

25. Vontade e capacidade (remissão). Falta absoluta de vontade. 26. Vontade e vícios do consentimento: erro. 27. Vontade e vícios do consentimento: dolo. 28. Vontade e vício do consentimento: coação e estado de perigo.

- **Vícios da vontade:** os negócios jurídicos têm, na vontade individual, seu impulso criador. Para serem normais e regulares, é preciso que a vontade, ao se exteriorizar, não padeça de um dos vícios que a distorcem.

- **Vícios psíquicos:** traduzem uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada. São o *erro*, o *dolo* e a *coação*.

- **Vícios sociais:** há uma dissonância entre a vontade e as exigências legais no que diz respeito ao resultado pretendido. São a *simulação* e a *fraude contra credores*.

Não se confunde o *vício de consentimento* com a *falta de vontade*. Esta ocorre quando não existe propósito negocial. É o que se verifica na *reserva mental*, na *declaração por gracejo*.

- Quando faltar a declaração da vontade, o negócio jurídico é *inexistente*.

- Vícios de consentimento:

a) **Erro:** é uma falsa representação que influencia a vontade no processo ou da fase da formação. Art. 138 do CC. Ocorre quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação. Na base do negócio jurídico realizado há um estado psíquico que decorre da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser.

Deverá ser *essencial* e *escusável*. Deve recair sobre a substância do ato, no objeto principal da declaração ou em alguma de suas qualidades substanciais, ou que diga respeito a qualidades essenciais da pessoa a quem se refira a declaração da vontade.

Duas espécies:

- **erro impróprio**, também denominado erro obstativo ou erro obstáculo. Nele há divergência profunda entre a declaração e a vontade, o que ocorre de um modo análogo àquele que decorre da violência física. Não há emissão de vontade e por isso não há ato jurídico. Ex.: alguém transfere uma coisa a título de venda e compra e quem a recebe o faz a título de doação, ou, quando uma mensagem encaminhada com a expressão “não aceito” vem com a primeira palavra suprimida.

- **erro próprio**, também chamado *erro-vício*, que distorce o consentimento, mas não

impede que este se projete.

- Classificação:

a) **erro essencial:** vicia o ato em sua substância, determinando uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante tivesse o conhecimento exato da realidade.

b) **erro accidental:** não recai sobre a essência da declaração, razão pela qual não provoca divergência capaz de justificar a anulação desta.

c) **erro de fato:** é o que recai sobre a pessoa ou a coisa.

d) **erro de direito:** consiste no falso conhecimento ou na ignorância da norma jurídica que determinou a declaração, ou no equívoco sobre certa situação jurídica. Por ele, só haverá vício da vontade se é o motivo determinante da declaração.

b) Dolo: consiste em manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado. É a provocação intencional de um erro. Não há dolo sem vontade de enganar. Art. 145 do CC.

- Dois elementos: *comportamento ilícito* (objetivo) e *intenção de enganar* (subjetivo).

- **Dolo principal:** deve ter sido a causa determinante do consentimento para que a partir daí se possa ser anulado o negócio jurídico.

- **Dolo accidental:** a despeito da sua existência, o negócio teria sido praticado de uma forma ou de outra. Gera apenas a satisfação a perdas e danos. Nesse caso haveria apenas *ato ilícito*, e não vício de consentimento.

c) Coação: é a ameaça capaz de incutir temor de modo injusto. Traduz violência moral, não física. Esta elimina a vontade, tornando o negócio *inexistente*. Art. 151 do CC. *Capitant* a definiu como a pressão exercida sobre um indivíduo para determinar que ele venha a concordar com um ato.

Requisitos: a) ser a causa determinante da vontade declarada; b) incutir fundado temor de grave dano, ou seja, a deverá haver gravidade na ameaça e iminência do dano; c) ser injusta.

Para *Silvio Rodrigues*, deverá ocorrer uma relação de causalidade entre a ameaça e a anuência.

d) Simulação: ocorre quando em um negócio jurídico se verifica intencional

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

divergência entre a vontade real e a vontade declarada com o fim de enganar a terceiros. É uma distorção voluntária praticada para fugir à disciplina normal do negócio prevista em lei. Trata-se de *vício de causa*. Leva não à *anulabilidade*, mas sim à **nulidade** do negócio jurídico. Arts. 166, III, VI e VII, 167 e 168 do CC.

- Segundo *Orlando Gomes*, distinguir-se-ia dos vícios de consentimento porque a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente, resultando desacordo entre as partes do contrato ou entre o declarante e o destinatário da declaração. Para *Caio Mario*, é um *vício da causa* ou um *vício social*.

- **Requisitos**: acordo simulatório e propósito de enganar terceiros. Apesar dessa ideia de acordo, pode ocorrer também nos negócios jurídicos unilaterais receptícios, dando-se o conluio com o destinatário.

- Haveria uma distinção entre a **simulação** – que é fazer parecer o que não existe – da **dissimulação**, que significa ocultar aquilo que é.

- A **simulação** não é realidade, mas sim a ficção da realidade.

Def. de Francesco Ferrara: simulação é a declaração de conteúdo irreal, emitida conscientemente e por acordo entre as partes, para produzir, com o fim de enganar, a aparência de um negócio jurídico que não existe ou que é diferente daquele que se realizou.

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.

Classificação:

- **Absoluta**: há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. O agente, na verdade, não quer resultado nenhum.

- **Relativa**: também chamada, por alguns, de *dissimulação*. O ato tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (v.g., uma compra e venda para dissimular uma doação) ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou se transmitem (v.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). Segue-se da declaração um resultado, portanto, ainda que diferente daquele que deveria ocorrer.

- **Simulação inocente**: faz-se uma declaração que não traz prejuízo a quem quer que seja e, por isso mesmo, é tolerada pelo direito (ex.: as partes declaram que já receberam o valor integral de um contrato, quando há ainda valores a serem pagos).

- **Simulação maliciosa**: há intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei.

- **Distinções**: do *erro*, porque na *simulação* o agente tem a consciência da distorção entre a vontade declarada e o resultado; do *dolo*, porque não se usam maquinações para 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, uma vez que na *simulação* inexistente qualquer processo de intimidação para compelir o agente a emitir a declaração de vontade.

FRAUDE CONTRA CREDITORES

Def.: ocorre quando o devedor insolvente, ou na iminência de se tornar como tal, pratica atos suscetíveis de diminuir o seu patrimônio, reduzindo a garantia que este representa para resgate de suas dívidas.

Elementos: *eventos damni*, consistente em todo ato capaz de prejudicar o credor, quer por tornar insolvente o devedor, quer por já haver sido por ele praticado em estado de insolvência; e o *consilium fraudis*, caracterizado pela má fé, pelo intuito malicioso de ilidir os efeitos da cobrança.

Arts. 158 e seguintes do Código Civil.

e) Reserva mental: oculta-se a vontade contrária à declarada. O declarante mantém na mente o verdadeiro propósito. Distingue-se da simulação, porque a reserva mental se desenvolve no segredo da mente de um dos contratantes, ao passo que a simulação é obra de mais de um. Para *Schlossmann*, a reserva legal seria uma simulação unilateral. Além disso, na reserva legal o enganado é o outro contratante, aquele a quem se dirige a declaração: na simulação, o enganado é o público. Por fim, se a reserva mental for ineficaz, não ataca a validade do negócio jurídico. Ao contrário, a simulação anula o contrato pelo menos entre as partes.

f) Negócio indireto

Conceito: uma vez que não vise a fraudar a lei, pode-se realizar determinado negócio para a obtenção de fim distinto daqueles que sua causa típica define.

- **Característica**: discrepância entre a intenção concreta dos contratantes e a causa típica do contrato. Configuram-se todas as vezes que, para a consecução de um fim, se faz uso de via oblíqua, transversal, ou seja, todas as vezes que não se toma o caminho normal.

- O negócio indireto aparece clara e manifestamente, ainda que seja o resultado dum conjunto de vários atos que se unem e se combinam e que, pela sua ação complexa, chegam a produzir

um efeito equivalente ou análogo a outro tipo de contrato.

Ex.: um proprietário de bosques havia celebrado com um negociante de madeiras um contrato de mandato para que se desse o corte de árvores nas suas propriedades. O mandatário garantia um preço mínimo e o proprietário concedia, em relação àquele preço, o que acima dele fosse conseguido. Decidiu-se que se tratava duma venda oculta sob a forma de mandato.

São mais comuns os negócios indiretos na forma de liberalidades, como a venda por um preço de favor. Outro exemplo seria uma aquisição feita em nome do donatário, sendo o preço pago pelo doador.

g) Negócio Fiduciário

- No esquema legal de cada tipo de negócio se encontra a *causa* que o legitima, inalterável ao arbítrio de quem o pratica. Os sujeitos de direito podem realizar os negócios que entendam, já que a lei lhes assegura a liberdade para configuração externa dos negócios jurídicos, mas não lhes é lícito mudar os efeitos próprios de cada tipo de negócio.

- Excepcionalmente, contudo, admite-se que em certos casos, determinado *tipo de negócio* seja utilizado para a consecução de fim não correspondente exatamente à sua *causa*. É o que ocorre, em princípio, nos *negócios fiduciários*, nos negócios *indiretos* e nos *negócios simulados*.

- No negócio fiduciário, entre o fim visado pelas partes e o meio utilizado para alcançá-lo não há congruência.

- **Fases:** desdobra-se em fases, a que correspondem negócios realmente queridos pelas partes. Na primeira, efetua-se a transmissão, séria, verdadeira, de um direito de titularidade do *fiduciante*. Na segunda, cumpre-se a obrigação do *fiduciário* de restituir o que recebeu ou seu equivalente. Segundo FERRARA, nesse tipo de negócio os contratantes o querem com todas as suas consequências jurídicas, ainda que dele se sirvam para finalidade econômica diversa.

CONTRATOS FIDUCIÁRIOS

- **Definição** (Vincenzo Roppo): o contrato fiduciário é aquele pelo qual o fiduciante transfere um bem ao fiduciário, que se obriga a conservá-lo e/ou a administrá-lo segundo certos critérios, e a devolvê-lo, sucessivamente, ao próprio fiduciante ou a um terceiro.

- Ex.: transferência de ações para uma sociedade fiduciária, em virtude do desinteresse do antigo titular de assim aparecer ostensivamente.

- **Funções:** servir ao interesse do fiduciante ou ao interesse do fiduciário (garantia de seu crédito).

- **Efeitos:** um efeito real, em relação ao fiduciário, que é a transferência da propriedade do bem do fiduciante ao fiduciário, e efeitos obrigacionais em favor do fiduciante, que é a obrigação

do fiduciário em relação ao fiduciante de retransferir no momento ajustado o bem, e também de observar modos ajustados na administração do bem pelo tempo em que a propriedade ficará com o fiduciário.

- Em sentido técnico o *contrato fiduciário* não corresponde à confiança depositada ou esperada na outra parte, em virtude de suas qualidades específicas (*intuitu personae*).

- Características principais:

a) o contrato fiduciário não produz simples vínculo moral, de honra ou de cortesia. Produz na verdade efeitos verdadeiramente jurídicos, que podem ser exigidos segundo os mecanismos da lei.

b) os efeitos são verdadeiros e reais, e não fictícios. O contrato fiduciário não é um contrato simulado, uma vez que o efeito real de transferência efetivamente se realiza no contrato fiduciário.

c) o contrato fiduciário obedece ao princípio da causa, mas que não se identifica com uma genérica e autônoma *causa fiduciária*.

d) A peculiar conformação dos efeitos do contrato fiduciário cria um particular risco de abuso do fiduciário, que está na essência do fenômeno.

Abuso típico: violação da obrigação de transferência do bem ao próprio fiduciante, ou ao beneficiário por ele indicado, consumada pela transferência do bem para outro terceiro.

- No direito alemão: a tutela é a mais forte, possuindo natureza real. O pacto fiduciário é oponível pelo fiduciante aos terceiros que tenham adquirido o bem do fiduciário. Divisão entre *propriedade formal* e *propriedade substancial*.

- Na tradição romana, existe a unidade do *dominium*, o que gera uma tutela mais fraca, porque possui apenas natureza obrigacional.

- Trust:

- Instituto pertencente à tradição do *common law*.

- **Definição:** pode-se dizer que um bem ou complexo de bens é constituído em *trust* quando o seu titular o transfere ou então o confia a um sujeito, o qual se vincula a exercer os seus poderes de titular não no interesse próprio, mas em favor de um ou mais beneficiários, ou em função de um determinado objetivo.

- Implica o “trust” a transferência de propriedade ou titularidade sobre um bem corpóreo, móvel ou imóvel, ou incorpóreo, como os direitos, a um terceiro denominado “trustee”, a quem incumbe exercer os direitos adquiridos em benefício de pessoas designadas expressamente no instrumento criador do “trust”, ou indicadas pela lei ou jurisprudência na falta de tal

instrumento, chamadas de beneficiários. Alternativamente, podem se constituir “trusts” não em benefício de pessoas determinadas, mas com vistas à perseguição de determinados objetivos. Por outro lado, estaremos diante de um “trust” ainda quando uma pessoa se declarar “trustee” em benefício de terceiro de bens que já detenha, em tal hipótese não sendo necessária a transferência da propriedade.

- O *trustee* deverá administrar a propriedade envolvida no *trust* de modo a favorecer os beneficiários ou os objetivos a que visa o “trust”, nos termos eventualmente indicados quando da criação deste ou segundo parâmetros gerais objeto de fixação pela lei e jurisprudência. Tais termos e parâmetros poderão se referir ao pagamento de uma determinada renda para fins específicos ou de manutenção geral a uma determinada pessoa, a entrega de capital após um certo período, etc.

- De tais considerações, deriva o critério básico para a classificação dos “trusts”: a natureza dos fins a que se propõem. Os “trusts” que visam ao atendimento de beneficiário ou beneficiários finais individualizados são chamados de “trusts” privados, enquanto que os “trusts” instituídos em vista de propósitos ou finalidades genéricas, nos casos em que são aceitos, são denominados “trusts” relativos a propósitos (“purpose trusts”). – Eduardo Salomão Neto – O Trust e o Direito Brasileiro. São Paulo : LTr, 1996, págs. 20 e 21.

- Partes: *settlor* – constitui o *trust*
trustee – quem o recebe fiduciariamente

- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

- Def.: é o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento de dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, normalmente restando-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la. Com relação a coisas fungíveis, de direitos sobre móveis ou títulos de crédito, a posse do bem dado em garantia é integralmente transmitida ao credor e proprietário fiduciário, não se desdobrando a posse em direta e indireta.

- Referência, no Código Civil, à propriedade fiduciária (arts. 1.361 a 1.368). Trata da alienação de bens móveis celebrada fora do contexto do mercado financeiro e de capitais.

- Outras bases legais: Decreto-lei 911, de 11/10/69 (mercado financeiro); Lei nº 10.931/2004, dispõe acerca da modalidade de alienação fiduciária em garantia que tem por credor uma instituição financeira; Lei 9.514/97, que tornou possível a alienação fiduciária de bens imóveis.

- Partes:

- Fiduciante: é quem aliena em garantia e tem a posição, na relação obrigacional, de

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

devedor;

- Fiduciário: é quem adquire a propriedade resolúvel da coisa e é credor do fiduciante.

- **Forma:** necessariamente escrita.

- **Meios para a realização do crédito:**

- ação de busca e apreensão;
- ação de depósito;
- ação de execução.