

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

Volume I

Sapere aude

INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL
TEORIA GERAL DE DIREITO CIVIL

De acordo com o
Novo CPC
e a Lei 13.363/2016

30ª edição

Revista e atualizada por

Maria Celina Bodin de Moraes



A doutrina muito controverte ao caracterizar a situação daquele que se encontre em perigo iminente e faz promessa de premiar a quem o livre ou o salve. É o indivíduo acometido por ladrões, que oferece uma recompensa ao seu libertador; é a pessoa em risco de afogamento, que promete uma soma vultosa a quem a ponha a salvo; é o dono da embarcação fazendo água, que se compromete a remunerar desarrazoadamente a quem o leve ao porto. Nesses casos indagava a doutrina se há coação. Entendemos que não se pode conceituar aqui a *vis compulsiva*. Se é certo que não se considera livre a vontade da pessoa que age sob a premência de tais circunstâncias, que a levam a prometer aquilo que razoavelmente não pode ou não deve fazer,⁵¹ não admitimos que se possa enquadrá-la na etiologia da violência moral, pois que a declaração de vontade não foi motivada pela ameaça de quem dela se beneficiaria, mas teria emanado do imponderável ou do fato das coisas. O favorecido não extorquiu a emissão de vontade sob ameaça de um dano, porém aproveitou-se do risco a que a vida ou a fazenda do agente estava exposta, para obter uma vantagem. Não realizou um processo de intimidação, mas auferiu o benefício por via de um dolo de aproveitamento, que entra na composição de outro defeito do negócio jurídico, objeto de estudo no nº 94, *infra*. Parece-nos que não há aqui coação, como ao *direito* romano também se não afigurava tal,⁵² e neste sentido, de que não há os requisitos da violência, milita aquela doutrina que caracteriza esta situação como um “estado de perigo”, como analisaremos.⁵³

Alguns autores entendem que a aferição da violência relativamente aos atos a título gratuito (testamento, doação) dever-se-á fazer sem que se tenha de exigir que as ameaças apresentem a mesma gravidade que para os atos onerosos.⁵⁴ Não vemos, no direito brasileiro, razão para esta distinção, já que o legislador estruturou a dogmática da coação como defeito dos negócios jurídicos em geral, abrangendo-os todos, sem distinção, portanto.

92. SIMULAÇÃO (REMISSÃO)

Não há na simulação um vício do consentimento, porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas há um defeito do ato, ou um daqueles que a doutrina apelida de *vícios sociais* (cf. nº 88, *supra*), positivado na conformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela, ou em razão da técnica de sua realização. Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência normal,

mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir.

Tradicionalmente, o direito brasileiro abrangia a simulação como defeito ligado ao interesse das partes, e tratava-a, portanto, como geradora da anulabilidade do ato. O Código de 2002 propendeu para o direito alemão (BGB, § 117), considerando-a como causa de nulidade (art. 167). Em respeito à nova sistemática, remetemos ao nº 109-A, *infra*, onde restam aprofundadas as reflexões acerca da matéria.

93. FRAUDE CONTRA CREDITORES

Vício social que é, a fraude contra credores é um defeito que não se caracteriza como falha no consentimento. Este se conserva sem distúrbios de ordem interna ou externa, formulando-se a declaração de vontade em consonância com o desígnio do agente. Onde, então, há o elemento que a categoriza como defeito do negócio jurídico é na desconformidade que se apresenta entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, ou, mais precisamente, no *resultado antijurídico* da emissão volitiva.

A denominação do defeito – *fraude* – é uma especialização semântica do direito moderno. Pelo romano *fraus* designava procedimento malicioso, quer se apresentasse sob a modalidade do dolo, quer da fraude propriamente dita. Esta confusão atingiu no passado o nosso direito positivo, visto como o Código Comercial de 1850 empregava o vocábulo como sinônimo de simulação.⁵⁵ Teixeira de Freitas com precisão delimitou o conceito de fraude e estreitou-a dos demais defeitos dos negócios jurídicos, de sorte que ao ser elaborado o Projeto e votado o Código Civil de 1916, já nossa doutrina sabia destacar com clareza as falhas da declaração de vontade, o que a doutrina francesa nem sempre fez com precisão científica.⁵⁶

Fraude é, pois, segundo os princípios assentados em nosso direito, em consonância com as ideias mais certas, a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro; e tanto se insere no negócio unilateral (caso em que macula o negócio ainda que dela não participe outra pessoa), como se imiscui no negócio bilateral (caso em que a maquinação é concertada entre as partes). Distingue-se dos demais defeitos dos negócios jurídicos. Difere do *erro*, em que o agente procede com pleno conhecimento dos fatos: do *dolo*, em que, neste, o agente é induzido a engano de que resulta a declaração de vontade; da *coação* se distancia pela inexistência do processo de intimidação, que é elemento desta; com a *simulação* não

se confunde porque não há, em sua etiologia, o disfarce para o negócio jurídico, que se apresenta caracterizado nos seus extremos normais. Na *fraude*, o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia geral que devem encontrar no patrimônio do devedor. Seus requisitos são a má-fé ou malícia do devedor, e a intenção de impor um prejuízo a terceiro. Mais modernamente, e digamos, com mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a *intenção deliberada* de causar prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha a *consciência* de produzir o dano.⁵⁷ Há, sem dúvida, certa semelhança entre a fraude e a simulação, porque em ambas o agente procede maliciosamente e do negócio pode *resultar* (*simulação*), ou *resultará sempre* (*fraude*) um dano a terceiro. Mas não se confundem os dois institutos, porque pela simulação a declaração de vontade se disfarça na consecução de um resultado que tem a aparência de um ato negocial determinado, enquanto na fraude o ato é real, a declaração de vontade está na conformidade do querer íntimo do agente, tendo como efeito um resultado prejudicial a terceiro.

Ocorre frequentemente a fraude quando, achando-se um devedor assoberbado de compromissos, com o ativo reduzido e o passivo elevado, procura subtrair aos credores uma parte daquele ativo, e neste propósito faz uma liberalidade a um amigo ou parente, ou vende a vil preço um bem qualquer, ou concede privilégio a um credor mediante a outorga de garantia real, ou realiza qualquer ato, que a má-fé engendra com grande riqueza de imaginação.⁵⁸ Afirmamos que inexistente aqui um vício do consentimento, porque o agente assim procede, porque assim quer, sem que a declaração de vontade sofra uma distorção que a coloque em divergência com o querer interior. Mas, não podendo a ordem jurídica compadecer-se de um processo desleal, acusa esta emissão volitiva de imperfeição, e, estremando o processo defraudatório como figura específica de defeito no negócio jurídico, concede ao prejudicado ação para revogá-lo.

Em razão do princípio da responsabilidade, todo indivíduo oferece aos credores, como garantia genérica, os valores que compõem o seu lado ativo, de sorte que, a todo tempo, possam eles pagar-se mediante a excussão de um bem que dali retira, por intermédio da justiça. Constitui *fraude* contra credores toda *diminuição maliciosa* levada a efeito pelo devedor, com o propósito de desfalcicar aquela garantia, em detrimento dos direitos creditórios alheios. Não constitui fraude, portanto, o fato em si de reduzir o devedor o seu ativo patrimonial, seja pela alienação de um bem, seja pela constituição de garantia em benefício de certo credor, seja pela solução de débito preexistente. O devedor, pelo fato de o ser, não perde a liberdade de

disposição de seus bens. O que se caracteriza como defeito, e sofre a repressão da ordem legal, é a *diminuição maliciosa do patrimônio*, empreendida pelo devedor com *ânimo de prejudicar* os demais credores,⁵⁹ ou com a consciência de causar dano.

Procede fraudulentamente o devedor que gratuitamente aliena bens ou remite dívida, quando o faz em estado de insolvência, ou a ele se reduz em consequência do ato. Desde que ao tempo da declaração de vontade os valores ativos do seu patrimônio sejam ou se tornem inferiores aos valores passivos, não tem o devedor a faculdade de fazer liberalidade, e incorre na acusação de procedimento fraudulento se as realiza. Não há, por isto, indagar na alienação gratuita se o beneficiado conhecia o real estado do agente. O Código atual eliminou toda indagação de cunho subjetivo, incorporando, no contexto do artigo 158, a cláusula segundo a qual não há cogitar se o agente conhece ou ignora o estado de insolvência. O que cumpre apurar, exclusivamente, é se o patrimônio do devedor é ou se tornou insuficiente para atender aos seus débitos. E não há mister provar que o alienante estava de má-fé. Basta precisar este estado de insolvência, situar o negócio dentro dele e apurar que o credor prejudicado já o era àquele tempo, pois é evidente que aquele que se tornou credor posteriormente à alienação gratuita já encontra o patrimônio desfalcado, e não tem de que se queixar.

Se o negócio incriminado é oneroso, será de mister verificar-se, além do dano e da insolvência, o conhecimento de tal estado pelo coparticipante no ato, seja este conhecimento especialmente evidenciado, seja presumido em virtude da notoriedade da insolvência (Código Civil, art. 159). A diferença entre uma situação e outra é sensível; se o negócio é gratuito, sempre traz diminuição patrimonial e redução de garantias, somente podendo praticá-lo quem com isto não impõe prejuízo aos credores por manter íntegra a sua capacidade de solução das obrigações: *nemo liberalis nisi liberatus*;⁶⁰ se o negócio é oneroso, pode importar, ou não, em redução patrimonial e restrição de garantias, mas em todo caso o coparticipante do negócio não recebeu um benefício, porém ofereceu uma contraprestação à vantagem que auferiu. Além destes argumentos, os escritores acrescentam ainda que, no conflito entre o interesse do credor e do donatário, deve prevalecer o primeiro, porque o credor luta para evitar um prejuízo, enquanto o segundo defende apenas a manutenção do lucro percebido; mas, se a alienação foi onerosa, a aquisição custou ao adquirente uma prestação ou sacrifício patrimonial, e a sua posição é idêntica à do credor, pois *certant ambo de damno vitando*,⁶¹ e, nestas condições, somente deve ceder seu direito e perder o bem o adquirente que seja convencido de cumplicidade

na manobra fraudulenta do devedor.⁶²

Equipara-se à alienação, para efeito de se reputar *in fraudem creditorum*, o pagamento ao credor quirografário⁶³ de dívida não vencida (Código Civil, art. 162). O artigo refere-se ao pagamento em dinheiro. Não cogita de uma dação em pagamento, que deve ser colocada no plano da alienação onerosa de bens, e, como tal, tratada.

Na mesma linha de ataque devem inscrever-se as garantias que o devedor insolvente dê a algum credor (art. 163), destacando bens que seriam privilégio geral de todos para assegurar os direitos de um só, bem como as reduções indiretas no acervo patrimonial, tais como a renúncia a direitos ou a recusa de herança, que, se não importam em retirar do patrimônio bens nele existentes, significam impedir que para ali se encarreirem valores ativos que os credores encontrariam para garantia de recebimento.

Os atos fraudulentos são atacáveis pela ação denominada *pauliana* ou *revocatória* (às vezes chamada rescisória), que nos vem do direito romano, onde foi criada pela atividade do pretor. A princípio tinha caráter penal e era dirigida contra o terceiro que se houvesse prestado às manobras fraudulentas do devedor; depois veio a ser contra o donatário que tivesse tirado proveito do delito cometido pelo devedor. No início, o réu era condenado a uma pena pecuniária, cuja execução não se cumpria se o bem indevidamente desviado fosse restituído ao patrimônio do devedor e mais tarde, não obstante a sua natureza pessoal, a ação pauliana apresentava-se como uma *actio in rem*, tendo por objeto a nulidade do negócio fraudulento e a recuperação da coisa para o patrimônio do devedor.⁶⁴ Deve ela revestir os seguintes requisitos: a) deve ser proposta pelo credor prejudicado, que já o fosse contemporaneamente ao negócio incriminado, pois o posterior não tem de que se queixar, por encontrar desfalcado o patrimônio ao assumir a qualidade creditória; b) pode ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que tiver com ele celebrado a estipulação incriminada, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé (Código Civil, art. 161); c) tem o autor de provar o *eventus damni*, isto é, o prejuízo que o negócio considerado fraudulento lhe tenha causado, pois que a anulação do negócio não tem por objeto punir o que a aliena, porém reparar o prejuízo dos que são indiretamente atingidos pela disposição, e, assim, para ter a *legitimação para agir* é mister que o credor, autor na *ação revocatória*, prove ter sofrido um prejuízo efetivo, e não que o negócio poderia, em tese, ser-lhe danoso; d) tem de provar o *estado de insolvência* e, se for oneroso o ato, o conhecimento real ou presumido dessa situação pela outra parte, o que requer, como condição de admissibilidade da ação revocatória, a

verificação daquele estado, pois se o autor encontrar outros bens, no patrimônio do devedor, suscetíveis de penhora, poderá pagar-se pela excussão deles, sem necessidade de revogar o ato; e) o *consilium fraudis*, quando oneroso o negócio jurídico, ou seja, o concerto realizado entre os que dele participaram na ciência do estado de insolvência, circunstância que, repitamos, é dispensada se o negócio fraudulento é gratuito, porque então traz em si a presunção de má-fé.⁶⁵

O efeito natural da anulação seria repor o bem no patrimônio do devedor ou cancelar a garantia especial concedida, de sorte que, retornando ao patrimônio do devedor, voltassem os credores a ter, sobre o bem restituído, o caráter de garantia genérica. O alienante seria compelido a repor o que houvesse recebido. Todavia, não foi esta a decisão do legislador. Havendo o Código de Processo Civil de 1973 substituído o processo de concurso de credores pelo instituto da insolvência, a restituição do indébito far-se-á em benefício da massa sobre a qual recai a execução contra devedor insolvente (Código de Processo Civil de 1973, arts. 748 e ss., sem correspondência no Código de Processo Civil de 2015). Surgiu, assim, a híbrida figura prevista no art. 165 do Código Civil: embora anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante “reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso”. Os bens, portanto, não retornam ao *status quo ante*, como seria normal, mas irão diretamente compor a massa sobre a qual recairá a execução.

Mas, não tendo ainda o adquirente pago o preço, desobriga-se e evita a rescisão do negócio, mediante o seu depósito em Juízo e convocação de todos os interessados, desde que o valor de aquisição seja aproximadamente correspondente ao da coisa alienada. Caso contrário o depósito é insuficiente. Convalidará, todavia, o negócio jurídico se depositar o valor real do bem, ainda que o preço pago seja inferior. Tendo-se como *real* o que lhe corresponda no mercado ou em confronto com outros análogos. O Código Civil anterior exigia que, feito o depósito, fossem citados todos os interessados por edital. O Código deixa agora ao processo a escolha do modo de citação, que pode ser pessoal se todos forem conhecidos (art. 160). Não basta, entretanto, que o adquirente ofereça o preço da coisa. É mister que o *deposite* efetivamente (art. 160, parágrafo único, do Código Civil).

Via de regra, somente os credores quirografários podem intentar ação pauliana, pois os privilegiados já encontram, para garantia especial de seus créditos, bens destacados e individuados, sobre os quais incidirá a execução.⁶⁶ Mas, se normalmente não necessita o credor privilegiado de revogar o negócio praticado *in fraudem creditorum*, não está impedido de fazê-lo se militam em seu favor os

requisitos da ação pauliana, entre os quais a existência do prejuízo, pois bem pode acontecer que as suas garantias sejam insuficientes, e o crédito, no que exceder delas, achar-se desguarnecido.

Deve-se, ainda, considerar que os *negócios ordinários*, indispensáveis à manutenção da atividade regular do devedor, têm por si a presunção da boa-fé. A inserção do artigo 164 no Código, reproduzindo o correspondente de 1916, era desnecessária. O estado de insolvência não converte o devedor em um incapaz. Continua ele com a sua vida normal. Assim, o pagamento de dívida já vencida ou a constituição de novos débitos, ainda que revestidos de garantias, são insuscetíveis de anulação, salvo se provado, em ilusão da boa-fé presumida, que se celebraram fraudulentamente.

No direito empresarial há maior *rigor* no tocante ao devedor que procede em fraude contra credores, porque a atividade empresarial repousa essencialmente no princípio da boa-fé, e é razoável que a lei persiga mais ativamente o empresário que desvia, do giro dos negócios, bens que são garantia de seu crédito, ou que rompe a igualdade de condições entre os credores (*par conditio creditorum*) por via da concessão de garantias ou antecipação de pagamento a um credor. A Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005, arts. 130 e ss.) disciplina a ação revocatória que deve ser proposta pelo administrador judicial em benefício do conjunto dos credores, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de três anos contado da decretação da falência (art. 132). A agravação das condições da ação revocatória na falência está em que se dispensam para alguns atos os extremos da *ação pauliana*: assim é que, se a anulação dos contratos onerosos subordina-se aos requisitos normais da ação rescisória por fraude contra credores, a revogação de outros atos praticados pelo falido é determinada, tenha ou não o contraente conhecimento do estado do devedor, seja ou não intenção deste fraudar os credores, tais como, pagamento de dívida não vencida realizado dentro no período suspeito da falência; a constituição de direitos reais de garantia dentro desse termo, se a dívida foi contraída antes; os atos de liberalidade, salvo quanto a donativos de pequeno valor; a renúncia à herança ou legado até dois anos antes da declaração da falência; a restituição antecipada do dote; a venda ou transferência de estabelecimento feita sem expresso consentimento ou pagamento de todos os credores.⁶⁷

Fraude à execução. Da fraude contra credores distingue-se a *fraude à execução*. Diversamente da fraude contra credores, que torna o negócio anulável, com as peculiaridades que acabam de ser vistas, a alienação em fraude à execução é *nula*,⁶⁸ ficando os bens sujeitos à execução (Código de Processo Civil, art. 592, V; Código

de Processo Civil de 2015, art. 790, V). Considera-se *fraude à execução* (Código de Processo Civil de 1973, art. 593; Código de Processo Civil de 2015, art. 792): I – quando sobre os bens for movida a ação real ou reipersecutória; II – quando, ao tempo da alienação, já pendia contra o alienante demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência; III – quando transcrita a alienação depois de decretada a falência; e IV – nos casos expressos em lei.

94. LESÃO E ESTADO DE PERIGO

Originário de uma interpolação levada a efeito quando da codificação justinianeia sobre os textos de duas “Constituições” dos imperadores Diocleciano e Maximiliano,⁶⁹ o instituto da lesão tem passado pelas mais variadas vicissitudes desde seu aparecimento até os nossos dias.

Pode-se genericamente definir lesão como o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes.⁷⁰

Nosso direito pré-codificado concebeu o instituto da lesão com base numa distinção, caracterizando-se a *lesão enorme* como defeito objetivo do contrato: o seu fundamento não era nenhum vício presumido do consentimento, mas assentava na injustiça do contrato em si; já a *lesão enormíssima* fundava-se no dolo com que se conduzia aquele que do negócio tirava o proveito desarrazoado, porém *dolo presumido* ou dolo *ex re ipsa* (*em si mesmo*), que não precisava ser perquirido na intenção do agente.

O Código Civil de 1916 abolira a rescisão por lesão, não obstante sobreviver ela na generalidade dos Códigos ocidentais, nos quais sofreu certa restrição, que lhe reduzia o campo de atuação ao contrato de compra e venda e à partilha.

O Código Civil atual considera a lesão como defeito do negócio jurídico, assinalando a presença de *dolo presumido* de aproveitamento como elemento subjetivo; e, como elemento objetivo, o fato de uma das partes *auferir um lucro exagerado* porque a outra parte assumiu obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157, *caput*). Com efeito, segundo a noção corrente, a lesão ocorre quando o agente, premido pela necessidade, induzido pela inexperiência ou conduzido pela insensatez, realiza um negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da

normalidade.

Não é a lesão puramente um vício do consentimento, de vez que o desfazimento do negócio não tem por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada. Difere a lesão do erro em que o agente no momento da declaração de vontade tem a consciência da realidade material das circunstâncias; não há nele o emprego de artifícios por parte de alguém que procure induzir o agente a realizar o negócio jurídico; difere da coação, em que falta o processo de intimidação sobre o ânimo do agente para compeli-lo ao negócio jurídico; e tanto se distancia da fraude que nem há mister salientar a diferença. Residindo, pois, a lesão na zona limítrofe dos vícios do consentimento, por aproveitar-se o beneficiário da distorção volitiva, para lograr um lucro patrimonial excessivo, é sem dúvida um defeito do negócio jurídico, embora diferente, na sua estrutura, dos até agora examinados, razão por que é chamado por alguns de *vício excepcional*.⁷¹

Na sua caracterização devem ser apurados dois requisitos: um *objetivo* e outro *subjetivo*. O primeiro, *objetivo*, situa-se na desproporção evidente e anormal das prestações, quando uma das partes auferir ou tem possibilidade de auferir do negócio um lucro desabusadamente maior do que a prestação que pagou ou prometeu, aferida ao tempo mesmo do contrato.

O Código abandonou o critério do tarifamento, que sempre nos pareceu inconveniente, pois mais aconselhável é deixar ao prudente arbítrio do juiz verificar se o *iustum contrapassum*⁷² entre as prestações recíprocas foi sacrificado. Exige, contudo, que a prestação a que se tenha obrigado o declarante seja *manifestamente desproporcional ao valor da contraprestação recebida ou prometida*. Não cabe, obviamente, colocar as questões em termos de se apurar o justo preço, pois que os valores das coisas oscilam ao sabor de um conjunto de circunstâncias. Desprezou, igualmente, o conceito de *valor corrente*, que constitui um conceito sem a necessária rigidez. Oferece, todavia, um elemento de relativa objetividade, ao estabelecer que à lesão há de concorrer a prestação *manifestamente desproporcional*, isto é, uma prestação cujo valor se distancia grandemente, evidentemente, da contraprestação.

O segundo requisito, *subjetivo*, é o que a doutrina denomina dolo de aproveitamento, e se configura na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontre a outra, acentuadamente a sua inexperiência, a sua insensatez ou o estado de premente necessidade em que se acha, no momento de contratar. A necessidade, tal como a inexperiência apuram-se no momento e em face da natureza do negócio jurídico realizado, independentemente de não se verificarem em outras circunstâncias e para os negócios em geral. A aferição do aproveitamento,

oriunda da necessidade contratual (e não necessidade no sentido de miséria, penúria, insuficiência de meios de subsistência ou manutenção), ou da inexperiência, bem como da desproporção das prestações, hão de ser contemporâneas da celebração do ato. Se em outro momento e em circunstâncias diferentes o agente não é necessitado ou inexperiente, ou se o valor da prestação recebida se distancia da prestação paga, ou prometida, por força de outras circunstâncias (depreciação do valor da moeda, realização de obras ou melhoramentos beneficiando a coisa), e venha a ocorrer desproporção manifesta, não há falar em lesão (Código Civil, art. 157, § 1º).

Não há propriamente dolo no aproveitamento, pois não há mister que o beneficiado induza o agente a praticar o ato, levando-o à emissão de vontade por algum processo de convencimento, nem que tenha a intenção de explorá-lo. Basta que *se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade*, ainda que momentânea do agente, e com ele realize negócio de que aufera lucro anormal. Assim, por exemplo, o advogado que, se valendo de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração de êxito em 50% do benefício econômico gerado pela causa.⁷³

Verificada a existência destes dois extremos, o ato negocial é defeituoso, e, como tal, suscetível de desfazimento. A lesão, como defeito do negócio jurídico, conduz à sua anulabilidade, e não à sua nulidade. Em consequência, pode ele ser convalidado. Partindo de que o fundamento da invalidação é o atentado à justiça comutativa, pode o beneficiado restabelecê-la de duas maneiras: oferecendo suplemento que desfaça a desproporção das prestações ou acordando com a redução do proveito (art. 157, § 2º). Tendo em vista que numa ou noutra hipótese a anulação do negócio não será pronunciada, entende-se que, mesmo depois de instaurada a instância processual, caberá ao demandado oferecer suplemento suficiente ou aceitar a redução do proveito, e, com isto, ilidir a prestação anulatória do lesado.

O problema da *renúncia* à faculdade de pleitear o desfazimento de negócio, que atormentou os juristas medievais, encontra solução na ressalva de que somente é válida, e apta a restituir eficácia ao ato, quando realizada fora totalmente das circunstâncias que induziram o agente ao ato lesivo.⁷⁴ A matéria, que constituía questão aberta no regime da legislação anterior, em que se indagava se o ato lesivo era nulo ou anulável, passou a pacífica, pelo fato de o Código caracterizar a lesão como defeito que conduz à anulabilidade, e não à nulidade de pleno direito (art. 178, II).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), embora não se lhe refira nominalmente, também absorveu o

instituto da lesão.⁷⁵

Estado de Perigo. O Código aceitou a inovação que introduzi ao redigir o Anteprojeto de Obrigações, e ora se encontra consignada no art. 156. É defeituosa a declaração de vontade quando uma pessoa a emite premida pela necessidade de salvar-se, ou a seu cônjuge, descendente, ascendente, ou mesmo alguém a ela ligada por laços de extrema afetividade, assumindo obrigação excessivamente onerosa. É elementar, nesta espécie, o fato de ter a outra parte conhecimento do estado de perigo, fazendo-se presente o requisito do *dolo de aproveitamento*.

O defeito assemelha-se à coação, uma vez que a vontade não se manifesta livremente, porém influenciada pelas circunstâncias. Da coação se distingue, todavia, em que ocorre não uma ameaça, senão que alguém, conhecendo a existência do perigo, aproveita-se para extrair benefício excessivamente oneroso para o declarante. É o caso de quem promete quantia vultosa a quem o salve de naufrágio ou afogamento, ou a quem se ofereça para realizar uma cirurgia de urgência. O instituto é disciplinado no Código italiano, art. 1.447, que legitima o promitente a postular a rescisão do contrato, mas admite, conforme as circunstâncias, que o juiz, ao pronunciá-la assegure compensação equitativa a outra parte, pelo serviço prestado. O prejudicado decai do direito de pleitear a anulação em quatro anos a contar da realização do negócio (art. 178, II).

¹ Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, nº 280.

² Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 50.

³ Sobre a simulação, remete-se para o nº 109-A, *infra*, neste volume.

⁴ Cf. meu livro *Lesão nos Contratos*, Forense, em que desenvolvo o tema sob todos os seus aspectos.

⁵ Concordância, autorização.

⁶ Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, § 155.

⁷ Saleilles, *La Déclaration de Volonté*, p. 12.

⁸ Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, § 157; Oertmann, *Introducción*, § 43; Guillermo A. Borba, *Error de Hecho y Error de Derecho*, nº 70; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 26; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, nº 161; De Page, I, nº 35.

⁹ Ruggiero, *Istituzioni*, § 27. Este modo de ver parece, entretanto, ter sido refutado, pois na 8ª edição da obra já não aparece. Cf. Ruggiero e Maroi, p. 117.

¹⁰ De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 38.

- 11 Capitant, *Introduction*, p. 257.
- 12 Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 51; Ruggiero, *loc. cit.*; Enneccerus, *loc. cit.*
- 13 Oertmann, *Introducción*, § 43.
- 14 Capitant, *ob. cit.*, p. 256; Serpa Lopes, *Curso*, I, nº 206.
- 15 Enneccerus, *loc. cit.*; Ruggiero, *loc. cit.*
- 16 *Institutas*, Livro II, tit. XX, § 31: “A causa falsa não prejudica, mas, se tiver sido enunciada sob condições, é outro o direito”.
- 17 Cf., a respeito do erro sobre os motivos: Enneccerus, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *Cours*, I, nº 66; De Page, *Traité*, I, nº 41.
- 18 Dernburg, *Pandette*, § 101.
- 19 *Digesto*, Livro XVII, tit. I, fr. 15, § 1º: “A ignorância que recai sobre um homem astuto favorece o comprador”. Sobre a doutrina romana, Dernburg, *loc. cit.*
- 20 De Page, *Traité*, I, nº 46.
- 21 Enneccerus, *loc. cit.*
- 22 Oertmann, *loc. cit.*; Enneccerus, *loc. cit.*; Planiol, Ripert e Boulanger, *loc. cit.*; Capitant, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *loc. cit.*; De Page, nº 42.
- 23 Sobre o erro de direito: Rossel e Mentha, *Droit Civil Suisse*, I, nº 44; Espínola, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, I, p. 87; Serpa Lopes, *Lei de Introdução*, I, nº 38; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, 27; Aubry e Rau, *Droit Civil*, IV, p. 495; Mazeaud et Mazeaud, II, nº 172; Guilherme Borda, *Error de Hecho y Error de Derecho*.
- 24 Do latim *dòlus*, adaptado do grego *dólos* (“logro, ardil”), etimologia que marca até hoje a pronúncia da palavra na língua portuguesa (/dólo/).
- 25 *Digesto*, Livro IV, tit. III, fr. I, § 2º: “Dolo mau é toda astúcia, enganação, maquinação empregada para iludir, enganar, burlar a outrem”.
- 26 Ruggiero, *Istituzioni*, § 27; De Page, *Traité*, nº 50.
- 27 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 162.
- 28 Oertmann, *Introducción*, § 44.
- 29 Ruggiero, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *Cours*, I, nº 67.
- 30 Capitant, *Introduction*, p. 263; De Page, *Traité*, I, nº 49.
- 31 Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 52.
- 32 De Page, *Traité*, I, nº 51.
- 33 Ruggiero, *loc. cit.*; Capitant, *loc. cit.*; Colin e Capitant, *loc. cit.*
- 34 De Page, *Traité*, I, nº 51.

Cf. Clóvis Beviláqua, *loc. cit.*, que esclarece ter o Código Civil feito aplicação da teoria da representação voluntária e necessária, já antes consignada no *Esboço*, de Teixeira de Freitas, art. 481, e no Projeto Coelho Rodrigues, art. 332.

Enneccerus, *loc. cit.*

De Page, *loc. cit.* Se o representado se acumpliciar com o representante, ou podendo opor-se às manobras dolosas, não o fizer, deve responder solidariamente com este, sem a limitação do art. 149. V. Serpa Lopes, I, nº 219.

Ulpiano, D. 47.2.12.1: “Ninguém consegue ação com base na própria improbidade”; ou D. 4.3.12: “*Nemo ex dolo suo lucretur*” (Ninguém tire vantagem de seu dolo).

Oertmann, *Introducción*, § 42; Savigny, *Droit Romain*, III, § 114; Colin e Capitant, *Cours*, I, nº 68; De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 58.

Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, nº 283.

“O coato também quer”; quer porque é constricto, mas quer.

Orosimbo Nonato, *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, nº 58.

Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 27.

Enneccerus, Kipp e Wolff, *loc. cit.*

Teixeira de Freitas, *Esboço*, arts. 494 e 495.

“O temor de um mal maior”.

Ruggiero e Maroi, *loc. cit.*

Ruggiero, *loc. cit.*; Orosimbo Nonato, *ob. cit.* nº 85.

Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 161; De Page, *loc. cit.*

Digesto, Livro IV, tit. II, fr. 6.

Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 43.

Digesto, Livro IV, tit. II, § 9.

De Page, nº 62.

Capitant, *loc. cit.*

Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 55.

Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 358 e nota.

Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 98.

Colin e Capitant, *Cours*, II, nº 256; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité*, II, nº 1.417.

Clóvis Beviláqua, *loc. cit.*

“Ninguém pode ser generoso, se não estiver livre de dívidas”.

- ⁶¹ “Ambos disputam sobre o dano a evitar”.
- ⁶² Ruggiero, *loc. cit.*; Planiol, Ripert e Boulanger, n^{os} 1.433 e ss.; Colin e Capitant, *Cours*, n^o 260.
- ⁶³ Quirografário é o credor que não goza de preferências ou garantias, sendo pago após todos os demais.
- ⁶⁴ Colin e Capitant, *loc. cit.*; Planiol, Ripert e Boulanger, *loc. cit.*
- ⁶⁵ Sobre os requisitos da ação pauliana: Clóvis Beviláqua, *loc. cit.*; Caio Mário da Silva Pereira, *Ação Revocatória*, p. 9; Colin e Capitant, *loc. cit.*; Planiol, Ripert e Boulanger, *loc. cit.*
- ⁶⁶ Teixeira de Freitas, *Doutrina das Ações*, § 54; Clóvis Beviláqua, *loc. cit.*
- ⁶⁷ Cf. sobre a ação revocatória no regime falimentar: Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falência*, I, n^{os} 361 e ss.; Bonelli, *Del Fallimento*, I, n^{os} 370 e ss.; Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n^{os} 2.726 e ss. da edição de 1951; Bento de Faria, *Direito Comercial*, vol. IV, 2^a parte, n^{os} 86 e ss.
- ⁶⁸ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, v. I, ao art. 106, Observação 7; Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. X, n. 81; Orosimbo Nonato, *Fraude contra Credores*, p. 203.
- ⁶⁹ Os textos são do Código, Livro IV, tit. XLIV, frs. II e VIII, de onde veio para o primeiro, mais importante na criação da rescisão lesionária, o nome de “Lei Segunda”.
- ⁷⁰ De Page, *Traité Élémentaire*, I, n^o 67.
- ⁷¹ Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, n^o 159.
- ⁷² “Justo contrapeso”.
- ⁷³ STJ, 3^a T., REsp 1.155.200, Rel. p/ ac. Min. Nancy Andrighi, j. 22.02.2011.
- ⁷⁴ Cf., a respeito da lesão nos seus diversos aspectos: Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*; De Page, *Le Problème de la Lésion dans les Contrats*; Alberto Candian, *Contributo alla dottrina della usura e della lesione nel diritto positivo italiano*; René Dekkers, *La lésion enorme*; E. Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*; Oertmann, *Introducción*, p. 276; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, n^{os} 209 e ss.; Wilson Andrade Brandão, *Lesão e Contrato*.
- ⁷⁵ V. o nosso *Lesão nos Contratos*, n^o 112.

interessado. Nem pode o ato ser *confirmado*. Ao dizer que o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, o Código (art. 169) seguiu a doutrina tradicional que tem sustentado que, além de insanável, a nulidade é *imprescritível*, o que daria em que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico.¹³ É frequente a sustentação deste princípio, tanto em doutrina estrangeira, quanto nacional. Modernamente, entretanto, depois de assentar-se que a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade, a exceção (v. nº 121, *infra*), alguns admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo. O princípio reza às testilhas com o artigo 189. Dispõe este que, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, mas esta extingue-se nos prazos previstos no Código (arts. 205 e 206). Vale dizer: o direito pátrio, tal como vigorava no Código de 1916, não conhece direitos patrimoniais imprescritíveis. Sendo a prescrição instituída em benefício da paz social, não se compadece esta em que se ressuscite a pretensão, para fulminar o ato.

Estão, pois, um contra o outro, dois princípios de igual relevância social: o não convalescimento do ato nulo *tractu temporis*,¹⁴ e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre estas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, também perante o Código de 2002, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 205).

Não é absoluta a regra da invalidade total do ato nulo. O Código entendeu o princípio do aproveitamento da declaração de vontade, por amor à intenção do agente. Inquinado o ato de qualquer dos vícios que determinam a sua nulidade, deixa de ser pronunciada esta se for possível determinar que o objetivo que os interessados tinham em vista pode ser atingido por via de outro negócio jurídico, que não foi celebrado, mas é de se supor que o teria sido se os interessados houvessem previsto a nulidade do que praticavam – é a chamada *conversão substancial do negócio jurídico* (art. 170).

Em primeiro plano situa-se, obviamente, o defeito de forma, que permite o aproveitamento do ato, se para esta concorrem os outros requisitos da lei. Igualmente são suscetíveis de validade as declarações de vontade, quando não atentem contra os princípios que as maculam de maneira absoluta e total, uma vez que somente são suscetíveis de preavalecimento os negócios jurídicos que são nulos mas que podem ter validade sem quebrar os requisitos do outro ato negocial que o substituirá.

O Código, ao incluir a simulação como determinante da nulidade, rompeu com a teoria desta. Se inocente a simulação, por não ferir nenhum interesse social, estará a coberto da declaração de nulidade *ex officio*, tanto mais que o próprio art. 167 ressalva o ato que se dissimulou, bem como os interesses de terceiros (§ 2º).

Não há na simulação um vício do consentimento porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas há um vício grave no ato, positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela ou em razão da técnica de sua realização. Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa. E difere a simulação dos defeitos dos negócios jurídicos: do *erro* se distingue em que o agente tem a consciência da distorção entre a vontade declarada e o resultado; do *dolo* difere, porque não se usam maquinações com o fito de levar o agente a realizar o que normalmente não faria, porém o agente procede na forma como o faz porque quer; da *coação* é diferente, em que inexiste qualquer processo de intimidação para compelir o agente a emitir a declaração de vontade; da *fraude contra credores* é distinta porque nesta a declaração de vontade está na conformidade do querer íntimo do agente, tendo como efeito um resultado prejudicial a terceiro, credor.

Tradicionalmente, o direito brasileiro entendia a simulação como defeito ligado ao interesse das partes, e tratava-a como causa de anulabilidade do ato. Assim se conceituava na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (art. 358), e assim subsistiu no Código Civil de 1916, sob a autoridade de Clóvis Beviláqua. O Código de 2002, à semelhança do Código alemão (BGB, § 117), considerou-a como causa de *nulidade* do negócio (art. 167).

Pode a simulação ser absoluta ou relativa. Será *absoluta* quando o negócio encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter qualquer eficácia. Diz-se aqui *absoluta*, porque há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. O agente *aparentemente* quer, mas na realidade não quer; a declaração de vontade deveria produzir um resultado, mas o agente não pretende resultado algum. A simulação se diz *relativa*, também chamada *dissimulação*, quando o negócio tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e.g., uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem (e.g., a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferi-la). É *relativa* em tais hipóteses, porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico. O agente faz a emissão de vontade, e quer que produza efeitos; mas é uma declaração enganosa, porque a consequência jurídica em mira é diversa daquela que seria a regularmente consequente ao ato. A estes casos de simulação,

absoluta e relativa, acrescentam-se, ainda, a hipótese de instrumento particular ser antedatado ou pós-datado, e a de figurar como beneficiária do negócio pessoa determinada, porém, na realidade, inexistente. Na dogmática do Código de 2002, somente é nulo o negócio jurídico em sendo *absoluta* a simulação. Se for *relativa* subsiste o negócio que se dissimulou, salvo se este padecer de outro defeito, na forma ou na própria substância (art. 167, *caput*).

Encarada de um outro ângulo, ou seja, em razão da boa ou da má-fé do agente (ou dos agentes), pode haver *simulação inocente* ou *simulação maliciosa*. Na primeira, faz-se uma declaração que não traz prejuízo a quem quer que seja, e, por isto mesmo, é chamada inocente e tolerada pelo direito (por exemplo, num contrato de compra e venda, as partes declaram haver sido pago o preço no ato, e em dinheiro, mas, na realidade, o comprador emite título de dívida em favor do alienante): a simulação é inocente porque a menção do pagamento do negócio não prejudica nem beneficia outrem.¹⁵ Na segunda, há intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei, e, como expressão da malícia ou da má-fé do agente, inquina o ato negocial. Mas não existe padrão apriorístico para se determinar quando é inocente ou maliciosa a simulação, senão na apuração da finalidade, do *animus* do agente. Daí concluir-se que o mesmo ato ou a mesma declaração de vontade pode constituir simulação inocente ou maliciosa, conforme seja desacompanhada ou revestida de um propósito danoso: um marido que disfarça sob a forma de compra e venda um donativo a um parente, para que não o apoquente a mulher, faz uma simulação inocente, mas o mesmo processo será simulação maliciosa se o propósito é desfalcas o patrimônio conjugal e prejudicá-la.

A simulação inocente, porque o é e enquanto o for, não leva à nulidade do negócio. A maliciosa pode ter como consequência a nulidade do negócio. *Pode ter*, repetimos, este efeito, mas não o tem forçosamente.

Visto que, na simulação maliciosa, as pessoas que participam do negócio estão movidas pelo propósito de violar a lei ou prejudicar alguém, não podem arguir o vício, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra, pois o direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé: “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.¹⁶ Se o negócio é bilateral, e foi simuladamente realizado, ambas as partes procederam de má-fé, e nele coniventes ambas, a nenhuma é lícito invocá-lo contra a eficácia da declaração de vontade. Se o negócio é unilateral, foi o próprio agente quem procedeu contra direito, e não tem qualidade para, alegando a própria torpeza, pleitear a sua ineficácia.¹⁷ Mas o terceiro lesado, o representante do Poder Público, ou qualquer legítimo interessado poderão postular a nulidade do negócio simulado (art. 168).

Se a ninguém causa dano, é descabida a invalidação do ato. Se fraudulenta, falta aos partícipes da fraude condições morais para alegá-la. Não obstante deslocar a simulação do campo da anulabilidade para o da nulidade do negócio jurídico, não podem vigorar conceitos diversos.

Em face do princípio, atinente aos efeitos da simulação, podem-se deduzir os respectivos corolários: a) realizado simuladamente o negócio, a proibição a que os próprios agentes de má-fé pleiteiem a sua ineficácia terá como consequência interditar-lhes a ação de nulidade; se o negócio não for danoso a terceiros, os agentes serão compelidos a sofrer o resultado de uma declaração enganosa de vontade, ainda que a eles nociva ou divorciada de suas conveniências, e desta forma recebem a punição pela sua malícia; b) mas se o efeito do negócio é prejudicial, podem os prejudicados promover a declaração judicial de invalidade.¹⁸

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

A prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência.

110. ANULABILIDADE

Não tem o mesmo alcance da nulidade, nem traz o mesmo fundamento a *anulabilidade* do negócio jurídico. Nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes, já que na sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados.¹⁹ O ato é imperfeito, mas não tão grave nem profundamente defeituoso, como nos casos de nulidade, razão pela qual a lei oferece ao interessado a alternativa de pleitear a obtenção de sua ineficácia, ou deixar que os seus efeitos decorram normalmente, como se não houvesse irregularidade, o que se reflete no problema dos efeitos, e veremos no nº 111, *infra*. Daí ficar restrita a legitimação para postulação do decreto anulatório às pessoas que intervêm originariamente no ato, ou ainda em certos casos às que lhes sucedam em direitos, quer por sub-rogação *inter vivos*, quer por sucessão *causa mortis*, ou também a determinados terceiros que lhes sofram as consequências (como o credor prejudicado pela alienação fraudulenta).

Diz-se em doutrina que a anulabilidade visa à proteção do consentimento ou refere-se à incapacidade do agente.²⁰ Segundo o direito codificado (Código Civil, art. 171), temo-la, em primeiro lugar, nas hipóteses previstas expressamente em lei, declarando anuláveis os atos praticados ao arrepio de seu mandamento. Especificamente, declara os atos anuláveis em razão da incapacidade relativa do agente ou em decorrência de algum dos defeitos que inquinam o negócio (erro, dolo, coação, fraude contra credores, lesão ou os praticados em