulação, quer enganar sobre a existência de situação não verdadeira, na dissimulação, sobre a inexistência de situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara”.

Pondera Maria Helena Diniz (2020, p. 545), entretanto, que

não há que confundir a simulação com a dissimulação. A simulação absoluta provoca falsa crença num estado não real, quer enganar sobre a existência de uma situação não verdadeira, tornando nulo o negócio (CC, art. 167, 1ª parte). Procura, portanto, aparentar o que não existe. A dissimulação (simulação relativa) oculta ao conhecimento de outrem uma situação existente, pretendendo, portanto, incutir no espírito de alguém a inexistência de uma situação real e no negócio jurídico subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma (CC, art. 167, 2ª parte).

Exemplificativamente: se alguém, sem herdeiros necessários, por meio de escritura pública de compra e venda com cessão e transferência de ações ordinárias nominativas as vende por serem de sua titularidade à companheira, que passa a ser única titular de todas as empresas, apesar do fato de ser sua única herdeira por força de testamento, afastando a incidência dos arts. 1.790, 1.829, IV e 1.839 do Código Civil. Como o regime é o da comunhão parcial, tal venda desde que efetiva e real e não venha a ferir direitos de terceiros, é lícita, relativamente aos bens particulares, ou seja, excluídos da comunhão. Mas essa alienação deveria ser condenável sob o prisma moral ante o fato de um dos conviventes poder, pelo relacionamento íntimo, influenciar o outro. E, além disso, poderá haver alegação de nulidade (CC, art. 167, *caput*) por simulação relativa objetiva, se o negócio contiver declaração não verdadeira (CC, art. 167, §1º II), por ex. se companheiro está contemplando convivente com doação (*negócio real ou dissimulado*) de suas ações, efetivada mediante compra e venda (*negócio fictício, aparente ou simulado*), em virtude de,

por ex., prévio ajuste entre doador e beneficiária sobre o preço abaixo do valor de mercado ou sobre o não pagamento do mesmo em detrimento de “herdeiros” do doador. O suposto prejudicado poderá entrar com ação de nulidade a qualquer tempo, por ser esta imprescritível (CC, art.168). O negócio simulado é nulo, mas o dissimulado só será válido se não ofender a lei, nem causar prejuízo a terceiro (Enunciado n. 153 do CJK). Mas como não há herdeiro necessário, no caso hipotético, prejuízo algum haverá na legítima, com essa venda, e já houve afastamento de qualquer sucessor por testamento pelo testador, que tem direito de dispor da totalidade dos seus bens. Se, porventura, houver pronunciamento da invalidação da venda, ter-se-á quanto ao objeto a restituição das partes ao *statu quo ante*, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da efetivação do negócio. A compradora devolve as ações e o vendedor o preço. E isso em nada afetará a sucessão testamentária. Realmente aquela compra e venda, favorecendo direitos da convivente, poderá ser declarada nula (CC, arts. 167 e 168), sob alegação de simulação se não houver comprovação de licitude negocial, de real pagamento, de existência de aporte financeiro para tal aquisição, de transferência de numerários no ato negocial nas contas bancárias dos participantes e de ausência de dano de terceiro.

Outro exemplo ocorre quando a compra e venda de bem está obstada por indisponibilidade, em virtude de débitos do proprietário, e se observa a celebração de contrato diverso, como contrato de mandato, para mascarar o compromisso particular de compra e venda ou a cessão de direito de aquisição. Nesse caso, deverá ser reconhecida a dissimulação, uma vez comprovado que as obrigações do suposto mandatário extrapolam o âmbito normal do mandato, como quando, por força do pacto celebrado, passa a responder em nome próprio pelas despesas com o bem, inclusive extraordinárias, ou desfruta da posse direta em seu próprio benefício. Nesse caso o prejuízo de terceiros fica evidente.

Sobre a questão dos efeitos da simulação, inclusive no direito comparado, não se pode olvidar a lição de Emilio Betti (2008, p. 565-566), para quem,

na fenomenologia do direito, um estudo comparativo dos diversos sistemas sugere e confirma o seguinte critério. Dada uma sociedade historicamente determinada, quanto maior sinceridade e clareza se costumar exigir nas relações sociais, tanto menor será a propensão para atribuir relevância social e jurídica a uma intenção propositalmente oculta ou não manifestada de maneira sincera e adequada. Vice-versa, quanto mais tão manifestada de maneira sincera e adequada. Vice-versa, quanto mais tolerante e elástica é, nas relações sociais, a exigência da recognoscibilidade, unida ao dever de calar claro, quanto mais propenso é o costume social a considerar norma de ‘boa educação’ velar a expressão do próprio pensamento, tanto mais propenso será o direito a ter em contra um afastamento entre a intenção e a sua manifestação exterior: e tanto mais ele será propenso a admitir a relevância de propósitos, ainda que manifestados por forma indireta, e de motivos que mal tenham ultrapassado o limiar do foro interior; e será indulgente no tratamento de certas reticências e formas de inércia mental.

Como lembra Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 535), antes do Código Civil atual, o ordenamento jurídico brasileiro tratava a simulação como defeito do negócio ligado ao interesse das partes, gerando, portanto, simples anulabilidade. Na nova ordem, todavia, por influência do direito alemão (BGB, § 117), a simulação foi consagrada à causa de nulidade do negócio.

Nesse sentido, o art. 167, do Código Civil brasileiro, dispõe que: “é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

Enumerando as consequências da alteração legislativa susomencionada, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2005, p. 258) asseveram que a questão da simulação passou a ser de ordem pública, de interesse social. Isso implica dizer que a simulação: a) independe de ação judicial para ser reconhecida; b) pode ser alegada como objeção de direito material (defesa) e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz (CC, 168 par. ún.), a qualquer tempo e grau ordinário de

jurisdição; c) é insuscetível de confirmação pelas partes (CC 172) ou de convalidação pelo decurso do tempo (CC 169); e d) tem os efeitos do seu reconhecimento retroativos à data da realização do negócio jurídico simulado (eficácia ex tunc).

No caso da simulação relativa, entretanto, o Código Civil, no seu citado art. 167, determina que o negócio dissimulado subsiste, se lícito. Nesse sentido Roberto de Ruggiero (1999, p. 332) ressalva que “isto desde que no negócio simulado se contenham todos os elementos substanciais e formais que são necessários para a existência do dissimulado (assim: uma venda simulada para mascarar uma doação, o que nasce é a doação, desde que seja lícita uma doação entre as partes), se tenha observado a formalidade da escritura pública etc)”.

Em resumo, como ensina Alberto Trabucchi (1967, p. 163), “entre las partes es de aplicación la regla de que produce efectos lo realmente querido: plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur (v. art. 1.414). Por tanto, si la simulación es absoluta, él negocio carecerá de efectos inter partes; si la simulación es relativa, tendrá valor jurídico el negocio disimulado, siempre que contenga los requisitos esenciales y formales establecidos por La ley”. Frise-se que, embora o referido autor se refira a artigo do Código Civil italiano, o mesmo regime foi adotado no Código Civil Brasileiro.

Faz-se mister, ainda, destacar que simulação e dissimulação, além da ótica dos efeitos entre as partes, acima elucidados, devem ser analisados quanto aos efeitos que produzem perante terceiros.

Como bem aduz Alberto Trabucchi (1967, p. 163), perante terceiros, os participantes do negócio não poderão invocar a simulação para escusar-se de cumprir suas obrigações, pois os terceiros não podem ser prejudicados nessas hipóteses.

É nesse sentido que o Código Civil brasileiro determina, em seu art. 167, § 2º, que “ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

Manifestando sua *opinio* sobre as alterações em matéria de simulação patrocinadas pelo atual Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 639) afirma:

melhor seria que o Código de 2002 mantivesse a doutrina consagrada no de 1916 e mantida no meu Projeto de 1965. Assim procedesse, e evitaria a incongruência de catalogar como nulo o negócio simulado, ressalvando entretanto o negócio dissimulado (art. 167, caput), bem como os direitos dos terceiros de boa-fé (art. 167, § 2º). Aliás, o parágrafo segundo é bom subsídio para sustentar que só simuladores fraudulentos não têm a ação de anular o negócio jurídico simulado, tendo em vista que mesmo os terceiros somente terão ressalvados os seus direitos se estiverem de boa-fé, em face dos participantes do negócio jurídico simulado.

Sobre a temática, o Superior Tribunal de Justiça¹ tem se manifestado em reconhecimento da diferença entre simulação e dissimulação, inclusive decidindo que subsiste o pacto dissimulado se, em substância e forma, for válido.

¹ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. 1. ‘O negócio jurídico simulado pode ter sido realizado para não produzir qualquer efeito, isto é, a declaração de vontade emitida não se destina a resultado algum; nessa hipótese, visualiza-se a simulação absoluta. Diversamente, quando o negócio tem por escopo encobrir outro de natureza diversa, destinando-se apenas a ocultar a vontade real dos contraentes e, por conseguinte, a avença de fato almejada, há simulação relativa, também denominada de dissimulação. De acordo com a sistemática adotada pelo novo Código Civil, notadamente no artigo 167, em se tratando de simulação relativa - quando o negócio jurídico pactuado tem por objetivo encobrir outro de natureza diversa -, subsistirá aquele dissimulado se, em substância e forma, for válido’ (REsp 1102938/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 24/03/2015)” (AgInt no AgInt no REsp 1217876/RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018).

A adoção do pensamento alemão acerca da nulidade da simulação no atual Código Civil, superando o entendimento pela anulabilidade prevista no diploma anterior, está em perfeita consonância com o princípio da boa-fé objetiva nas relações privadas, mostrando-se uma importante ferramenta no resgate ético da sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

A importância de um estatuto ético para condução da sociedade brasileira se mostrou de extrema relevância na atualidade, tornando-se também uma questão jurídica.

O Código Civil desempenhou importante função nesse sentido, por adotar como pilares os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. Como institutos privados em evidente e perfeita consonância com os princípios da socialidade, da eticidade e da operatividade, foi possível apontar as figuras da função social do contrato, da propriedade e da boa-fé objetiva.

A consciência da importância da boa-fé objetiva nos negócios jurídicos se mostrou essencial para a vida civil do cidadão e para o comércio, viabilizando a realização de negócios revestidos de grande informalidade, os quais se proliferaram hodiernamente, bem como possibilitando uma convivência pacífica e próspera em sociedade.

No Código Civil e na Lei n. 13.874/2019 vislumbramos uma proposta minudente do padrão comportamental do cidadão nos atos negociais, fundada na função social, na boa-fé objetiva e no princípio da dignidade humana, amputando-se os excessos do individualismo e da autonomia da vontade, consagrando-se os princípios da socialidade e da eticidade.

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA E DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO, CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - (...) INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 167, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL - DISTINÇÃO ENTRE SIMULAÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA - NEGÓCIO JURÍDICO DISSIMULADO (DOAÇÃO) VÁLIDO NA PARTE QUE NÃO EXCEDEU À PARCELA DISPONÍVEL DO PATRIMÔNIO DA DOADORA/OFERTANTE (...). Pretensão voltada à declaração de nulidade absoluta de negócio jurídico, consistente em cessão de direitos sobre bem imóvel, a fim de ocultar doação. Instâncias ordinárias que reconheceram a existência de simulação, declarando, no entanto, a nulidade parcial da avença, reputando parcialmente válido o negócio jurídico dissimulado (doação), isto é, na fração que não excedia à legítima. (...) 3. O negócio jurídico simulado pode ter sido realizado para não produzir qualquer efeito, isto é, a declaração de vontade emitida não se destina a resultado algum; nessa hipótese, visualiza-se a simulação absoluta. Diversamente, quando o negócio tem por escopo encobrir outro de natureza diversa, destinando-se apenas a ocultar a vontade real dos contraentes e, por conseguinte, a avença de fato almejada, há simulação relativa, também denominada de dissimulação. 3.1 De acordo com a sistemática adotada pelo novo Código Civil, notadamente no artigo 167, em se tratando de simulação relativa - quando o negócio jurídico pactuado tem por objetivo encobrir outro de natureza diversa -, subsistirá aquele dissimulado se, em substância e forma, for válido. 3.2 No caso em tela, o magistrado singular, bem como a Corte de origem, ao entender preenchidos os requisitos de validade - forma e substância - em relação ao negócio dissimulado (doação), ainda que em parte, declarou a nulidade parcial do negócio jurídico celebrado entre a ré e a ex-cônjuge do autor. 3.3 O negócio jurídico dissimulado apenas representou ofensa à lei e prejuízo a terceiro (no caso, o recorrente) na parte em que excedeu o que a doadora, única detentora dos direitos sobre o bem imóvel objeto do negócio, poderia dispor (doação inoficiosa). 4. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO” (REsp 1102938/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 24/03/2015).

“DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÕES FEITAS PELO CÔNJUGE VARÃO, FALECIDO, EM NOME DE SUA ESPOSA. (...) 5. O instituto da simulação, entendido em sentido largo, comporta duas espécies: a absoluta e a relativa. Na primeira, a própria essência do negócio jurídico é simulada, de modo que na ação deve-se anulá-lo (conforme o CC/16) ou declará-lo nulo (conforme o CC/02) de maneira integral, com o retorno das partes ao status quo ante. Na segunda, também chamada dissimulação, o que ocorre é que as partes declararam praticar um negócio jurídico, mas na verdade tinham a intenção de praticar outro. Nessas situações, não é necessário requerer que seja restabelecido o estado anterior, bastando que o autor da ação requiera a conversão do negócio jurídico, de modo que ele corresponda precisamente à intenção das partes. 6. Se o Tribunal reconhece, contudo, que a intenção do de cujus fora exatamente no sentido dos negócios supostamente dissimulados, ou seja, que ele de fato queria adquirir bens para sua última companheira, a tese da simulação não pode ser reconhecida por força do óbice da Súmula 7/STJ. (...)” (REsp 918.643/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 13/05/2011).

Nessa linha, simulação e dissimulação, práticas que não se confundem, caracterizadas como vícios sociais, demonstraram demandar pronto combate pela via da nulidade, ou conversão, na segunda hipótese, desde que os requisitos de validade estejam presentes *in casu*, sob pena de se ferir os princípios jurídicos ora mencionados.

A posição atual adotada pelo Código Civil sobre simulação e dissimulação, prevendo a possibilidade de nulidade, mostrou-se mais adequada com o princípio da boa-fé objetiva nas relações privadas do que o posicionamento do diploma anterior, configurando-se numa importante ferramenta no resgate ético da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atílio Aníbal. Contratos: teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.

BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Campinas/SP: Servanda Editora, 2008.

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 13 ed. São Paulo: Ática, 2009.

DELGADO, Mário Luiz. Ética e boa-fé: novos requisitos de validade dos contratos – estado de perigo, lesão e onerosidade excessiva - diferenças tópicas entre os três institutos. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano VII, N. 149, pp. 48-49, 31 de março de 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. Derecho justo. Tradução Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). A teoria do contrato e o novo Código Civil. Recife: Nossa Livraria, 2003.

- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39 ed. rev. e atual. São Paulo; Saraiva, Vol. 1, 2003.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*, São Paulo: Saraiva, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. I, 2004.
- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. 2 ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 32 ed. atual. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas/SP: Bookseller, vol. 1, 1999.
- RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Tradução Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloiza Matias e Maria Alice Máximo. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ROCHA, Alceu Teixeira. *Desenvolvimento e ética: uma convergência necessária*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, pp. 644-667, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil. Parte general. Negocio jurídico. Familia. Empresas y Sociedades. Derechos reales*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 9 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.