

# A COLUSÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: BREVES REFLEXÕES

*Natasha Reis de Carvalho Cardoso<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a simulação ou colusão entre as partes nas convenções processuais. A cláusula geral de negociação processual prevista no artigo 190, CPC, máxima configuração da autonomia da vontade, demonstra a possibilidade de sua atipicidade. Desta forma, seria possível que determinados direitos e disposições não previstos em autorização legal pudessem ser objetos de convenção no processo. No entanto, a autonomia privada e a possibilidade de se criar negociações atípicas, se levadas ao extremo e sem observância de certos limites, podem facilitar a configuração de atos ilícitos pelos agentes, como vícios de consentimento (coação, fraude à lei, reserva mental) ou vícios sociais (simulação ou fraude contra credores). Nesse sentido, o que se pretendeu foi realizar uma análise geral do instituto da simulação no direito civil e como ele pode ocorrer no campo processual, podendo se tornar mais frequente nos negócios jurídicos processuais. Para tanto, realizou-se a divisão do estudo em quatro partes essenciais: conceituação geral de negócios jurídicos processuais; conceituação breve da simulação no direito civil; como ocorre a transposição dos institutos; e determinação de quais são as sanções em caso de colusão, conforme a teoria das invalidades processuais.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Convenções Processuais. Simulação. Colusão. Invalidez Processual.

## ABSTRACT

The essay intended to prove the possibility of simulation in the procedure agreement. In Brazilian law, there is an article which describe the autonomy of parties to agree about the procedure they are going to use in a future or actual conflict (art. 190). However, it was discussed if it would be possible to use this institute for cases not previously described in the law. The predominant theory is accepting this kind of disposition. The problem of creating atypical agreements of the procedure is that could open the possibility of the parties create situations to defrauding the rules in personal gain. That's why it is essential to know better the institutes

---

<sup>1</sup> Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

to avoid this kind of situation. For that matter, firstly it was analyzed the institute in the civil law; secondly in the procedure law; third place it was studied the possibility of transposition of both to prove the initial theory: the possibility of simulation in the procedure agreement; and in the last topic it was demonstrate briefly the consequences of those situations, for instance, the possible sanctions, mainly in the invalidity theory.

**Keywords:** Civil procedure law. Procedure agreement. Simulation. Procedure invalidity. Al

## INTRODUÇÃO

O presente artigo possui dois pontos centrais: os negócios jurídicos processuais e a colusão das partes no processo. Através destes institutos, pretendeu-se analisar o entrelaçamento destas categorias com a existência de colusão nos negócios jurídicos processuais. Para tanto, utilizou-se a transposição de conceitos do direito civil à esfera do direito processual, tendo-se como objetivo principal compreender as consequências dos atos jurídicos ilícitos, com a finalidade de evitar que os benefícios das convenções processuais não sejam deturpados por meros interesses egoísticos de partes que simulam suas intenções negociais.

Importante frisar que o processo tradicionalmente era considerado como uma questão exclusivamente de interesse público, e que por isso deveria se trazer restrições à possibilidade das partes disporem sobre questões procedimentais. No entanto, com o tempo, a área processual foi cedendo cada vez mais espaço a autonomia privada, tendo o seu alcance nas primeiras possibilidades de convenções processuais típicas, como a eleição de foro, calendarização processual (art. 191 CPC) ou disposição de prazos. Entretanto, muito ainda se debateu sobre a possibilidade de se acordar convenções que não estivessem dispostas em lei.

Com todo o debate percorrido, e o reconhecimento da crescente complexidade dos arranjos subjetivos e objetivos no processo contemporâneo<sup>2</sup>, tornou-se necessário trabalhar com cláusulas gerais que favorecessem a adequação das necessidades das partes ao processo. Portanto, o que antes parecia ser algo impossível de se admitir na esfera processual, passou a ser amplamente reconhecido, principalmente porque

---

<sup>2</sup> Importante frisar que o direito positivo está sempre um passo atrás das necessidades da vida. Como adverte Karl Larenz: “sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei” (1997, p. 519). Por isso, importante observar que foram as necessidades da vida processual que trouxeram vida às convenções processuais. Assim como foi na jurisprudência francesa, por exemplo, que as convenções processuais floresceram e ganharam força a partir das problemáticas práticas experimentadas pelos juízes e pelas partes. Por isso, o fracasso do grande formalismo dos instrumentos processuais levou à busca de novas técnicas para assegurar maior flexibilidade a fim de se trazer maior eficiência na tutela jurisdicional (CABRAL, 2016, p. 130).

não há como o legislador prever e disciplinar todas as situações do tráfego jurídico. Deste modo, uma flexibilização dos procedimentos seria algo muito mais conveniente aos sujeitos e à sociedade, que requerem a todo instante a pacificação e celeridade na solução de seus litígios.

Não há que se negar que as convenções processuais trouxeram inúmeras vantagens, tanto para as partes, quanto para a sociedade, e tais benefícios podem ser assim exemplificados: maior eficiência processual, ao se conseguir adaptar o procedimento consonante às necessidades dos litigantes; a celeridade processual, ao ser assumido determinado compromisso ao longo do procedimento, trazendo maior previsibilidade e segurança jurídica; e redução de custos de transação, sejam eles psicológicos ou financeiros.

Por isso, deve-se reconhecer os inúmeros proveitos que esta flexibilização procedimental proporcionou. Entretanto, também há que se admitir que com direitos e liberdades amplos há sempre espaço para o exercício abusivo ao dar tamanho poder às partes para administrar o procedimento<sup>3</sup>.

Este poder dado às partes em conjunto com as características técnicas e complexas das convenções processuais poderiam facilmente possibilitar atos aparentes e não reais, assim como renúncias ao direito material. Além de possibilitar o disfarce de acordos convencionais com o objetivo de obter declaração de negócios diferentes dos realmente queridos, como em casos de simulação.

Nesse sentido, e observando que a simulação se afigura como patente violação à boa-fé e à cooperação processual é que devem ser invalidados tais atos jurídicos, se assim configurados. Além disso, os simuladores devem ser responsabilizados em decorrência da má-fé no âmbito cível e processual perante as partes prejudicadas.

Além dessas matérias, o tema das convenções processuais ainda padece de vários outros objetos de estudo. São questões como, qual seria a delimitação clara do objeto possível das convenções processuais; quais seriam os parâmetros e critérios que deveriam ser observados pelo juiz ao avaliar a validade das convenções (CABRAL, 2016, p. 168); se haveria a possibilidade de se observar tal matéria no direito penal<sup>4</sup>, ou no direito

---

<sup>3</sup> A grande objeção que existe é que este gerenciamento processual seria um mero mecanismo de mercantilização do direito processual. Assim, as convenções processuais virariam uma mercadoria, passível de ser utilizada para subverter o direito material (CABRAL, 2016, p. 242). Outra grande objeção seria a respeito da possibilidade de se abrirem caminhos às simulações, passíveis de ocorrerem em qualquer outro negócio jurídico.

<sup>4</sup> Já existem atualmente algumas possibilidades de convenção na esfera penal, apesar de ser uma área precipuamente pública, como por exemplo a aplicação participativa e negociada da pena, a

empresarial<sup>5</sup>; quais seriam os limites da negociação (NOGUEIRA, 2018, p. 183); se estariam sujeitos a termo ou condição<sup>6</sup>; ou se seria passíveis de existirem no processo de execução<sup>7</sup>. Outras questões ainda mais técnicas se impõem à matéria, como por exemplo, a viabilidade da parte que sofreu uma quebra contratual nos negócios jurídicos processuais acordados de verem compensados seus direitos por reparação de danos ou então de verem decisões invalidadas por conta do comportamento contrário ao estipulado em convenção de uma das partes<sup>8</sup>.

Assim, o artigo 190 do CPC, apesar de dispor expressamente sobre as convenções processuais, encerra um regramento que não disciplina nem mesmo em termos genéricos inúmeros aspectos fundamentais dessa matéria. Por isso, há uma patente necessidade de se fornecer minimamente respostas sobre as esferas jurídicas que circulam em torno dos negócios jurídicos processuais. Este, portanto, é o intuito do presente artigo: trazer à tona um dos aspectos essenciais desde logo pelo direito civil e que agora passa a ser transposto ao processo com a denominação de “colusão” e mais especificamente a ocorrer nas convenções processuais.

### **Hipóteses, objetivos e delimitação temática**

Esclareça-se que a opção feita no presente artigo foi restringir o estudo às convenções processuais: negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais em que há convergência da vontade das partes na formação de um ato, com interesses convergentes. A escolha se justifica por conta do estudo das simulações jurídicas ou colusão processual, em que para configurá-las, é necessário que haja convergência de interesses, mesmo que no caso sejam eles ilícitos.

A intenção, todavia, não é de estabelecer os limites objetivos ou subjetivos das convenções processuais, e nem os critérios que definem a

---

colaboração premiada, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil dos danos (art. 3o, I e 4o, § 4o da lei n. 12.850/2012).

<sup>5</sup> A doutrina brasileira do processo civil ainda não examinou o instituto das convenções processuais à luz da dogmática dos contratos empresariais, que seria bem diferente dos contratos convencionais e que por isso mereceria maior atenção (ARAGÃO et. al, 2018, p. 170).

<sup>6</sup> Pedro Henrique Nogueira em sua Tese de Doutorado a respeito do tema (2018, p. 210) afirmou que tal assunto seria uma dúvida e um dos grandes problemas ligado ao estudo desta matéria, a respeito do qual, no Brasil, pouco se elaborou.

<sup>7</sup> Fredie Didier Jr. (2018, p. 64) afirmou que já foi notado na doutrina que o interesse acadêmico e prático pelos negócios jurídicos processuais executivos não era tão comum quanto em relação aos negócios das partes em outros tipos de processo. Por isso, teria uma grande lacuna em torno do tema.

<sup>8</sup> Na Alemanha, por exemplo, já se discutiu sobre essa questão, e uma corrente minoritária da doutrina acredita que as únicas sanções cabíveis para o não cumprimento do prometido na convenção processual seriam perdas e danos. Outra corrente de autores afirma que se a parte não realiza com o prometido e faz algo contrário do que estipulou em convenção, a declaração é inválida, invocando ainda que o oponente agiu de má-fé (exceptio dolis processualis) (KERN, 2015, p. 220).

sua configuração. Tampouco tem como objetivo exemplificar cada uma das possibilidades de acordos possíveis, já que seria impossível realizar tal faceta tendo em vista a complexidade das relações econômicas e sociais, que fazem surgir cada vez mais combinações diversas. No entanto, tais aspectos foram abordados na medida da necessidade de sua aplicação às convenções processuais e o vício social da simulação, assim como pressupostos introdutórios na análise da matéria.

Com relação à simulação jurídica e a colusão processual, esclarece-se que não houve qualquer pretensão de proceder a uma análise exaustiva de todas as suas modalidades, classificações históricas e doutrinárias, mas sim pontuar os aspectos que são relevantes para compreender o instituto dentro da esfera das convenções processuais. Isso porque a intenção da pesquisa foi utilizar ferramentas do direito civil relativos à matéria, trazer para o plano processual e assim averiguar as possibilidades de prevenção de tais atos jurídicos ilícitos, através da teoria da responsabilidade civil e processual e das invalidades processuais, sempre comparando os dois institutos à luz da boa-fé, da efetividade da tutela jurisdicional e da relação precípua do direito material e processual.

Mister ressaltar que a autonomia privada, fundamento teórico das convenções processuais passou a ser reconhecida cada vez mais no ordenamento brasileiro, o que levou a admissão quase irrecusável da atipicidade nesses negócios jurídicos. Com isto, passam a surgir cada vez mais possibilidades de serem deturpadas as finalidades do instituto. Por isso, mostra-se imprescindível trazer as suas formas de prevenção e combate, a fim de impedir a plenitude das razões que justificam os negócios jurídicos. Foi com o intuito de se analisar tal aspecto que se buscou sistematizar no presente artigo as convenções processuais dentro da matéria da colusão.

## **Estrutura e Metodologia**

Com este intuito de sistematização, optou-se por dividir o artigo em quatro partes. O primeiro trata dos negócios jurídicos processuais, fixando premissas conceituais e teóricas que serão aplicadas nos capítulos seguintes e que condicionam o raciocínio desenvolvido nos subsequentes, como os conceitos de negócio jurídico, classificação típica deles, panorama no ordenamento brasileiro, a esfera de configuração do princípio da autonomia privada e seus limites e, por fim, as vantagens gerais desses atos jurídicos.

Na segunda parte, enfrentou-se especificamente a simulação jurídica no direito civil, através da breve descrição de suas classificações, teorias e modelos, sua diferenciação breve com outros institutos e o panorama

no ordenamento brasileiro, com diversos exemplos práticos. No mesmo capítulo, ainda foi demonstrada a precípua relação entre o direito material e processual, assim como os conceitos da colusão processual, suas projeções no ordenamento, suas características, valores que são desrespeitados no processo e possíveis críticas.

Na terceira parte, cumpriu-se a realizar a intersecção dos negócios jurídicos processuais com a simulação a fim de demonstrar a possibilidade de haver atos jurídicos ilícitos pela colusão processual dentro desses negócios. Pretendeu-se demonstrar como se configura o abuso processual quando as partes intentam objetivos diversos daqueles que as convenções se comprometem a ter, em clara ofensa à lealdade, veracidade e boa-fé processual.

Numa quarta e última parte, tratou-se de apresentar brevemente as consequências da ocorrência de simulação nestes negócios jurídicos, através de um panorama analítico dos três planos determinados pela “escada Ponteano” (existência, validade e eficácia), assim como pela sistemática das invalidades processuais. Dessa forma, analisou-se a possibilidade de se anular os atos jurídicos ilícitos realizados.

O parâmetro norteador do raciocínio desenvolvido foi viabilizar o pleno desenvolvimento dos benefícios e vantagens trazidos pelas convenções processuais, principalmente quanto ao requisito da efetividade processual e função social. Como as simulações seriam caminhos contrários a estes objetivos, e trariam sérios riscos aos direitos materiais titulados pelos agentes, intenta-se pensar em soluções que previnem ou, no mínimo, combatem estes vícios.

## **1. Pressupostos a serem considerados**

Antes de adentrar a seara dos negócios jurídicos processuais e a colusão, é imprescindível traçar algumas considerações preliminares sobre alguns aspectos essenciais a fim de dar uma maior compreensão ao tema. Portanto, restará definido ao longo dessa primeira parte a princípio o que são os negócios processuais, com uma breve descrição dos fatos e atos jurídicos, assim como suas diferenciações, de acordo com a teoria explicitada por Pontes de Miranda (2012), analisada por Marcos Bernardes de Mello<sup>9</sup> e readaptada na esfera processual por reconstruções de Paula Sarno Braga (2007)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> A trilogia de Marcos Bernardes de Mello (2014; 2013; 2003) traz a análise dos conceitos de fatos e atos jurídicos de acordo com os três planos dos negócios jurídicos (existência, validade e eficácia) por uma reconstrução também da obra de Antônio Junqueira de Azevedo (2017; 1986).

<sup>10</sup> A autora utiliza conceitos lógico-jurídicos elaborados e desenvolvidos por Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello no direito civil, demonstrando que a classificação dos fatos jurídicos

Conforme se nota no meio jurídico, seja ele doutrinário ou jurisprudencial, são utilizados diversos conceitos a respeito dos negócios processuais: podem ser “acordos”, “contratos”, “cláusulas” ou “convenções”, e muitas vezes, até mesmo, conhecidas por “pacto” ou “protocolo”. Por esse motivo e entendendo-se necessário realizar uma diferenciação terminológica para uma melhor compreensão teórica, em face dos diversos erros formais, aderimos ao termo “convenção processual” no presente artigo.

Em um terceiro momento neste capítulo, será demonstrado o panorama das convenções processuais no ordenamento brasileiro, considerando-se a discussão a respeito da divisão indissociável que prevaleceu por muito tempo entre o publicismo e o privatismo no processo. Em paralelo a isso, também se analisarão as mudanças decorrentes da necessidade de se trazer uma maior autonomia das partes, a fim de conectar seus interesses a um objetivo que trouxesse vantagens para ambos, sem negligenciar suas limitações.

### **1.1. Conceituação e classificação breve dos negócios jurídicos processuais**

Os negócios jurídicos se inserem dentro das categorias determinadas dos fatos jurídicos (*lato sensu*), categorizados e classificados de forma didática da seguinte maneira (PONTES DE MIRANDA, 2012; NOGUEIRA, 2018): *i*) fatos jurídicos em sentido estrito, que são aqueles determinados pela natureza e não praticados pelo homem; *ii*) atos jurídicos em sentido amplo, os quais são aqueles atos humanos voluntários. Dentro desta categoria são subdivididos em: *ii.1*) atos jurídicos em sentido estrito: são aqueles em que os efeitos decorrentes do ato já estão previstos em lei (por isso, os atos pretendidos pelo agente não são fruto de escolha voluntária de quem os pratica, mas sim de ordem legal); *ii.2*) negócios jurídicos, em que são aqueles atos em que o sistema jurídico confere a possibilidade dos agentes decidirem qual será o conteúdo de eficácia de seus acordos, ou seja, quais serão os efeitos decorrentes do ato. Por isso, conferem um amplo grau de liberdade aos agentes.

Apesar desse breve panorama em relação a classificação dos fatos jurídicos, o que interessa no presente artigo é a teoria dos negócios jurídicos. Indo mais além e se formos considerar uma perspectiva histórica e de reconhecimento social do caráter jurídico de certos atos, estes negócios sempre foram essenciais nas relações humanas, desde a pré-história (AZEVEDO, 1986, p. 4-6).

---

pode ser perfeitamente incorporada pela Teoria Geral do Processo, não excluindo, entretanto, a importância de readaptação.

Por isso, pode-se definir estes negócios jurídicos também através de uma perspectiva mais social, já que cada membro de diferentes comunidades de características diversas (sejam elas culturais, sociais ou econômicas) é que escolhe quais seriam os atos aceitos e aptos a produzirem efeitos jurídicos, denominando estes de “negócios jurídicos” (AZEVEDO, 1986, p. 10).

Assim, dada a importância dos negócios jurídicos, não há que se negar que sua esfera de atuação cresceu em longa medida ao longo destes anos. Mas também importante ressaltar os grandes embates doutrinários e hesitações ao se reconhecer o instituto na esfera processual. Sua polêmica se deveu basicamente porque os negócios jurídicos assim reconhecidos, e conceituados acima, estavam restritos à esfera privada e o processo, à esfera pública. Por isso, seus objetivos pareciam tão diversos que não se via quais pressupostos poderiam ser utilizados para se aceitar os negócios jurídicos na esfera processual, ainda mais se fosse para modificar o procedimento, o qual era afirmado por muitos como indisponível por lei.

Apesar do embate doutrinário a respeito desse tema e das inseguranças de aceitação dos negócios jurídicos ao meio processual, ao fim ele foi aceito no ordenamento jurídico brasileiro. A princípio teve como bases o direito civil, mas posteriormente foi transposto e readaptado ao direito processual<sup>11</sup>.

Em relação ao conceito dos negócios jurídicos, considera-se no presente trabalho a conceituação já estudada e delimitada por Antônio do Passo Cabral (2016, p. 73), qual seja: “é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.

Importante também trazer nesta parte introdutória, as principais classificações dos negócios jurídicos processuais, sem a pretensão, entretanto, de exaurir o tema, mas sim para ser utilizada como base teórica de acompanhamento do raciocínio desenvolvido no artigo.

Os negócios jurídicos processuais podem ser divididos, quanto a sua função de duas maneiras (CABRAL, 2016, p. 79): *i*) os que impactam o rito processual, ou seja, impactam e modificam as regras processuais ou do procedimento, sendo chamados de “acordos de disposição”; *ii*) os que possuem efeitos abdicativos, chamados de “acordos obrigacionais”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Diversas cautelas foram feitas ao se transportar conceitos preponderantemente da esfera cível para a processual. Uma das grandes protagonistas nesta reflexão foi Paula Sarno Braga [2010, p. 445-474].

<sup>12</sup> Essa classificação guarda uma certa semelhança com o sistema alemão, em que há dois tipos de convenções processuais: a) “convenções/contratos processuais strictu sensu (prozessuale

Quanto ao seu momento de realização, elas podem ser classificadas de duas formas também: *i*) podem versar sobre situações constituídas, sendo, portanto, prévias ao processo; ou *ii*) podem ter por objeto situações constituídas, e por isso, incidentais;

Além disso, as convenções processuais, quanto à tipificação legal, podem ser: *i*) típicas, quando há previsão legal de determinada matéria objeto da convenção processual; *ii*) atípicas, quando não há disciplina na lei. A princípio houve grande embate doutrinário e hesitação em se reconhecer a possibilidade destas últimas, no entanto, por fim se chegou a admiti-las<sup>13</sup>.

Apesar de didática, também se deve admitir a importância de tais classificações. Principalmente no momento posterior de se delimitar as consequências do ato ilícito, já que um negócio jurídico processual viciado pode vir a contaminar posteriormente o procedimento como um todo, assim como também a sentença, vindo a ter efeitos distintos a depender do caso concreto.

## **1.2 Privatismo no processo: possibilidade diante do publicismo?**

Apesar do reconhecimento atual das convenções no processo brasileiro, sempre houve o debate que restringia a sua admissão, pela suposta e alegada divisão intransponível do publicismo e do privatismo. Isto restava claro quando se considerava que as normas processuais, sendo cogentes, não poderiam ser substituídas por aquelas convencionais, a serem celebradas entre as partes, apenas pelo Estado. Foi essa ideia divisória que prevaleceu no Brasil desde o CPC de 1939 (CABRAL, 2016, p. 125), já admitindo a celebração desses acordos em alguns casos de forma implícita e doutrinária, mas só sendo reconhecido expressamente no código atual, ligado a uma ideia de cooperação processual entre as partes (art. 6º CPC).

Nesse sentido é que Antônio do Passo Cabral, em Tese de Livre Docência, intitulada de “Convenções Processuais” (2016), demonstrou ao longo de seu livro dois pontos fundamentais: *i*) que o publicismo

---

Verfügungsverträge), que são contratos que possuem efeito imediato nas regras que governam o procedimento processual nas cortes. Este é muito parecido com os acordos dispositivos do nosso sistema, e temos como exemplo a eleição de foro (art. 63 do CPC e §§ 38 do ZPO) ou cláusulas arbitrais (art. art. 337, X do CPC e 1.032 do ZPO); b) contratos que criam apenas obrigações com respeito ao procedimento (prozessuale Verpflichtungsverträge), que são convenções que não alteram diretamente as regras processuais. Elas somente estipulam um determinado comportamento a ser observado pelas partes no processo. Exemplos destas convenções seriam aqueles que dispõem sobre o uso de alguma prova (KERN, 2015, p. 215-218)

<sup>13</sup> Foram admitidas até por intuito lógico, já que não há mais dúvidas de que o sistema brasileiro processual hoje abarca e fomenta a autonomia da vontade dos sujeitos processuais, sendo as convenções atípicas a máxima concreção desse modelo (CABRAL, 2016, p. 99)

processual não é incompatível com as convenções processuais; ii) que o Estado juiz não é parte da convenção processual e por isso não precisa de sua homologação;

Por isso, mesmo que a passos curtos, passou-se a reconhecer a admissão de algumas exceções a regra geral, a qual delimitava serem as normas processuais apenas cogentes. Esta evolução implicou no natural abandono da visão maniqueísta publicismo x privatismo<sup>14</sup> para possibilitar a utilização do processo como uma relação obrigacional de direito privado entre as partes, que se permitiria a autorregulação de vontades, conforme seus interesses no procedimento (MÜLLER, 2014, p. 149).

### **1.3 Autonomia privada e autorregramento da vontade: *in dubio pro libertate***

Não há que se negar que a forte valorização da autonomia privada teve grande influência ao reconhecimento da possibilidade de livre disposição entre as partes no processo, à auto-regulamentação de interesses privados e à criação de normas segundo os preceitos legais.

Barbosa Moreira sempre defendeu a adoção de um sistema processual em que se preponderasse a autonomia privada, como consequência de uma tutela garantista do processo (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 87-102). Nesse sentido, é que se advogava pelo reconhecimento aos indivíduos de suas capacidades e liberdades de negociação, de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos), estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio) e de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio) do que haviam acordado para poderem produzirem suas próprias normas jurídicas individuais.<sup>14</sup> São estas quatro zonas de liberdade que preponderariam na feitura dos negócios jurídicos (NOGUEIRA, 2018, p. 156-157)<sup>15</sup>, tanto no âmbito civil, quanto processual.

Nesse sentido, as convenções processuais seriam consideradas como mais um instrumento de emancipação civilizatória, ao se permitir o que se chama de *self-governance* processual (DAVIS, HERSHKOFF, 2015, p. 165-166). Desse poder de governança, advém o princípio do *in dubio pro libertate*, ou seja, uma pressuposição às partes do litígio em favor da liberdade de conformação do procedimento pela vontade delas. Assim, para inverter e afastar tal prioridade – seja negando ou invalidando

---

<sup>14</sup> Hans Kelsen já afirmava que a capacidade negocial seria o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos, para em conformidade com as normas jurídicas gerais, cirem também direitos e deveres, isso também através dos negócios jurídicos (1999, p. 103-104).

<sup>15</sup> Essa autonomia privada significa autodeterminação, autorregulação e autovinculação, a qual possibilita às partes criar fontes normativas e definir a produção de certos efeitos sobre situações jurídicas

as convenções processuais - o juiz teria um ônus argumentativo e de fundamentação muito maior do que aquele exigido para a sua mera confirmação (CABRAL, 2016, p. 288).

### **1.3.1 Limites à autonomia privada**

No entanto, apesar do reconhecimento da autonomia privada na esfera processual é errado pensar que a negociação seria um domínio exclusivo de interesses privados. Nem mesmo no direito civil esta concepção se sustenta. A negociação possui consequências e efeitos muito além daqueles delimitados pelas partes, refletindo na sociedade como um todo. Por esse motivo também que é tão importante restringir a autonomia privada e se amoldar ao interesse público. Até porque nenhum princípio é absoluto, muito menos o da autonomia privada.

O ordenamento brasileiro, portanto, trouxe mecanismos de restrição e limitação à autonomia das partes, balizando o autorregramento dos sujeitos. A doutrina, jurisprudência e a própria lei condicionam, portanto, o uso das convenções processuais aos limites formais e materiais delimitados pelo sistema. Não há que se negar que o intuito primordial pareceu ser transformar estes limites como um mecanismo paliativo a afastar a ordem de questionamentos e críticas que vinha surgindo sobre uma possível “mercantilização do processo” ou redução do poder Estatal. Entretanto, há que se admitir os benefícios que estes limites trouxeram ao regulamentar a esfera negocial das partes no processo.

Nesse sentido, a dinâmica economicista criticada por atribuir maior liberdade às partes no processo só poderia ser confrontada pela força estatal de seu último poder decisório. Em outras palavras: é permitido que se tenha convenção entre as partes, desde que o Estado também “participe” de alguma forma da elaboração dessas regras, seja pela estipulação de modelos formais ou seja para controle de legalidade delas. Por isso, para serem válidas as convenções, seria imprescindível que (CABRAL, 2016, p. 87):

- i) houvesse o respeito ao princípio de determinação, ou seja, que a convenção fizesse referência a uma relação jurídica ou conflito específico, ao delimitar exatamente o conteúdo da situação processual a que estivesse disposto;
- ii) se possível, incluísse um limite temporal (duração do acordo);
- iii) Se observasse os requisitos de validade dos negócios jurídicos que a lei material delimita: agente capaz,

objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 104 a 166 do CC);

- iv) As partes deliberassem apenas sobre situações jurídicas que estivessem em sua esfera de autonomia. Por exemplo, não estariam autorizadas a dispor sobre segredo de justiça (DIDIER, 2019, p. 39)<sup>16</sup>, já que publicidade é em prol da comunidade; nem mesmo sobre o afastamento do MP do processo; tampouco poderiam decidir sobre exclusão de custas processuais.

### **1.3.2 Controle de Limites gerais inerentes às Convenções Processuais**

Conforme se mencionou acima, a autonomia privada, como qualquer outro princípio do ordenamento brasileiro, não é um princípio absoluto e deve ser limitado conforme as finalidades do instituto.

Além do Estado ter imposto tais requisitos para talvez não atribuir poderes exclusivamente às partes e permanecer com uma certa margem de controle da situação, não há que se negar que sem as respectivas restrições, poderia se levar facilmente à criação de negócios jurídicos ilícitos, através, por exemplo, da simulação.

Por isso, a definição de limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes é imprescindível para se evitar prejuízos negociais e está vinculada precipuamente com questões de ordem social e de garantia no processo<sup>17</sup>.

Além dessas exigências, e tendo em vista os valores sociais de cooperação que o CPC atual trouxe para o ordenamento brasileiro (art. 6º)<sup>18</sup>, a celebração do negócio jurídico não escapa à observância dos deveres de comportamento das partes.

Desse modo, consonante à limitação da autonomia privada dos sujeitos, deve-se observar, além dos requisitos formais, também os de ordem moral e que estão expressos no ordenamento, como o de lealdade, boa-fé ou o dever de veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão

---

<sup>16</sup> Não se admite acordo de segredo de justiça no Brasil até por imperativo constitucional (art. 5o, LX; art. 93, IX, X da CF). Caso as partes desejem um processo sigiloso, deverão optar pela arbitragem. No entanto, na França, até pela falta de disposição constitucional, este tipo de acordo é permitido (art. 435, CPC francês).

<sup>17</sup> A doutrina menciona ser de três esferas a questão social e garantista do processo e que devem ser respeitados principalmente quando as partes estiverem realizando tais convenções processuais: i) disponibilidade do direito material em juízo; ii) respeito ao equilíbrio e igualdade das partes, para que não haja benefício de uma delas em detrimento de outra; iii) preservação dos princípios e garantias fundamentais do processo nos acordos processuais

<sup>18</sup> Art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

e preservação das finalidades sociais do instituto. São estes limites que são impostos às partes que devem levar também ao seu controle de validade.

Por fim, ainda se discutiu se haveria a restrição e delimitação de determinadas formas a serem observadas nas convenções processuais. No entanto, parece que o CPC não trouxe nenhuma exigência nesta esfera, e por isso, podem ser tanto verbais, quanto escritas. Entretanto, caso sejam celebradas oralmente em audiência, devem ser registradas a termo (art. 457 do CPC/73; art. 334, § 11 e 367 do CPC/2015)<sup>19</sup>.

## 1.4 Projeções do Instituto

Nesse sentido, há um entendimento de que as seguintes disposições nas convenções processuais seriam permitidas, por exemplo (NOGUEIRA, 2018, p. 294-299):

- i) calendário processual (art. 191 CPC): as partes estipulariam as datas e os prazos que melhor lhes apropsessem para praticar os atos essenciais no processo, e dessa forma dispensariam as intimações posteriores<sup>20</sup>;
- ii) pacto de não recorrer/acordo de instâncias: podem ser aquelas convenções que estipulariam antes ou no curso do processo a exigência da tramitação dele apenas em uma determinada instância;
- iii) na execução<sup>21</sup>, através de acordos a respeito da supressão ou antecipação de atos processuais, como por exemplo, na estipulação de impenhorabilidade de um determinado bem<sup>22</sup>; ou na escolha prévia de um bem a ser penhorado, assim como do depositário destes bens (art. 840, § 2º CPC), ou pela sua avaliação prévia; ou então acordos para evitar possíveis constrições judiciais ou para afastar medidas coercitivas;

---

<sup>19</sup> Já afirmava Barbosa Moreira serem os negócios jurídicos processuais de caráter livre quanto a sua forma [1984, p. 186].

<sup>20</sup> A calendarização processual vai de encontro convergente com um maior rendimento e eficiência no processo (art. 8º CPC), possibilitando também corte de custos, já que não seria necessária a realização de citações para determinados atos.

<sup>21</sup> Condizente com a regrada disponibilidade de execução disposta em art. 775 do CPC, já que a execução se desenvolve no interesse do credor, que, por sua vez, possui a liberdade de decidir, unilateralmente, entre executar ou abdicar total ou parcialmente da execução. Fredie Didier Jr. [2018, p. 71] já afirmava ser uma de suas premissas o fato da Execução ser o ambiente mais propício à celebração de negócios jurídicos processuais.

<sup>22</sup> Cf. Antônio do Passo Cabral [2016, p. 300-301] não há nenhuma vedação no ordenamento jurídico a que as partes estabeleçam, consensualmente, em negócios pré-processuais ou processuais novas categorias de bens impenhoráveis.

- iv) Outras convenções típicas que já eram admitidas no ordenamento brasileiro há tempos: eleição de foro, acordo de aceitação do litisconsórcio, acordo para afastar denunciação da lide, acordo para afastar chamamento ao processo, definição do procedimento de mediação, para afastar liquidação provisória de sentença, para afastar o cumprimento provisório de sentença, confissão negociada, dentre outras (NOGUEIRA, 2018, p. 305-306).

## **Parte II - Elementos específicos: A Simulação e Colusão**

### **1. Simulação jurídica: Conceitos Gerais no Direito Civil**

Na parte I do presente artigo foram feitas análises breves e gerais sobre os pressupostos e questionamentos que permeiam o instituto dos negócios jurídicos processuais. Nesse sentido, concluiu-se que possuem diversas vantagens para a sociedade e às partes e trazem muito mais benefícios do que prejuízos. No entanto, onde há autonomia privada e disposição de direitos pelos indivíduos por negociação (ato lícito), também há vícios por atos ilícitos.

Tais atos existem em qualquer tipo de negócio jurídico, seja na esfera privada do direito civil ou na processual. Dessa forma, o estudo das convenções processuais não deve se limitar apenas ao seu objeto, conteúdo ou limites, mas também em relação aos possíveis vícios decorrentes dele, como por exemplo a simulação, tema pouco estudado na doutrina brasileira.

Nesse sentido, o presente capítulo tem a intenção de trazer alguns conceitos gerais da simulação, originários *a priori* do direito civil e que seriam transpostos para o direito processual, com base em alguns fundamentos com o nome de “colusão processual”.

Em suma, serão demonstradas as bases teóricas destes dois vícios presentes na sociedade, para que se possa em momento posterior analisar a colusão também nas convenções processuais e a necessidade de preveni-la.

#### **1.1. Definições Gerais**

O negócio jurídico simulado é conceituado no direito civil como aquele que tem uma aparência contrária à realidade, seja porque não existe em absoluto ou seja porque é diferente em sua aparência (FERRARA, 1939, p. 51). Nesse sentido, o vício decorreria do fato de existirem dois

contratantes que, para garantir a consumação de seus fins particulares<sup>23</sup>, acordam em ludibriar sujeitos externos ao negócio, para fazer-lhes acreditar que realizam um ato que realmente não queriam efetuar, apenas ansiando engendrar nos outros uma falsa representação de suas vontades (FERRARA, 1939, p. 51).

Portanto, a característica fundamental deste instituto é a divergência e contraposição intencional entre a vontade interna dos sujeitos<sup>24</sup> e a declaração que exteriorizam, trazendo uma ilusão de existência do negócio que na verdade não deveria existir (FERRARA, 1939, p. 52).

Importante mencionar que no CC/1916 havia uma certa diferenciação de dois tipos de simulação: aquelas que havia intenção de enganar alguém e de prejudicar terceiros (nocente – art. 102 do CC/1916) e aquela que não havia esta intenção (inocente – art. 103 e 104 do CC/1916)<sup>25</sup>. A primeira delas, sendo aparentemente mais grave, seria causa de nulidade; enquanto que a segunda, menos prejudicial, seria motivo de anulabilidade<sup>26</sup>. No entanto, conforme se verá mais adiante, essa divisão não tem mais qualquer fundamento para determinar a causa de invalidade do ato jurídico, já que o atual CC<sup>27</sup> nem sequer fez esta distinção.

Portanto, atualmente a simulação é caracterizada como qualquer ato que possui a finalidade de trazer uma eficácia diversa do que se declara, independentemente de prejuízo a terceiros. Assim, qualquer ato de

---

<sup>23</sup> A finalidade da simulação, ou seja, o que leva as partes à prática de tal ato e assim criação de um negócio aparente e não do que realmente intentam é que se denomina causa simulandi e que não se confunde com a causa do contrato (Cf. GAINO, 2007, p. 56-57).

<sup>24</sup> Nesse sentido, o que há é a ocultação da vontade verdadeira do declarante, restando à vítima apenas aquela que entende como única. Tal vício social, portanto, afeta precipuamente a função social dos negócios jurídicos, já que se obstaculiza a produção dos efeitos que deveriam ser aqueles apresentados em declaração, mas não o são [MONTEIRO FILHO, 2007, p. 115-116].

<sup>25</sup> 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”.

Art. 104: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

<sup>26</sup> No CC de 1916 (arts. 102 a 105) a simulação podia ser também causa de anulação do negócio jurídico, isso porque se diferenciava entre a simulação nocente ou inocente. Apenas a nocente seria causa de nulidade, pois mais grave. No entanto, com o CC atual, retirou-se essa diferenciação e passou a ser causa de nulidade em qualquer hipótese, seguindo-se o modelo de outras legislações estrangeiras, como o BGB (§ 117) e a italiana (art. 1414), em que considera a simulação causa de nulidade.

<sup>27</sup> Art. 167, § 1º: “Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.” Redigiu-se tal artigo igualmente ao do art. 102 do CC/1916, entretanto, não se acrescentou os arts. 103 ou 104 que determinavam a diferenciação de simulação nocente ou inocente.

simulação padecerá de nulidade e não mais de anulabilidade, como era possível em alguns casos.

### **1.1.1. Simulação absoluta**

Na simulação absoluta, o negócio como um todo é pura aparência ou ficção, ou seja, as partes não querem o ato, e por isso nada tem de real no ato jurídico formado. Por isso, limita-se a uma forma vazia para ludibriar os sujeitos externos ao negócio, desejando somente a declaração, sem apresentar nada de verdadeiro de suas intenções (GAINO, 2007, p. 60).

### **1.1.2. Simulação relativa**

Simulação relativa ocorre quando as partes concordam que nas suas relações internas há relevância um contrato diverso do realizado, e este seria denominado “dissimulado”, enquanto coberto pelo contrato simulado. Por isso, é chamada de “relativa”, já que sob a aparência de um negócio falso, oculta-se o verdadeiro (GAINO, 2007, p. 62).

Tem-se como exemplos a doação sob aparência de venda, com objetivo de subtrair eventuais pretensões dos herdeiros do vendedor; venda com preço declarado diferente do real, com objetivo de fraude quanto ao imposto devido pela transferência; venda com interposta pessoa, com a intenção de ocultar o verdadeiro adquirente. Em suma, são todos estes atos que perseguem fins ilícitos, e que geram fraude ao fisco, ao direito dos credores ou de terceiros.

## **2. Projeções e panoramas práticos**

Há diversas esferas que podem ocorrer a simulação das partes para conseguir objetivo ilícito, ou seja, não permitido por lei. Assim, as partes tentam contornar essa proibição legal através da realização de outro negócio jurídico, que não encontra qualquer óbice.

Nesse sentido, tal ato pode ocorrer quando, por exemplo (FERRARA, 1939):

- v) o devedor forja alienações de seus bens ou patrimônio pretendendo subtraí-los à possível penhora em processo judicial, seja em ação de execução que ainda não iniciou ou que já esteja em curso;
- vi) Também para enganar terceiros credores os devedores realizam contratos simulados de depósitos ou de comodato, por meio dos quais fingem que certos bens pertencem a outrem;

- vii) Confessa-se uma dívida, quando, em realidade, dívida alguma existe. Isso ocorre geralmente para prejudicar terceiros credores, já que em uma situação de assembleia de credores numa falência, por exemplo, teriam preferência os credores com garantia real em detrimento dos outros credores (art. 83, II da Lei n. 11.101/2005);
- viii) Há uma interposição de pessoa real, sendo o negócio feito a três. Ocorre quando, por exemplo A e B acordam que C figurará como adquirente do bem, mas na realidade quem irá adquirir será B. Assim, C quem ficará com a obrigação de pagar o preço ou transmitir o direito e eventuais obrigações para B. Portanto, essa pessoa interposta (C) apenas exerce a função de “ponte” para realização do negócio efetivo, realmente querido pelo simulador. Assim, ela não tem interesse algum no negócio, a não ser favorecer o simulador;
- ix) Envolver o conteúdo do negócio, nos casos em que há negociação de bem diverso do declarado. Estipula-se um determinado móvel, quando, na realidade, vende-se outro. Isto ocorre tanto para causar prejuízos a terceiros, como o Fisco, quanto para conseguir vender um objeto imoral ou ilícito, como a venda de órgão de corpo humano;
- x) Se dá em cláusula simulada, em que se estabelece pagamento à vista do preço do bem a ser vendido, quando, na realidade, este é vendido em parcelas;
- xi) Há venda de bens de ascendente para descendente, sem o consentimento dos demais descendentes e do cônjuge, situação esta, em regra, a mascarar a verdadeira intenção: doação. Dessa forma, a doação permanece oculta e é prejudicial aos demais descendentes, porque não será levada à colação no processo de inventário, para equilíbrio dos quinhões da herança.

Apesar destes exemplos de ocorrência de simulação no cotidiano, dificilmente é feita a sua comprovação. No entanto, ela pode ser evidenciada, normalmente, por indícios, como a ausência de registro de compromisso de compra e venda no cartório competente, a ausência de reconhecimento das firmas das partes e testemunhas ou ausência de prova de pagamento do preço ou valor absolutamente diverso do que normalmente se vê na prática do mercado.

### 3. Simulação no Processo: Colusão entre as partes

Até o momento foi visto como o ordenamento brasileiro lida com a simulação no direito civil, através da breve descrição de alguns pontos essenciais que serão importantes quando se chegar à análise mais específica dos negócios jurídicos processuais. Isso porque os vários objetivos e estados subjetivos que levam as partes a concluir um negócio jurídico na esfera do direito civil também pode se manifestar no processo. E assim como pode ser que as partes emitam declarações para conseguir uma finalidade diversa ou contrário à lei na área do direito privado, também pode ocorrer no direito público.

Tendo isto em vista, nos próximos capítulos será estudado como essa simulação estudada anteriormente no direito civil se dá no processo civil, também denominada de “Colusão Processual”<sup>28</sup>.

Para isso, será feita uma breve descrição de seus conceitos básicos em um primeiro momento. Considerar-se-á para tanto a divergência doutrinária que permeou o instituto, sem pretender esgotar o tema. Assim, o estudo se permeará por uma concepção de efetividade, de acordo com a ausência dos deveres jurídicos de cada uma das partes no processo, como por exemplo, a falta de cooperação, lealdade, veracidade e boa-fé que se configuram quando ocorre a colusão.

Em um segundo momento serão dadas algumas exemplificações de como a simulação pode ocorrer, principalmente em casos de execução, cuja matéria possui maior incidência prática.

#### 3.1 Conceitos Básicos

Colusão é a denominação que se emprega para caracterizar a existência de simulação no processo: “é a expressão empregada para designar a combinação, a conivência, o conluio ou o pacto entre as partes que litigam simuladamente ou não, com o intuito de enganar o juiz, com prejuízo de terceiro” (ENCICLOPÉDIA saraiva do direito, 1977, p. 150-151).

---

<sup>28</sup> O ordenamento brasileiro regula a colusão no art. 142 do CPC: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, as penalidades de litigância de má-fé”.

O dispositivo mudou um pouco desde o CPC/73, já que no art. 129 dispunha o seguinte: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processos para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

Os grifos foram realizados para demonstrar a diferença entre os dois dispositivos, e os acréscimos feitos.

Apesar do conceito já estar aparentemente consolidado na doutrina processual, nem sempre foi assim. Havia discussão forte a respeito da possibilidade ou não de haver simulação no processo civil. A tendência era de se acreditar que o acordo simulatório seria inviável por faltar a concórdia de todos os participantes da relação processual, ou seja, por faltar a participação do magistrado, que exerceria a autoridade pública e por isso estranho à intenção real dos litigantes<sup>29</sup>. Outros, justificavam a impossibilidade através do argumento de que o processo seria uma relação de direito público e não privado, e que, por isso a figura do juiz estaria desvinculada e externa ao objeto simulatório<sup>30</sup>.

No entanto, a corrente vencedora foi aquela que considerou ser possível a simulação no processo. O argumento que confirmou essa situação e que foi considerado irresponsável para muitos foi quando se salientou ser o processo simulado nada mais do que um negócio simulado realizado com instrumentos processuais.

Portanto, o processo simulado passou a ser delimitado como aquele em que as partes tentam conseguir um resultado diverso do que normalmente deveriam obter numa demanda, e que irá coincidir com as consequências processuais. Nesse sentido, procuram obter com a sentença judicial a obrigação de alguém de ceder um direito ou a assumir uma obrigação fundada num direito material real, mas apenas querida na aparência e não no mundo fático. A sentença, absorvendo tal situação, fundamentaria tal vínculo obrigacional que as partes só quiseram fictamente, vindo, posteriormente, a prejudicar terceiros (GAINO, 2007, p. 143-144).

### 3.2 Crítica conceitual no CPC

Muito se discutiu sobre a existência ou não da simulação entre as partes no processo. Depois de uma certa discussão doutrinária e aceitação jurídica quanto ao instituto, conforme observamos em tópicos anteriores, a legislação admitiu sua possibilidade.

O argumento aparentemente irresponsável de Mosset infelizmente não se desincumbiu de retirar as possíveis dúvidas quanto a relação jurídica processual tripartida (juiz, autor, réu) e a questão de haver ou não simulação por conta das sombrias dúvidas da falta de anuência do juiz com o fato posto ou negociado entre as partes. Assim, no caso em que

---

<sup>29</sup> Essa concepção era a predominante e vanguardada por Hector Cámara [1944, p. 129-130] e Francisco Ferrara que sustentava fortemente a impossibilidade de haver simulação no processo [1939, p. 143].

<sup>30</sup> Francisco Ferrara era favorável a essa posição, apesar de admitir as mesmas influências subjetivas e objetivas do direito material ao processo [1939, p. 132-134].

as partes estivessem de acordo que a ação seria unicamente aparente, com intuito simulatório, tal vontade seria ignorada pelo juiz e estranho aos seus designios. Por isso faltaria um dos requisitos essenciais para haver simulação: participação nela de todos os sujeitos da relação.

Assim, o que aparentemente existiria no processo seria uma reserva mental, sem qualquer valor jurídico. Desta reserva recíproca dos litigantes em juízo se ocuparia a lei denominando de colusão (art. 142 do CPC). Em relação aos terceiros prejudicados por tal ato, este deveria ser denominado de dolo em prejuízo de terceiros e não simulação, porque nem todas as partes participaram do processo.

No entanto, poderia se argumentar de que havendo a necessidade de haver participação de todas as partes na relação jurídica processual, o instituto da simulação não existiria, porque em qualquer ato deveria ser necessária a manifestação do juiz. Mas não descartamos a possibilidade de haver simulação entre todas as partes, até mesmo com o magistrado, que, com a aceitação do negócio simulado, beneficiaria os sujeitos por meio de sua sentença, a qual poderia ser utilizada posteriormente como título executivo judicial, por exemplo.

Além de não excluir a ideia de o magistrado ter participado do negócio jurídico simulado, não há como se negar que as convenções processuais já permitem uma relação jurídica processual restrita às partes. Portanto, com a admissão cada vez maior da autonomia privada no instituto, não há como não se admitir a simulação nesse instituto, principalmente se utilizar como argumento de que só haveria simulação se todas as partes participassem da relação jurídica.

Assim, no CPC atual aparentemente o que há é um erro terminológico sem os devidos cuidados com a nomenclatura originária do direito civil. Isso porque nosso CPC menciona a ideia de colusão (art. 142 CPC), quando o que na verdade se teria uma reserva mental no processo como um todo, existindo apenas esta simulação quando os atos fossem restritos às partes ou em caso de admissão de participação e auxílio do juiz neste intuito simulatório.

Além disso, o CPC atual ainda utiliza a nomenclatura no título que rege a ação rescisória processual. Apesar disso, não se refere apenas ao processo em geral aparentemente, mas insere também a sua ocorrência em caso de simulação em quaisquer das fases ou momentos dos atos processuais. Ou seja, o negócio jurídico, sendo um ato jurídico lícito, seria passível de simulação, e caso viesse a influenciar a sentença consequente, seria admitida a ação rescisória, conforme disposição expressa no art. 966, III, CPC.

Por esse motivo, mister analisar as diferenciações entre as duas situações acima descritas, o que será feito mais adiante no artigo, ao discorrer sobre a anulação do negócio jurídico simulado ou da ação rescisória de uma sentença que se baseou neste ato jurídico ilícito.

De maior gravame seria a análise do caso em que o juiz participou da colusão das partes para se ter um negócio jurídico simulado. Isso porque significaria a deturpação da máquina pública e de seu funcionamento, já que, com base em interesses e benefícios recíprocos, descaracterizaria a função do magistrado.

#### **4. Projeções e Manifestações no Processo**

Após a discussão a respeito da possibilidade de haver simulação no processo, restaria estabelecer quais seriam as hipóteses de cabimento da colusão e assim as suas diversas exemplificações práticas.

Um exemplo dado seria a declaração de débito sob forma de confissão judicial apenas para constituir um título executivo judicial, sem verdade absoluta no que se afirmava. Já o negócio simulado seria o emprego do juízo com o objetivo de angariar um negócio que não se poderia validamente constituir ou fazer crer existir um estado jurídico ou uma relação de crédito e débito que as partes considerariam entre elas inexistente.

Outro exemplo é quando o devedor simula com pessoa de sua confiança, acionando-a fictamente em juízo por um crédito fictício, a fim de realizar um acordo simulatório. O objetivo seria a obtenção de uma sentença condenatória que constituiria título executivo e serviria para ingresso em concurso de credores ou para obtenção de penhora. Com isso, constituiria uma preferência fictícia em relação a este credor também fictício em detrimento dos credores reais, apenas para que estes ficassem sem garantia patrimonial para satisfação de seus créditos (GAINO, 2007, p. 140-141).

Além disso e no mesmo exemplo realizado, pode haver penhora do patrimônio disponível pelo credor fictício, havendo, no curso do processo, a remição dos bens pela esposa ou por parente do falso devedor<sup>31</sup>. Assim, pode este credor fictício resgatar o bem apenas para que este fique livre de outras execuções. A remição ainda seria feita mediante depósito de valor da arrematação ou adjudicação, em que o valor seria levantado pelo credor fictício e posteriormente entregue ao devedor fictício (GAINO, 2007, p. 71).

---

<sup>31</sup> Art. 674: Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Outro exemplo de colusão seria durante o curso de um procedimento executório real. Ou seja, o devedor real realiza um contrato com simulação de data (expediente antedatado) com outrem sobre um bem que já havia sido supostamente vendido a este. Assim, aparece no meio do processo de execução este terceiro que está em conluio com o devedor real afirmando ser dono ou possuidor do bem penhorado, interpondo embargos de terceiro (art. 674 do CPC). Este terceiro apresenta como prova de sua posse um contrato particular em que a data do bem alienado é anterior à data da execução (entretanto, é falsa). Assim, o devedor fictício se vê protegido de possível penhora de seu patrimônio ou bens através deste contrato aparente antedatado.

Como podemos perceber, o processo executivo constitui campo de maior probabilidade de incidência de simulação, principalmente por não comportar exame de mérito em caso de não produção de embargos. O que resta ao credor verdadeiro é demonstrar, em sede de defesa nos embargos de terceiro a simulação do negócio invocado. Isto para que suas provas trazidas sejam suficientes para requerer a desconstituição da penhora em relação ao terceiro participe do acordo simulatório e consiga ter seu crédito satisfeito.

#### **4.1 Ausência de boa-fé e cooperação processual**

O princípio da boa-fé objetiva, o qual norteia o comportamento humano e os atos processuais como um todo deve ser observado em qualquer ato jurídico realizado pelas partes, seja na preparação, na formação, ou na execução dos negócios jurídicos (GAINO, 2007, p. 96).

Além desta percepção objetiva, a qual concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial (MARTINS-COSTA, 2018, p. 43-45)<sup>32</sup>, passa a ser importante analisar também a sua acepção subjetiva, determinando que cada homem obre seus atos de acordo com o que obraria um homem reto, ou seja, com honestidade, lealdade e probidade perante os casos concretos (ZANETI JR., 2008, p. 409-410).

Isso decorre principalmente da crescente importância das relações comerciais que prescindem do respeito à boa-fé para sua funcionalidade e desenvolvimento, havendo uma necessidade cada vez maior de se observar a lealdade e probidade processual (arts. 5º e 6º, CPC)

---

<sup>32</sup> É possível discernir melhor os fundamentos da boa-fé objetiva através de sua funcionalidade, atuação e eficácia. Isto porque ela seria: i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e de consideração às legítimas expectativas; ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas; iii) via de correção do conteúdo contratual, assim como fonte de interpretação dos negócios jurídicos.

Com isso, as partes, em qualquer ato processual, e principalmente ao celebrarem um negócio jurídico processual, devem agir de acordo com os ditames comportamentais dispostos na boa-fé. Por isso, a convenção processual, reflexo da autonomia das partes, não pode ser utilizada se não com respeito aos deveres processuais legalmente estabelecidos, como os da lealdade, boa-fé ou o da veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão no uso dos instrumentos processuais.

Com este entendimento, e com a finalidade de sistematizar tal ideia, é que houve a delimitação do Enunciado n. 405 do FPPC, trazendo os seguintes dizeres, e com base no art. 113 do CC e 190 do CPC: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nesse sentido, qualquer negócio jurídico que fira os princípios determinantes da boa-fé e da cooperação processual, será considerado como viciado, ensejando a configuração de seu abuso e levando às penalidades descritas na teoria das nulidades processuais, conforme será melhor analisado em tópico posterior.

Por isso é que a simulação, ou colusão nos negócios jurídicos, caracterizado como uma mentira dissonante da declaração e intenção das partes, afronta aos princípios da lealdade e boa-fé, sendo assim, espécie de defeito do negócio jurídico, e por isso passível de nulidade tanto no CC (MONTEIRO FILHO, 2007, p. 137-138)<sup>33</sup>, quanto no CPC.

### **Parte III - Elementos de intersecção**

#### **1. Negócios Jurídicos: Base Civil à Adaptação Processual – relação de direito material e processual**

Em um tema de tão grande conteúdo na esfera do direito civil, como é o tópico dos negócios jurídicos, mister trazer alguns panoramas quanto a esta interligação. Ainda mais porque diversos conceitos utilizados até então no presente artigo advieram do direito material. Portanto, a questão aqui que se insere é demonstrar como é possível que bases teóricas do direito civil venham a solucionar problemas complexos existentes no ramo do direito público.

Primeiramente é importante salientar que esta relação já é antiga, apesar de correntes salientarem por muito tempo a autonomia do direito

---

<sup>33</sup> No entanto, importante salientar uma certa diferenciação que se fazia em relação aos negócios jurídicos simulados, já que no CC/1916, apenas se considerava defeito capaz de invalidar (anular) o negócio a simulação que fosse praticada com a intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei (art. 103 CC), aquele que não tivesse causa o prejuízo de terceiro, seria causa de anulabilidade e não de nulidade. Atualmente, entretanto, não há que se discutir sobre a intenção das partes, pois o negócio jurídico simulado, qualquer que seja a intenção, é taxativamente nulo (art. 167).

processual e negarem a conexão entre ambos. No entanto, o presente artigo possui como um dos seus pressupostos a correlação imprescindível entre o direito material e processual. Segue-se a noção advinda de Carnelutti, o qual utilizando a expressão “teoria circular dos planos” afirma que entre o processo e direito material há uma relação circular, ou seja, o processo servindo ao direito material, também necessita que seja servido por ele. Portanto, o processo precisa estar adequado ao direito material que pretende servir.

Assim, não há mais sentido nas noções de que haveria autonomia absoluta do direito processual em relação ao direito material. Isso porque o direito processual recebe influência direta de ideologias políticas, sociais constatadas no direito material (ZANETI JR., 2008, p. 418-420), e por isso estão intrinsecamente interligados.

Portanto, o direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano de direito material, sendo o primeiro formado por todo o conjunto de princípios e regras que regulam o exercício de jurisdição, da ação, defesa e do processo, conforme já foi bem delineado pela doutrina processual (BEDAQUE, 2011, p. 15).

Essa combinação que existe entre normas materiais e processuais deve ser harmonizada também para o estudo e análise dos fenômenos jurídicos das convenções processuais. Nesse sentido, as regras que governariam as convenções processuais poderiam ser as mesmas das que delimitam os contratos das leis substantivas (KERN, 2015, p. 219)<sup>34</sup>, de forma análoga. Isso pode ser ainda mais certo ainda se afirmamos que as regras do direito civil em relação aos contratos seriam regras do direito geral como um todo e assim seriam base para todos os ramos do direito.

No entanto, para se tomar tal afirmação deve se ter cuidado, principalmente no que se refere as regras relativas às nulidades e pressupostos processuais, as quais possuem delimitação e instrumentalidade própria, já que norteadas também pelo princípio finalístico do aproveitamento da convalidação de atos, algo diverso do que ocorre no direito civil, já que não há essa base fundamental de saneamento de vícios. Ou seja, há atos que são insanáveis, algo diferente do que ocorre no processo civil. Além disso, outras normas processuais, não há como se negar, possuem sua autonomia e não podem ser regradas por normas de outros dispositivos.

No entanto, em algumas matérias pode-se afirmar que há a possibilidade de aplicação análoga a soluções dadas pelo direito civil,

---

<sup>34</sup> Nos EUA, por exemplo, para realizar o controle prévio do consentimento das partes nas convenções processuais se considerou utilizar os mesmos pressupostos e requisitos dos contratos do direito material.

principalmente quando não houver regramento próprio no direito processual e que, contudo, seja necessário dar uma resposta ao sistema. Na identificação e classificação dos vícios já está consagrado na doutrina a possibilidade do direito processual se valer da sistemática desenvolvida pelo direito material civil, pois valeria para toda a teoria geral do direito, principalmente em relação a análise nos diferentes planos (existência, validade e eficácia) e suas consequências jurídicas (SICA, 2008, p. 191).

Apesar de se admitir o uso de determinados conceitos do direito civil para o direito processual como um todo, para que isso ocorra é necessário acima de tudo realizar as adaptações cabíveis. Assim, pode-se aplicar às convenções processuais a sistemática da teoria dos negócios regulada no direito civil, mas ao ser utilizada pelo intérprete, deve-se adaptá-la no que tange aos requisitos, efeitos, limites e consequências cabíveis.

Em suma, as normas de direito civil e processual estão intimamente relacionadas, e as primeiras podem ser utilizadas principalmente quando faltar regramento suficiente que delimite uma certa matéria no segundo. Caso ainda não tenham lacunas dispostas no ordenamento processual, seria possível sim combinar com regras do direito civil para fins de interpretação e solução de problemas com maior efetividade, e visando à harmonização concreta, com as adaptações cabíveis.

## **2. Colusão nos Negócios Jurídicos Processuais**

Conforme foi analisado, a simulação acontece no processo civil com o nome de “colusão”. Isso ocorre quando as partes realizam um negócio jurídico com base em fundamentos falsos, e com a finalidade de criar uma determinada situação jurídica que resulte em benefício a uma ou ambas as partes.

No entanto, a simulação processual não ocorre apenas com a propositura de um certo processo simulado, há este quadro também quando se celebra uma convenção processual, em que as partes dispõem alguma alteração procedimental na lide (DIDIER, 2018, p. 38)<sup>35</sup>, e então se aplicaria o art. 142 do CPC, impondo ao juiz o dever de proferir decisão que coíba a intenção fraudatória das partes.

## **3. O juiz é Parte da convenção?**

De acordo com o princípio da relatividade dos contratos, que também pode ser transposta para o direito processual, a convenção processual

---

<sup>35</sup> Conforme o autor: “As convenções processuais remetem a temas muito técnicos, o que ressalta o perigo de que a disposição sobre garantias processuais inviabilize ou torne muito oneroso o exercício dos direitos materiais, podendo também camuflar situações de ilicitude, ou então de renúncia a direitos fundamentais sobre pelas convenções”.

vincula todas as partes que firmaram o negócio, impondo deveres e direitos de ambas as partes.

No entanto, apesar de existir o *vinculum iuris* para os que anuíram ao negócio jurídico, pode ser que as convenções tragam efeitos também para terceiros, sejam eles positivos ou negativos, são os denominados “efeitos reflexos”, “indiretos” ou “secundários” (CABRAL, 2016, p. 249).

Além destes efeitos, cabe ainda indagar se o juiz participa e faz parte da relação jurídica das convenções processuais ou se é mero observador do acordo ou ainda se apenas recebedor dos efeitos indiretos causados.

Tais questões são muito relevantes para o artigo, pois, com base nelas, poder-se-ia firmar um entendimento correto quanto ao conceito de simulação no processo civil, e se ficar comprovado que o juiz faz parte da convenção processual, talvez indiretamente ele seria responsável também por um acordo simulado no qual não invalidou *prima facie* ou então homologou de pronto. Assim, será preciso responder também os seguintes questionamentos: ficará o juiz vinculado, devendo cumprir e dar cumprimento às disposições pactuadas entre as partes? Deverá homologar as convenções previamente ou exercer um controle posterior de validade e adimplemento?

Para Antônio do Passo Cabral, como não haveria liberdade para o juiz nos termos em que se observa para as partes, o magistrado não poderia ser considerado parte dessas convenções. Apesar disso, ele estaria vinculado a elas<sup>36</sup>.

### **3.2 Desnecessidade de homologação prévia das convenções processuais e sua vinculação**

Para se refletir se o magistrado seria parte na convenção processual ou não, mister responder a princípio se haveria necessidade de homologação dele quanto a este acordo.

Antes de tudo, importante realizar a divisão entre dois tipos possíveis de atos no processo: *i*) atos estimulantes, em que os efeitos que as partes anseiam não são os diretamente pretendidos, como por exemplo as petições, requerimentos; *ii*) atos determinantes, aqueles que desencadeiam diretamente efeitos processuais ou atingem por si só uma situação jurídica processual, sem haver necessidade de outros sujeitos.

Nesse sentido, seria necessário classificar os negócios jurídicos processuais em relação a estes dois atos para que assim se respondesse à

---

<sup>36</sup> Pedro Henrique Nogueira também entende que o juiz se vincularia diretamente aos negócios jurídicos processuais, devendo ainda promover a implementação de todos os meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes (2018, p. 267).

pergunta se haveria imprescindibilidade da homologação do juiz para os acordos realizados entre as partes.

Enquanto para uma certa doutrina os negócios jurídicos processuais apenas poderiam ser admitidos e ter os efeitos pretendidos pelas partes se houvesse a homologação do juiz, caracterizando-o como atos estimulantes; para outra, considerando os negócios atos determinantes, não haveria necessidade de homologação prévia para se produzirem efeitos, sendo suficiente a vontade negocial das partes para se ter a validade e eficácia direta no processo desde o momento de sua celebração (CABRAL, 2016, p. 144)<sup>37</sup>.

No entanto, o entendimento que se baseia todos os outros fundamentos decorrentes no artigo é de que seria desnecessária a homologação do juiz para que as convenções processuais tivessem validade e produzissem os efeitos pretendidos pelas partes. Isso porque o art. 200 do CPC/38 é expresso em determinar que os atos das partes, através de declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produziram imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Por isso, além do texto legal já caracterizar as convenções processuais como atos determinantes e por isso com validade e eficácia imediata, o enunciado n. 261 do FPPC já trouxe o regramento da matéria. Se assim não o fosse, tais acordos padeceriam de efetividade e até mesmo perderiam sua razão de ser. Isso porque seria provavelmente muito mais fácil requerer ao juiz e em petição simples que houvesse o acordo a ter que realizar uma convenção para tanto.

Portanto, a homologação das convenções não poderia ser considerada pressuposto para eficácia. Primeiro porque elas decorrem diretamente da autonomia das partes no processo; segundo que, compreender a homologação prévia como necessária significaria negar absolutamente a autonomia na qual a negociação se baseia; e terceiro que pode haver ainda acordos celebrados antes até mesmo do próprio

---

<sup>37</sup> No entanto, o autor afirma que o controle prévio de homologação não é necessário, mas este fato não o exime de efetuar esta adequação a posteriori. No mesmo sentido, Pedro Henrique Nogueira (2018, p. 267) o qual ainda menciona a força do art. 200 do CPC ao determinar que os atos materializados por manifestações de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de situações processuais. Assim como Barbosa Moreira (p. 188), o qual afirmar a desnecessidade de haver pronunciamento homologatório, salvo se houver disposição legal em contrário, citando dispositivo que serviu como base ao CPC atual: art. 158 do CPC/1973.

<sup>38</sup> O Enunciado n. 261 do FPPC já determinou que estes atos poderiam ser interpretados também para as convenções processuais, ao dispor: "(arts. 190 e 200). O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, **incluindo as convenções processuais do art. 190.** (Grupo: Negócios Processuais)"

conflito. Pelos motivos expostos, conclui-se que submeter toda e qualquer convenção a controle judiciário seria impraticável.

Além disso, mesmo que a lei dispusesse sobre a necessidade de haver homologação na convenção estipulada entre as partes (como uma exceção a regra geral) ela apenas seria necessária para trazer eficácia ao negócio, mas de forma alguma seria causa de validade e tampouco de existência<sup>39</sup>.

### 3.2.1 Hipóteses de homologação e controle prévio

Estabelecidas as premissas que determinam ser prescindível a homologação prévia pelo juiz, deve-se questionar se igualmente haverá desnecessário controle ou fiscalização de algum dos requisitos essenciais às convenções processuais.

Importante frisar que o sistema pressupõe sim o controle de validade desses acordos processuais, entretanto, sem caráter homologatório, mas meramente fiscalizatório e de controle. Este exame de controle está em consonância com o princípio *in dubio pro libertate*, no sentido de que, apesar das partes possuírem livre disposição para manifestarem suas vontades e fazerem valê-las, devem observar os limites impostos pelo ordenamento. Em consonância a isto está a função do magistrado, já que este irá controlar a extensão da vontade das partes em modificar o procedimento estatal, conforme requisitos já anteriormente delimitados.

No entanto, ele não tem o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, mas poderá recusar a sua aplicação em casos de abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de alguma das partes, além de observar se há existência de algum vício de consentimento ou social (CABRAL, 2016, p. 164).

Além desses casos mais explícitos, pode-se ainda recusar a validade da convenção caso seja provado que uma das partes ou ambas não agiram conforme os ditames da boa-fé. Conforme já foi observado, a boa-fé deve ser valorada como norma fundamental e geral no processo, já que também princípio norteador do atual CPC (DIDIER, 2018, p. 175).

Assim, a função de controle do magistrado também se justifica pelo princípio da boa-fé processual, ao evitar o uso desleal dos instrumentos que o Estado põe a disposição dos litigantes para a resolução de conflitos, quando ele verifica que uma das partes ou ambas não agiram conforme os

---

<sup>39</sup> Enunciado n. 133 do FPPC: “(art. 190; art. 200, parágrafo único). Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial (Grupo: Negócios Processuais)”. Assim como Enunciado n. 260 do FPPC: “(art. 190 e 200). A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio. (Grupo Negócios Processuais).

ditames da boa-fé ou cooperação entre elas, ou se ambas não o fizeram em relação a terceiros, em caso, por exemplo, de simulação dentro da esfera das convenções processuais.

No entanto, recusando a validade das convenções realizadas, deve o magistrado fundamentar com muito mais rigor do que faria se apenas declarasse a sua validade, pois a regra é que, não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual.

Uma questão ainda que poderia permear a recusa da validade do negócio processual é o questionamento sobre qual seria o recurso cabível em face dessa decisão. A princípio, a decisão do juiz não poderia ser impugnada por agravo de instrumento, já que não há no rol taxativo do art. 1.015 quaisquer disposições a respeito do tema. No entanto, o inciso III do art. 1.015 dispõe o cabimento deste recurso em face de decisão que rejeitar alegação de convenção de arbitragem, que também pode ser considerada como um negócio processual. Por isso, talvez se pudesse falar em caso de analogia referente a este artigo para assim possibilitar que se impugnasse agravo de instrumento em face de decisão que recusasse a convenção processual (DIDIER, 2018, p. 41).

No entanto, recentemente o STJ<sup>40</sup> julgou a aplicação do rol de cabimento para agravo de instrumento, descrito em art. 1.015 CPC e delimitando a matéria, entendeu que este dispositivo teria taxatividade mitigada e admitiria a interposição de agravo de instrumento nos casos em que verificados os requisitos da urgência e inutilidade futura do julgamento da questão no recurso de apelação.

Nesse sentido, entendendo que a convenção processual, muitas vezes delimita matérias como calendarização processual em 1ª instância, ou formas de procedimento na execução ou então possibilidade de haver recursos ou não, através da disposição de instâncias, se tais convenções restassem para serem discutidas apenas em apelação, perderiam sua eficácia total, já que não poderiam fazer efeito até a chegada em 2ª instância. Por este motivo, estaria configurada a urgência e inutilidade futura do julgamento da matéria em apelação para que então fosse cabível agravo de instrumento em recusa de convenção processual.

---

<sup>40</sup> A Corte Especial do STJ afetou dois recursos especiais sobre o tema da taxatividade do agravo de instrumento quanto ao art. 1.015: REsp n. 1.704.520 e REsp n. 1.696.396. Delimitou-se para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi. Foi cadastrada como Tema 988 e cadastrado com a seguinte redação: “Definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interposição extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo no novo CPC”.

### **3.2.2 Se Juiz homologa ou controla, faz parte da Convenção simulada?**

Já foi explicado em tópico anterior que a convenção processual prescinde de homologação judiciária como causa de produção de efeitos, sendo assim determinados desde logo e diretamente pela manifestação das partes. No entanto, a desnecessária homologação não o exime da realização de seu controle de validade, através da análise dos pressupostos, requisitos e limites essenciais que os negócios jurídicos trazem. O difícil seria delimitar exatamente qual seria a fronteira que separa o controle de validade da homologação judiciária, já que praticamente seus efeitos são muito parecidos.

Essa delimitação temática, e resposta quanto ao papel que dispõe o juiz nas convenções processuais é relevante para delimitar os efeitos e consequências da simulação nos negócios jurídicos processuais. A matéria já foi discutida e concluída pela noção de que a simulação pressupõe participação de todas as partes para que seja assim considerada. O juiz, se considerar que ele não é parte no negócio jurídico processual, não daria causa para o ato jurídico ilícito e, portanto, sua sentença não poderia ser objeto de ação rescisória, conforme predispõe o art. 966, III do CPC.

No entanto, se considerar que a convenção está restrita apenas às partes do negócio, e sua manifestação produz efeitos diretamente no processo, seria apenas causa de nulidade, já que o magistrado teria a função de controlar os atos das partes e declarar a nulidade daqueles que objetivem finalidades diversas do que se espera no processo cível (art. 142, CPC), como por exemplo na simulação. Portanto, não caberia ação rescisória nesse caso, já que a sentença não seria efeito de simulação.

Mas se poderia alegar que, na verdade, a sentença foi influenciada diretamente pelo vício da simulação na convenção processual e se assim o for, caberia ação rescisória. O instituto poderia ser tão influenciável a ponto de regular o próprio andamento de uma execução, com suposta penhora de bens ou transferência, ou num sentido mais amplo, os próprios atos processuais como um todo.

Portanto, aparentemente qualquer decisão judicial restaria influenciada pela convenção processual, até porque ela quem, muitas vezes, atribui a delimitação exata das fases procedimentais, prazos, ou possibilidade de intervenção de terceiros (DA COSTA, 2017). Estas questões trazem grandes consequências para o processo e de maneira reflexa, para a sentença. Com este efeito direto de influência é que seria cabível ação rescisória em caso de decisão transitada em julgado que padeceu de vício (art. 966, III, CPC) nos negócios jurídicos processuais.

Pois, apesar de não haver menção legal expressa da possibilidade de rescisória quando houve colusão das partes nos negócios processuais especificamente, estende-se seus efeitos, considerando-se que a decisão judicial é fortemente influenciada pelas convenções processuais.

#### **Parte IV - Consequências da Colusão nos Negócios Jurídicos Processuais**

Já foi explicitado como a colusão pode ocorrer nos negócios jurídicos processuais, pela efetiva transposição de alguns conceitos e classificações do direito civil para o processo civil, assim como estudo mais atento do instituto.

Resta, portanto, analisar quais seriam as consequências necessárias em caso de colusão entre as partes, tendo em vista o critério primordial do princípio de que não deve haver nulidade sem prejuízo.

##### **1. Invalidade no sistema civil e processual**

A invalidade do negócio jurídico pode ser inserida com base em dois sistemas conexos entre si: o do direito civil e o do direito processual civil. Importante salientar, entretanto, que grande parte das ideias de invalidade, nulidade, anulabilidade e ineficácia receberam as primeiras formações na doutrina civilista. Assim, o grande desafio que se impôs durante algumas discussões doutrinárias foi de transpor esses conceitos e ideias para o processo civil (SICA, 2008, p. 184).

Em relação aos dois sistemas, Heitor Sica (2008, p. 188) realizou resumida análise a respeito de suas diferenciações, mencionando que a forma dos atos praticados no âmbito processual se encontraria muito mais regrada e detalhada do que nos atos do direito civil. Isto seria basicamente para respeitar a segurança jurídica e previsibilidade das partes em decorrência da observância do princípio do devido processo legal.

Assim, diante dos sistemas do direito civil e do processo civil, restaria indagar qual seria o instrumento utilizado em caso de vício do negócio jurídico processual. No entanto, parece que não seria uma questão de preponderância ou subordinação de um a outro, mas sim de conexão e complementariedade. Isso porque já se tem a ideia de que as regras sobre as nulidades dos atos jurídicos em geral podem ser aplicados no processo, se houver um certo cuidado em sua adaptação e com o conceito de nulidade, que é diverso no direito material e no processual (CABRAL, 2016, p. 420).

Por isso, assim como as regras dos atos jurídicos e dos requisitos comuns para se ter a existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos

do direito civil devem ser aplicados ao processo, também deve se aplicar as regras do sistema de nulidades em vigor, com certas adaptações.

Percebe-se que a admissão da complementariedade do sistema civil ao processo civil já parece ser fato comum no ordenamento brasileiro. Assim, já é possível utilizar no processo a maioria dos conceitos, definições, classificações gerais que permeiam o instituto do negócio jurídico no direito civil e que estão muito mais estruturados na seara do direito privado.

Essa atitude, apesar de um pouco resistente no Brasil, já possui corpo na Alemanha há muito tempo. Isso porque já se reconhecia a relevância das regras do direito civil para a disciplina do *Prozessvertrage* (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 190).

Por tudo exposto, resta claro que essa discussão a respeito de qual sistema seguir parece ter perdido o sentido. Primeiro porque o CPC/1973 e o atual possuem uma seção específica para tratar dos atos processuais e das nulidades, o que facilita muito a delimitação temática e a produção de seus efeitos. Segundo porque a doutrina e jurisprudência já estão mais passíveis a aceitar a aplicação analógica da disciplina das invalidades no direito privado, se houver compatibilidade com o direito processual civil.

Portanto, considerando que após ser formada a relação jurídica processual, o negócio jurídico vê seus efeitos serem processualizados, parece adequado que se aplique para o juízo de cognição, o sistema de formas e invalidades processuais, e não apenas as regras de direito material, mas também é sim possível cogitar da sujeição dos negócios jurídicos processuais a um duplo regime, principalmente na esfera das invalidades (NOGUEIRA, 2018, p. 196).

Apesar de toda esta exposição que torna possível invalidar as convenções processuais simuladas, ressaltamos que haveria um grande problema ainda para a temática. Seria o caso de se refletir como a parte interessada provaria a simulação. Esta problematização já foi muito discutida no direito civil, e por conclusão premeditada, dizemos que esta prova nem sempre é fácil de ser produzida, podendo até mesmo surgir a necessidade de ação própria para tanto.

### **1.1 Nulidade?**

Assim, caso se provasse a convenção processual simulada, o acordo seria passível de nulidade. Mas nem sempre foi assim evidente. Muito se discutiu sobre se os vícios do consentimento ou sociais poderiam ser considerados defeitos aptos a nulificar as convenções processuais (CABRAL, 2016 p. 323). Apenas posteriormente, com o advento do

Enunciado n. 132 do FPPC que se determinou a invalidação de negócios jurídicos atípicos sujeitos a vícios de vontade ou sociais.

Atualmente, não resta dúvida que o erro, dolo, coação e simulação são passíveis de justificar a nulidade do acordo processual. Assim, nestes vícios, a convenção pode ser anulada porque o agente atua só aparentemente de maneira livre, sendo que na realidade sua declaração é viciada. Além disso, estes vícios ainda devem ser conhecidos de ofício pelo juiz (art. 190, parágrafo único do CPC), que deve decretar a nulidade já debatida há pouco. No entanto, a parte também pode provocar o conhecimento a respeito desses defeitos, podendo invocar antes do início do processo ou no curso dele (CABRAL, 2016, p. 326).

Importante salientar também e através de um escopo mais social que o sistema vem repudiar este negócio jurídico falso principalmente porque além de viciar a sua vontade, muitas vezes, gera danos para terceiros que nem ao menos participaram do negócio, ou seja, violando o próprio princípio da relatividade dos contratos que deveria ser observado no sistema. Assim, é com esta visão que o ato simulado se torna ilícito na medida que impede o cumprimento da função social do negócio jurídico.

## **2. Contraditório prévio e possibilidade de reanálise da convenção**

Para adentrar mais especificamente na consequência do ato ilícito, importante frisar que qualquer decisão que venha a invalidar a convenção processual, deve possuir um ônus argumentativo muito maior do que se possibilitasse sua validade, e para completar deve respeitar o contraditório, por um princípio, além de processual (art. 7º CPC), precipuamente constitucional (art. 5o, LV, CF).

Nesse sentido, deve-se permitir que as partes se manifestem quanto a pronúncia de invalidade, e é o que determina também o Enunciado n. 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

Além disso, é imprescindível que se verifique a máxima processual *pas de nullité sans grief*, ou seja, não havendo realmente prejuízo para terceiros, e nem ato ilícito propriamente dito, deve-se tentar ao máximo preservar os seus efeitos e o ato querido. No entanto, essa análise deve se ater ao caso concreto, que deve afastar a possível má-fé que pode ter havido no acordo.

## **CONCLUSÃO**

Há grande importância dos negócios jurídicos processuais para as relações econômicas, e aos particulares para gestão mais eficiente do processo. Nesse sentido, apesar da prevalência da autonomia privada na

administração de regras procedimentais, esta não pode ser considerada como um princípio absoluto. Ou seja, deve haver limites para evitar deturpações do instituto pelo uso distinto de sua normalidade.

Assim, apesar de existirem restrições e limitações à autonomia privada, muito dificilmente se eliminam as eventuais intenções que corrompem as finalidades do instituto. As convenções, assim como qualquer outro instrumento a favor de interesses privados, podem sofrer desvios e serem pervertidos em seus objetivos primordiais, por conta de interesses egoísticos das partes, como é o caso da existência de colusão processual.

Entretanto, isso não pode ser motivo para afastar a possibilidade de existirem convenções processuais, nem mesmo as atípicas., mas sim incentivo para se estudar e analisar as diversas possibilidades de desvios nas convenções processuais a fim de se evitar eventuais vícios e preservar suas verdadeiras finalidades sociais, econômicas e jurídicas.

Neste sentido é que se pretendeu trazer um breve panorama sobre as convenções processuais, o instituto da simulação do direito civil, o da colusão no processo e assim delimitar as possíveis transposições entre os dois sistemas. Objetivou-se assim incentivar maiores estudos e análises de hipóteses controvertidas e resultantes de uma maior atribuição autônoma às partes no direcionamento de litígios. Isto tudo por consequência de uma mudança paradigmática num cenário em que inicialmente apenas o Estado atuava por suas normas cogentes e impassíveis de flexibilização pelo regramento da vontade dos sujeitos processuais.

## **Referências Bibliográficas**

ARAGÃO, Leandro Santos; DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Julia. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. *Revista de Processo*, n. 33, jan-mar, 1984, p. 182-191.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. in BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato jurídico Processual – Plano da Existência*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, no. 148, jun., 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodium, 2016.

CÁMARA, Hector. *Simulacion em los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

DAVIS, Keving E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 165-212.

DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOS SANTOS, Tatiana Simões. *Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 675-687.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007

KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERN, Christoph A. *Procedural Contracts in Germany*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 213-225.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DE VALIDADE*. 12 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2013.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EFICÁCIA*. SÃO PAULO: SARAIVA, 2003.

MITIDIERO, DANIEL; MARINONI, LUIZ GUILHERME. *AÇÃO RESCISÓRIA – DO JUÍZO RESCINDENTE AO JUÍZO RESCISÓRIO*. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017.

MONTEIRO FILHO, RALPHO WALDO BARROS. *NEGÓCIO JURÍDICO – VÍCIOS SOCIAIS*. CURITIBA: JURUÁ, 2007.

MÜLLER, JULIO GUILHERME. *ACORDO PROCESSUAL E GESTÃO COMPARTILHADA DO PROCEDIMENTO*. IN FREIRE, ALEXANDRE ET ALII (ORG.). *NOVAS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL*. SALVADOR: JUS PODIUM, VOL. III, 2014.

NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE. *NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS*. 3 ED. SALVADOR: JUSPODIUM, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II – Fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III – Negócios Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil*, in BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

YARSHELL, Fávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 75-92.

ZANETI JR., Hermes. *A teoria Circular dos Planos – Direito Material e Direito Processual*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6 ed. Salvador: Juspodium, 2008.