

# SIMULAÇÃO E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

José Marcos Rodrigues Vieira<sup>1</sup>

## RESUMO

Embora a simulação, como vício de nulidade, mereça, em regra, cognição *ex officio*, tratando-se de falha de classificação da causa petendi em ação em que se busca a invalidade de negócio jurídico, a iniciativa judicial não pode ferir o princípio do dispositivo.

**Palavras-chave:** Simulação. Nulidade. Cognição *ex officio*. Princípio do dispositivo. Causa de pedir. Imutabilidade após a contestação.

## 1 O FATO

Abalçou-se determinado Juízo de primeiro grau<sup>2</sup> a substituir a causa de pedir de coação, da inicial, por entrever indício de simulação e ao argumento de cognoscibilidade *ex officio* desta, ordenando que, como tal, prosseguisse a instrução do feito.

Indiscutível que, sob *Código Civil* de 2002, passa a simulação a ser tratada como causa de nulidade (e não mais de anulabilidade), o que influenciaria a cognição judicial, sendo de tal época o litígio.

A escritura pública de compra e venda destinava-se a retirar do patrimônio do pai, passando-a para o do filho, grande gleba com lavoura e criação extensiva de gado. O escopo poderia realmente

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUFG. Desembargador do TJMG. E-mail: josemarcosvieira@tjmg.jus.br.

<sup>2</sup> Cuida-se de decisão que foi objeto de agravo de instrumento distribuído a minha relatoria e por mim decidido. Omito os dados, por respeito à proatividade do Juiz de primeira instância.

ser o de evitar possíveis direitos decorrentes de união estável contraída pelo pai, após o falecimento da mãe do adquirente. Ocorre que, além de incomunicável o bem, por constituída a união estável muito depois da aquisição da Fazenda pelo pai, este teria outros bens a atender à cogitação de direito de habitação e de percepção de alimentos pela companheira, em caso de dissolução da união estável. O negócio jurídico, porém, entre pai e filho (filho único) não envolveu nenhum pagamento, daí o caráter simulado.

## 2 NULIDADE E ANULABILIDADE

A imensa discórdia doutrinária que lavrou, na vigência do *Código Bevilácqua*, acerca da categoria de invalidade, perde sentido ante o *Código Reale*, que não reitera a vedação constante do art. 104 daquele.

Creio que subsista dúvida apenas no direito societário, em que a regra do art. 286 da Lei das Sociedades por Ações inclui, no mesmo tratamento e no mesmo prazo prescricional, os casos de erro, dolo, fraude e simulação: vale dizer que em tal matéria, ao menos em regra, os motivos são todos de nulidade relativa. Sobre o tema fizemos completa abordagem no acórdão em A.I. nº 1.0000.17.099810-8/004, de nossa relatoria, já em 13/3/2019, quando salientamos tratar-se de hipótese excepcionalíssima de nulidade (julgávamos nulidade de alteração contratual mediante falsificação de assinatura de sócio falecido), embora admitindo que, em regra, em matéria societária haja regras especiais, conversivas de nulidade em anulabilidade, pela exigência da dinâmica dos negócios societários, se necessário sob nova assembleia de acionistas.

Em tal acórdão, deixamos assentado que se deve investigar

se o vício apontado refere-se a interesses particulares, da sociedade ou dos acionistas, hipóteses de anulabilidade, ou se o vício extrapola a órbita societária e toca o interesse público, ou interesse inderrogável do sócio, hipóteses estas de nulidade.

Há algum proveito do acórdão citado para o raciocínio que ora desenvolvemos acerca, em geral, da simulação. De fato, pode-se entrever elemento comum entre a condição de sócios e a de pai e filho, na administração de interesse comum, algo inerente à rutura da *affectio societatis*, ainda que não operacionalizada em empresa. *In casu*, a exploração da fazenda de há muito era desenvolvida pelo filho. Tal fato encaminhara a deliberação de compra e venda (ainda que negócio de pai para filho, sem real pagamento e, pois, sob simulação), da qual se arrependera o pai, que terminara por ver-se alijado do imóvel e de sua utilização, na companhia da convivente –, exatamente o que haveria de preocupar o filho administrador dos negócios. E tudo chegou à quebra do relacionamento entre pai e filho.

### 3 ESPÉCIES DE SIMULAÇÃO

Releva destacar que a simulação continua sendo tratada em suas espécies. A *absoluta*, em que não existe, de fato, negócio jurídico algum, mas tão somente a aparência de negócio para enganar terceiro. A *relativa*, em que o negócio jurídico existe, de algum modo encoberto, sendo uma de duas formas com a intenção comum de enganar: contendo um único negócio, ou acoplado a negócio dissimulado. A simulação *nocente*, em que o acordo simulatório busca prejudicar terceiro. A simulação *inocente*, em que se dá a intenção de enganar, sem prejudicar terceiro.

Na espécie, deu-se simulação relativa inocente, com erro quanto ao risco de prejuízo a terceiro, prejuízo que não ocorreria.

Escrevendo sobre o *Código Civil* de 1916, cabe citar Pontes de Miranda (1983, p. 376-377), arrimado a Teixeira de Freitas, porém perfeitamente invocável sob o *Código Civil* de 2002, dada a coincidência redacional dos artigos legais, ressalvada a consequência jurídica, que é diversa, *in casu*:

O direito brasileiro tem-no [o ato] por existente e apenas anulável [dir-se-ia, hoje, nulo], se houve alcance ou prejuízo a terceiros, ou violação de disposição de lei (art. 103) [hoje, o parág. ún. do art. 167]. Se não houve aquele, nem essa, não há ato jurídico. É a simulação absoluta, tal como a definiu Teixeira de Freitas: 'haverá simulação nos atos entre vivos: 1º Quando as partes os tiverem celebrado sem intenção de realizar o ato aparente, ou qualquer outro (esboço, art. 522); 'se a simulação for absoluta, sem que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições de lei, e assim se provar o requerimento de algum dos contratantes, julgar-se-á que nenhum ato existirá'. (MIRANDA, 1983).

Não seria o caso, na espécie, de se julgar que nenhum ato existisse. Ato existiu. Haver-se-ia de provar – tratando-se hipoteticamente de simulação relativa – que acarretasse prejuízo a terceiro.

Tratar-se-ia (supôs-se erroneamente ou por excesso de zelo do filho) de compra e venda para burlar regime matrimonial (a que se equiparasse a união estável), encobrendo doação inoficiosa, visto que não houvera pagamento, de fato. Ocorre que houve erro quanto à comunicabilidade do bem, dada a respectiva data de aquisição, anterior ao estabelecimento da união estável (e os documentos dos autos provaram as datas compatíveis). Em tal caso, não se evidenciou a intenção de prejudicar terceiro, malgrado a violação de lei, quanto à gratuidade encoberta pela compra e venda.

Mas, note-se, o interesse no objeto do contrato seria privado, e não público e ainda versando direito disponível.

Por isso se trata de interesse privado. Note-se que o *Código Civil* de 2002, ao franquear às próprias partes, bem como a qualquer interessado, a legitimidade para arguir a simulação, passa a integrar a legitimidade ao interesse. Independentemente de boa-fé, cumpre dizer, com Ferrara (1939, p. 466), que “quem não possui, de qualquer maneira, um direito próprio atual sobre uma posição jurídica que se crê ameaçada pela simulação não pode agir”.

É o que deriva da conjugação dos elementos violação de lei e prejuízo a terceiro, incorrente na simulação relativa inocente. E não havia, *in casu*, essa posição jurídica da parte autora (vendedor) coexistente com o ato arguido de simulado.

O autor buscava em sua inicial, como dito, a anulação por vício de consentimento, a coação – sabido que teria cedido, desnecessariamente, à (exagerada) preocupação do filho: e a coação pode ser de ordem moral.

#### **4 O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E A ESPÉCIE**

Assim, postas as questões, ocorre considerar a atitude do juiz da causa, recebendo a demanda como fundada em simulação, sob alteração da *causa petendi*.

E a referida situação de interesse específico comunica-se como requisito de cognição pelo juiz da causa, pelo que ocorre repetir Luiz Carlos de Andrade Junior:

Ausentes partes interessadas na declaração de nulidade do negócio simulado, não se justifica que o juiz declare de ofício a nulidade, ainda que conte com elementos que a comprovem.

O poder-dever do juiz de declarar a nulidade do negócio simulado *ex officio*, portanto, deve ser entendido como supletivo da legitimidade. O magistrado deve mover-se pelo interesse que, conquanto esteja presente no seio da relação processual, não tenha sido exercitado por omissão da parte. Somente esta linha de pensamento, ao que nos parece, permite racionalizar o conteúdo do art. 168, primando, ainda, pela preservação de preceitos tão caros à lei e à ciência processuais, sobretudo a condição da demanda consistente no interesse de agir (ANDRADE JR., 2016, p. 246).

Note-se, não houve parte interessada na nulidade, mas na anulação por vício de consentimento (coação). Não se pode, pois, extrair da não repetição da regra do art. 104 do *Cód. Beviláqua* o desaparecimento da atenção à simulação inocente – porque a simulação, toda e qualquer, exige prova.

E não poderia o juiz decidir antes que desenvolvida a instrução processual. Autoriza-se invocar, a propósito, a lição de Pontes de Miranda: “O poder ser arguida pelo próprio causador do nulo a nulidade não dispensa que se lhe inquiria do interesse [...] inclusive o de evitar multa ou outras penas [...]” (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 307).

Ora, se tal se dá na nulidade, com maior força de razão quando esta não é o vício arguido, mas o de coação (de anulabilidade), não podendo ser bastante a aparência de simulação: a nulidade não poderia ser presumida.

Não é só. Luiz Carlos de Andrade Junior complementa-se (2016, p. 245-246), quando recorda que o princípio do dispositivo do art. 141 do *Código de Processo Civil* tem de conviver, no sistema de direito, com a cognoscibilidade *ex officio* das nulidades substanciais absolutas:

Parece-nos que a solução do enigma precisa dar conta de conciliar a exigência do interesse legítimo com o poder-dever da declaração *ex officio* e, consequentemente, preservar a coerência interna do art. 168. [...].

O poder-dever do juiz de declarar a nulidade do negócio simulado *ex officio*, portanto, deve ser entendido como supletivo da legitimidade. O magistrado deve mover-se pelo interesse que, conquanto esteja presente no seio da relação processual, não tenha sido exercitado por omissão da parte. (ANDRADE JUNIOR, 2016)

O caso concreto por nós mencionado, no entanto, passou-se sem omissão da parte, porque omissão não se equipara ao erro (suposto pelo juiz) de escolha da *causa petendi*. E não é dado ao juiz chamar a si a postulação, ato de parte, nem sequer quando a lei lhe conceda a cognoscibilidade *ex officio* – porque a *cognitio* não se converte automaticamente em *judicium*.

Vejam-se os termos da decisão judicial a que nos referimos (cuja referência processual não trazemos, por respeito ao Julgador, que proativamente procurou cumprir seu dever de diligência):

A petição inicial narra, inicialmente, que o requerente, em virtude de desavenças comerciais, formalizou um contrato de compra e venda com o requerido, em relação à Fazenda denominada Brejo Alegre e às terras circunvizinhas, não havendo transferência de dinheiro no negócio.

Posteriormente, a petição inicial narra que o requerente continuou a exercer posse e administração da fazenda, mas que o requerido deu ordens ao gerente da fazenda e demais funcionários para que não obedecessem às ordens do requerente. Tal conduta do requerido, na visão do requerente, caracterizaria ‘coação’.

No tópico ‘pedidos’ de sua petição inicial, o requerente formula o seguinte pedido certo e determinado, a ‘anulação do ato jurídico por coação’, sem especificar qual negócio jurídico, juntando com a inicial várias certidões de matrículas de imóveis rurais.

Porém, no caso concreto, a petição inicial narra somente supostos atos de coação posteriores ao negó-

cio jurídico de compra e venda objeto da ação, não havendo nexos de causalidade algum entre a conduta do requerido e entabulamento do negócio jurídico narrado na inicial, o que desconfigura a coação tal como conceituada no Código Civil e na doutrina e jurisprudência pátria.

[...].

A compra e venda narrada [...] ilustra, em tese, a ocorrência de uma simulação de natureza absoluta, ao aduzir que a gleba Brejo Alegre não teria sido efetivamente alienada ao requerido, mas teria sido objeto de um contrato de compra e venda simulado entre as partes para resguardar o requerente, não tendo havido pagamento por parte do requerido e tendo a propriedade e a posse do imóvel permanecido com o requerente.

Desta feita, a despeito da deficiente formulação da petição inicial e da falta de menção expressa pelo requerente, a simulação é matéria de ordem pública, e deve ser reconhecida e declarada pelo Magistrado a qualquer tempo e grau de jurisdição.

[...].

Por conseguinte, fixo os limites objetivos da lide, a respeito dos quais deverá prosseguir a instrução e julgamento do mérito, qual seja a eventual existência de simulação sobre o negócio jurídico de compra e venda celebrado entre as partes da gleba denominada Fazenda Brejo Alegre.

Eis, portanto, que o juiz substituiu a causa de pedir, antes de produzida a prova de simulação, considerando para tanto o simples indício. Tal situação reclamaria acurado exame. Não a suplementação inquisitiva do pedido, como se a lei o pudesse autorizar *in genere* e *sub specie aeternitatis*, livre das limitações de tempo e espaço procedimentais.

A tese de simulação não poderia ter sido formulada como o foi: sem o enfrentamento do conjunto de circunstâncias da espécie, em que nomeadamente haver-se-iam de fazer confrontados os argumentos do próprio autor com os contra-argumentos do réu, a teor do que exige o art. 489, § 1º, IV, do CPC.



Livre iniciativa, portanto, levava as partes a optarem pela discussão do tema da coação. O Juízo de primeiro grau procurou entrever indício de simulação, a partir daquilo que, a seu juízo e sob incompleta demonstração, pudesse desqualificar a forma pública da escritura de compra e venda. Ora, simulação, como causa de nulidade de negócio jurídico, haveria de embasar-se em prova robusta de algum dos requisitos previstos no § 1º do art. 167 do *Código Civil*, no sentido de que a vontade das partes fosse outra que a exteriorizada na escritura pública.

Cabe lembrar o magistério de Francisco Cesar Pinheiro Rodrigues (1983, p. 36):

Se a Justiça é um serviço público – nenhuma outra atividade estatal encarna mais o interesse público que a justiça –, não se justifica que demandantes percam causas justas simplesmente porque seus patronos não se lembraram de [provocar] o atrito necessário e o processo passa a padecer de obscuridade, impondo-se a intervenção clarificadora do magistrado [...] cabe ao juiz de primeiro grau diligenciar na perfeita instrução do processo.

Aí exatamente se vê que o ônus da alegação não pode ser superado pela iniciativa do julgador. Pode o juiz alcançar o fato não alegado, prosseguindo a instrução. A teor do disposto no art. 371 do CPC, o juiz poderá decidir com o fato não alegado, todavia provado. Já se superou a tese de que o juiz não possa considerar o fato provado, embora não alegado, quando se trate de exceção substancial<sup>3</sup> e, *a fortiori*, tratando-se de objeção – como a simulação, após o *Código Civil* de 2002.

Vem à lembrança acórdão da 16ª Câmara Cível do TJMG:

<sup>3</sup> Sobre isso escrevemos em nosso *Coisa julgada. Limites e ampliação objetiva e subjetiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 124-125.

Ação anulatória de negócio jurídico. Simulação. Ausência de prova. - Em ação anulatória de ato jurídico, a simulação não se presume, havendo necessidade de produção de provas necessárias à elucidação da controvérsia. Não se desincumbindo os autores do ônus de provar, nos termos do artigo 333, I, do CPC, que o contrato particular de compra e venda de imóvel foi celebrado mediante simulação, improcedente é o pedido de declaração de sua nulidade (MINAS GERAIS, 2009).

## 5 O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E AS OBJEÇÕES SUBSTANCIAIS

Cuida-se de saber se a cognoscibilidade *ex officio* de nulidades substanciais justifica a atitude do juiz de reclassificar, como de nulidade, *causa petendi*, outra, invocada, tanto quanto ocorreria ao suprimento de *causa excipiendi* invocada. Poderia a alegação deixar de ser ônus das partes, mediante tal percurso?

Noutras palavras, é de se indagar se a cognoscibilidade *ex officio* das nulidades substanciais absolutas poderia excluir o princípio processual do dispositivo, fazendo-se sugestão de que supletiva do ônus da alegação – a nosso ver compreendido no ônus da prova.

Como iremos demonstrar, o ônus da alegação é insuprível durante a fase postulatória, ainda que suprível, no justo processo, pela prova, sobretudo em se tratando de objeção (de ordem pública), ou, se de exceção, no saneamento compartilhado.

É verdade, dir-se-á que as fases processuais interpenetram-se, são lógicas, não temporais: algo que tivera seu surgimento na mescla dos procedimentos jusromanistas, com seus períodos de superposição (*legis actiones, per formulas, extraordinaria cognitio*). Mas até o saneamento, com a fixação dos pontos controvertidos (ou por outra, qualquer seja a modalidade de fixação da *litis contes-*

*tatio*), tem de ser respeitado o contraditório.

Portanto, há um limite à atuação do juiz. Já que a instrução probatória não é exclusiva das partes, tendo o juiz poderes instrutórios, o processo é considerado dispositivo se as partes comparecem em juízo com todos os elementos de afirmação, mesmo que nem todos os de prova: é o magistério de Tito Carnacini (1951).

Volvemos à simulação e ao entendimento de Luiz Carlos de Andrade Junior (2016, p. 245), quando sugere a conciliação entre o interesse na declaração e o poder-dever de declarar de ofício a nulidade:

Esta disposição de pensamento leva-nos a supor que, ao elaborar o art. 168, o legislador assumiu a premissa de que a nulidade do negócio jurídico necessariamente interessaria a 'algum' dos litigantes. Com isto, o parágrafo único não conflitaria com o conjunto das disposições contidas no art. 168, pois, ainda que sobreviesse uma situação absurda [...], o juiz deveria declarar a nulidade conhecida e provada, com a certeza de que esta solução atenderia ao interesse de pelo menos uma das partes.

A esta altura, porém, adviria a preocupação com a imparcialidade do julgador (tema a que poderia ter dado atenção o monografista ora citado).

Notável parecer da lavra de Nelson Nery Junior (2014, p. 329-364) alude aproximadamente às extremas da discussão que empreendemos.

Ao analisar acórdão do TJSP, relativo à hipótese em que não fundada a ação em simulação, não quis a Corte enveredar pelo suprimento de iniciativa da parte, a pretexto de cognição *ex officio*:

A despeito de o Tribunal de Justiça de São Paulo ter afastado a decretação de nulidade das escrituras, por entendê-la fora do pedido aduzido na cautelar de

atentado, as circunstâncias fáticas do caso analisado mostram que simulação não há.

Ora, no caso que julgamos, tanto o pai quis vender ao filho, que procurou desfazer o efeito do negócio, não o negócio em si; alegou coação, isto é, não lhe discutiu a causalidade em si.

E, prossegue Nelson Nery Jr., no texto citado:

Não havia qualquer razão para que a proprietária do imóvel pretendesse realizar negócio jurídico diverso do de compra e venda e imóvel, uma vez que, sobre o referido bem, não pendia qualquer restrição ao direito real de alienação.

[...].

Sustentar a caracterização de eventual simulação de negócio jurídico requer, necessariamente, prova inconteste nesse sentido. Isso porque os efeitos do acolhimento da alegação de simulação levam à nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública, pois é de interesse social, e não dispensa prova.

[...].

Pode ser alegada como objeção de direito material (defesa) e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição.

[...].

Contudo, a rigidez do regime da nulidade dado à simulação não que significar que sua simples alegação [ou suposição contrária à alegação!] já seria capaz de suscitar os efeitos dela decorrentes. Diz o CC, 168, par. ún., que a simulação deve ser pronunciada de ofício pelo juiz, quando este conhecer do negócio jurídico simulado e 'a encontrar provada'.

## 6 CONCLUSÃO

Concluo que, ainda que o Direito civil brasileiro haja evoluído, na esteira do que se passou na Itália, na Alemanha e em Portugal, relativamente à simulação, ora motivo de nulidade, há de se

considerar que sua discussão no processo não pode abrir mão da indispensabilidade da contribuição das partes na obra de fixação dos elementos de fato – em que pese à cognoscibilidade *ex officio* e os poderes ampliados ao juiz de prover à correta reconstrução dos fatos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE JR., Luiz Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. *In: STUDI in onore di Enrico Redenti*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1951.

FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*, 1922. Tradução para português de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento- Cv nº 1.0000.17.099810-8/004. Relator: Des. José Marcos Vieira. Belo Horizonte, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.099810-8%2F004&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: jul. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento- Cv nº 1.0344.03.014104-0/002. Relator: Des. Batista de Abreu. Belo Horizonte, 15 jul. 2009. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0344.03.014104-0%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: jul. 2023.

NERY JR., Nelson. Compra e venda de imóvel. Negócio jurídico válido e eficaz. Simulação. *Revista dos Tribunais On-line*, Soluções práticas de direito, v. 6, set. 2014.

PINHEIRO RODRIGUES, Francisco Cesar. O juiz e a prova cível. *O Estado de São Paulo*, 2 jan. 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo IV*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Tomo IV*. Atualizado por Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: RT, 2012.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Coisa julgada*. Limites e ampliação objetiva e subjetiva. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.