

42  
1672  
2012  
v. 25

Pontes de Miranda

# TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXV

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Extinção das dívidas e obrigações.

Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas.

Novação. Transação. Outros modos de extinção

Atualizado por  
Nelson Nery Jr.  
Rosa Maria de Andrade Nery

EDITORA  100 anos  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO III  
TRANSAÇÃO

## § 3.027. CONCEITO DE TRANSAÇÃO

1. PRECISÕES CONCEPTUAIS. — A *transação* é o negocio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia. Não importa o estado de gravidade em que se ache a discordância, ainda se é quanto à existência, ao conteúdo, à extensão, à validade ou à eficácia da relação jurídica; nem, ainda, a proveniência dessa, se de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito de família, ou de direito das sucessões, ou de direito público. Naturalmente, há de exigir-se a *transacionabilidade* de cada interesse de que se abriu mão. Não exclui a transação o ser incerta, apenas, a existência futura. A alusão à incerteza sobre a existência criou algumas dificuldades na sistemática do direito civil, razão por que H. BUHL (*Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsverträge*, 74 s.) tentou circunscrever o conceito de transação à extinção da controvérsia sobre a pretensão, deixando à categoria, a que ele chamara “acomodação” (*Auseinandersetzung*), os reconhecimentos de existência, com concessões recíprocas ou não. A partilha amigável entraria aí. Porém essa inovação ainda mais dificultaria o estudo dos acórdos recíprocos. Qualquer que seja a razão da controvérsia em juízo ou fora dêle, o que importa é ter havido prestação e contraprestação, ainda que, devido mesmo à incerteza, se pense em prestação e em contraprestação, partindo-se da posição assumida, na própria controvérsia, por um e outro dos contraentes. O que é, agora, prestação, ou contraprestação, porque não há certeza sobre o que se disputa,

deixaria de ser prestação, ou contraprestação, se já tivesse havido sentença passada em julgado (= certeza). Por isso mesmo, pode ser prestação, ou contraprestação, na transação, o que não sai do patrimônio de quem presta, ou contrapresta. O Código Civil de certo modo definiu a transação (art. 1.025): “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas”.

A extinção da dívida, da obrigação, da ação ou da exceção pode dar-se pela transação. Não é necessário que se dê. O que a transação tem por fito não é extinguir dívidas, obrigações, ações ou exceções, direitos ou pretensões. O que a caracteriza é eliminação de litígio ou de insegurança. Se a dívida é sobre existência de direito ou de dívida, de pretensão, ou de obrigação, de ação, ou de exceção, e a respeito transigem os interessados, necessariamente se diz *sim* a um e *não* ao outro; mas, se a razão estava com aquele a quem se disse *sim*, nenhum direito, dívida, pretensão, obrigação, ação ou exceção se extinguiu (estado transacional = estado verdadeiro).

Pode dar-se que o estado transformado apenas se distinga, em pormenor, do estado que verdadeiramente era, como se só acordaram em que o quanto líquido seja 2, e não 2 1/2, ou 3 1/2, e não 2. A relação jurídica que era contínua de ser e não se extinguem os direitos acessórios que acaso existiam.

2. PORQUE EXISTE O NEGÓCIO JURÍDICO DA TRANSAÇÃO. – A transação existe porque a *aplicação* do direito pode não coincidir com a *incidência*, porque pode haver incertezas quanto às *regras jurídicas* em si mesmas, e porque nem toda *satisfação* independe daquele que tem de satisfazer, ou do elemento subjetivo, por parte daquele a quem se satisfaz.

Se não há controvérsia, o contrato pode ser *contrato de acomodação* (Abfindungsvertrag) ou de desinteressamento, não transação (O. BÜLOW, Absolute Rechtskraft des Urteils, *Archiv für die civilistische Praxis*, 83, nota 89, e 89, nota 97 a). Todavia, no direito romano, *transactio* abrangia, às vezes, tôdas as espécies (e. g., L. 8, § 6, D., de *transactionibus*, 2, 15).

Nas transações, há o *caput controversum*, sobre o qual se acorda, para se substituir à dívida o acôrdo, e o *caput non controversum*, sobre o qual se apoia o negócio jurídico e do qual se parte tendo-se por certo porque como tal se houvera. Sobre o *caput non controversum*, pode ter havido êrro, ou dolo, ou por existir o que se cria não existir, ou vice-versa, ou por valer o que se cria não valer, ou vice-versa, ou por ser eficaz o que se cria

não no ser, ou vice-versa. A propósito do *caput non controversum*, regem os arts. 86-113 do Código Civil. Quanto ao *caput controversum*, rege o art. 1.030, 2.ª parte, sem de modo nenhum se excetuar o princípio de ser inatingível pela anulação por êrro o *caput controversum*.

Sobre o *caput controversum*, dúvida houve, por definição; e um dos transatores necessariamente errou. Não há invalidade por êrro quanto ao *caput controversum*: sobre o ponto em que houve controvérsia, êrro de alguém houve. Se, na extensão do *caput controversum*, o transator errou, essencialmente, quanto à pessoa ou à coisa, pode dar-se desconstituição, salvo se exatamente a identidade da pessoa ou da coisa, ou a qualidade essencial de que se trata, foi objeto da controvérsia.

O art. 1.030, 2.ª parte, tem de ser lido com cuidado: “...só se rescinde (a transação) por dolo, violência”, “ou por êrro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”. Os atos jurídicos em geral são anuláveis por êrro que *a*) interesse à natureza do ato, *b*) ao objeto principal da declaração, *c*) a alguma das qualidades essenciais ao objeto, *d*) à pessoa com quem se trata ou de quem se trata ou suas qualidades essenciais (artigos 87 e 88). A transação, não: só se desconstitui por êrro quanto à pessoa ou suas qualidades essenciais (d) e quanto à identidade da coisa controversa (art. 1.030, 2.ª parte). Se o *caput controversum* foi a identidade da pessoa ou da coisa, ou a qualidade essencial da pessoa, o art. 1.030, 2.ª parte, não pode ser invocado. Coisa controversa está, aí, por “coisa a que se referiu o litígio”. Trata-se de emenda da Comissão Revisora (*Trabalhos da Câmara dos Deputados*, I, ed. de 1917, p. 492): “A transação válida tem força de sentença irrevogável; e não pode ser anulada por êrro de direito ou lesão, mas somente por dolo, violência ou êrro sobre a pessoa ou coisa a que se referiu o litígio”. No seu *Parecer* (p. 365), RUI BARBOSA, sem intuito de alterar o fundo, pôs em lugar de “coisa a que se referir o litígio”, “coisa controversa”.

3. LUGAR DA TRANSAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO. – Na doutrina, houve quem somente visse na transação a sentença, isto é, o que, em verdade, só às vezes a recobre, pela homologação (e. g., C. RISCH, *Die Lehre vom Vergleiche*, 12 s.). No direito processual civil, é admissível que se veja mais a decisão que o negócio jurídico, a que ela se refere (e. g., O. BÜLOW, Absolute Rechtskraft des Urteils, *Archiv für die civilistische Praxis*, 83, 85, que se espantava de ver a transação metida no direito das obrigações como modo de extinção, ou como fonte, em vez de estar na Parte Geral).

Por seu lado, F. REGELSBERGER (*Pandekten*, 621 s.), tratando, na Parte Geral, dos negócios jurídicos, pôs, em ordem, a representação, o conteúdo do negócio jurídico, a doação, a transação e o reconhecimento.

O Código Civil inseriu-na no direito das obrigações, como efeito de extinção (arts. 1.025-1.036); em verdade, como modo de extinção, entre a compensação (arts. 1.009-1.024) e o compromisso (arts. 1.037-1.048). A transação é negócio jurídico bilateral que afasta disputa ou dúvida (incerteza) entre os dois contraentes, a respeito de relações jurídicas existentes entre eles. “Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit” (L. 1, D., *de transactionibus*, 2, 15). Não se pode confundir com a *liquidação*, estendendo-se até aí, o conceito como fêz H. BUHL (*Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsverträge*, 74 s.). Porque seria pôr-se em comum o que é sobre incerteza e o que é sobre iliquidez. O líquido tem de ser certo; mas o certo pode ser ilíquido. Liquidar não é transigir. Tão-pouco se há de cogitar de transação pura ou de transação impura (e. g., A. STURM, *Die Lehre vom Vergleiche*, 3 s.; contra, P. OERTMANN, *Der Vergleich im gemeinen Civilrecht*, 70 s.).

#### Panorama atual pelos Atualizadores

##### § 3.027. A – Legislação

Acerca da transação, ver arts. 840 e 849, *caput*, do CC/2002; no que concerne aos defeitos dos atos jurídicos, ver arts. 138 a 167 do CC/2002.

#### § 3.028. NATUREZA DA TRANSAÇÃO

1. OPERAÇÃO TRANSACIONAL E DADOS SOBRE A NATUREZA DA TRANSAÇÃO. – É assaz relevante saber-se, desde logo, em que consistiu a incerteza (fundamento da transação), de que derivou a transação. Por exemplo: a) Herdou A de B duas casas, com o legado de certa quantia a C, mas há dúvida se a quantia seria em ouro, ou em papel, porque, noutros lugares, o testamento fala em quantias em ouro; A e C transacionam, recebendo C metade em ouro e metade em papel; verifica-se, depois, que a certidão do

testamento estava errada, e o legado incumbia ao monte; A tem contra C a *condictio indebiti* (Código Civil, arts. 964-970). b) Se foi quanto à existência que se controverteu, e descobre-se que o direito estava mutilado, o art. 970 pode exercer papel decisivo, c) A *condictio indebiti* é de invocar-se quando, no mesmo plano (existência, validade, eficácia), o fundamento foi outro que o do erro revelado; e. g., a transação foi a respeito de vício de forma e descobre-se que o negócio jurídico é nulo por outra razão, d) Na L. 42, C., *de transactionibus*, 2, 4, lê-se: “Se, baseados em falsos documentos se concluíram transações ou pactos, ..., mandamos que sejam retratados, ainda provada, civilmente, a sua falsidade, de tal maneira que, se os mesmos pactos e transações tiverem sido feitos sobre muitas causas e capítulos, se retrate tão-só aquela causa, ou parte, que se prove ter sido fundada em instrumento falso, permanecendo firmes os demais capítulos, salvo se também se decide a controvérsia sobre aquilo que se diz ser falso”. A técnica do direito romano, mesmo ao tempo da L. 42, era deficiente: ainda não se havia chegado à concepção da “anulabilidade” e o texto imperial lançava mão do conceito de *retractatio* (*verbis* “eas retractari praecipimus”, “tantummodo causa vel pars retractetur”). Hoje, em vez de se tratar de nêvo (*re-tractare*), intentamos a *condictio*. e) Além dos casos a), b), c) e d) de *condictio indebiti*, pode dar-se a anulabilidade do negócio jurídico da transação, por erro (artigos 86-91). f) Se a transação se fêz *de re iudicata*, o direito romano a excluía, – tinha-a por transação não existente. Solução radical. Vê-lo-emos a seguir.

2. PRESSUPOSTO DA EXISTÊNCIA DA CONTROVÉRSIA. – É preciso que a controvérsia ainda não tenha sido decidida com eficácia de coisa julgada? Portanto, se já havia sentença com força, ou somente com eficácia de coisa julgada, a transação é nula ou ineficaz? A questão foi das mais discutidas no direito comum. A L. 7, pr., D., *de transactionibus*, 2, 15, estatuiu: “Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellari potueris”. Na L. 82, C., *de transactionibus*, 2, 4, explicava-se que a transação, com infração da *res iudicata*, seria “frustra” e o “praeses provinciae”, usado o remédio processual próprio (*usitato more legum*), executaria o julgado (*rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit*). Não se trataria de retratabilidade só, nem de impugnabilidade (sem razão, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 840 s., nota 6): o “praeses provinciae” executaria a decisão sem olhar para a transação; em vez disso, B. WINDSCHEID pensou que o “usitato more legum” se referisse à infração, quando, em verdade, é à execução que se refere. Assim, havia “nulidade” (no sentido

romano de inexistência), pôsto que não seja certo que o seu fundamento fôsse a ordem pública, como pretendia A. F. J. THIBAUT (Über Vergleiche gegen rechtskräftige Urteile, *Archiv für die civilistische Praxis*, VIII, 301 s.), com a acolhida de alguns juristas. Leu mal B. WINDSCHEID a L. 32, tanto mais quanto a consulta ao *Codex Gregorianus* (L. 8, 5, 8 e 9, C. G, 1, 2), ao *Codex Hermogenianus* (Título IV, § 3) e ao *Codex Theodosianus* (L. 2, C. T., 2, 9) lhe mostraria expressões como “transactio quae nullo iure interposita est”, “pacisci exinde non posse”, “frustra transigi”, “de re iudicata pacisci nemo potest”. A verdadeira interpretação da L. 32, C., de *transactionibus*, 2, 4, foi a de A. PÉREZ e de HUGO DONELO. A ineficácia da transação, que permitia executar-se o julgado, era consequência da *nullitas* (= inexistência). Por isso, para que pudesse haver transação, ter-se-ia de, antes, proceder à *stipulatio*, ou à aceptilação, extinguindo-se, assim, no plano do direito material, a dívida oriunda do julgado. O direito romano punha-se diante da *res iudicata*, e abstraía do mais; se a estipulação ou a aceptilação removera o obstáculo, transação poderia haver.

3. CONTROVÉRSIA SÔBRE DECISÃO JUDICIAL. – ULPIANO, na L. 11, D., de *transactionibus*, 2, 15, disse que, “depois da coisa julgada, ainda que se não haja interposto apelação, pode fazer-se transação, se, não obstante, se negar a existência do julgado, ou se se pode ignorar que tenha havido julgado, porque ainda pode subsistir o litígio”. A regra era, pois, a não-transação *post rem iudicatam*; salvo: a) se se negava a existência mesma do julgado (*si negetur iudicatum esse*); b) se a pessoa *podia* ignorar a sentença, pois ainda, quanto a ela, pode subsistir o litígio (=ineficácia da *res iudicata* quanto a ela). É assim que se há de entender a L. 11 e surpreende que juristas de prol a lessem diferentemente. A respeito, C RISCH (*Die Lehre vom Vergleiche*, 88) achava que o caso b) seria o da efetiva ignorância da decisão pelo transator, porém lá se diz “si ignorari potest”, e não “si ignoratur” (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 842, nota 8); o próprio B. WINDSCHEID recorreu à pressuposição de que toda transação fôsse para decidir onde não houvesse decisão com força de lei, e no entanto a L. 11 acentua, em vez de excetuar, a exigência de se não ofender a certeza objetiva, só permitindo a transação a despeito da *res iudicata*, se aquela persiste (cf. O. BÜLOW, *Absolute Rechtskraft des Urteils*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 88, 83 s.).

A *transactio de re iudicata* era excluída, como o *iudicare de re iudicata*. Só se fazia, *lite incerta neque finita*. Pré-excluía-se, havendo coisa

julgada, a transacionabilidade; não só se proibia. HUGO DONELO, no comentário ao Título 2, 4, do *Codex*, foi claro: “Natura haec transactio (de re iudicata) excluditur, non prohibetur iure”. O sistema jurídico não lhe dava entrada; não a via, porque ela *não era*.

No direito brasileiro, o art. 1.036 do Código Civil estatui: “É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificou que nenhum dêles tinha direito sôbre o objeto da transação”.

Não se disse que a coisa julgada impede a transação. O que atinge a transação é ignorarem a existência da coisa julgada todos ou alguns ou um dos transatores, ou a evidência de que nenhum dos litigantes tinha direito ao objeto da transação.

4. PACTO “DE NON PETENDO”. – Na consciência jurídica que atinge a transação é ignorarem a existência da coisa julgada e em qualquer grau de intensidade (J. H. BOEHMER, *Exercitationes ad Pandectas*, § 19 e 20: “interim omnibus, quorum interest, consentientibus etiam post rem iudicatam pactum remissorium adhuc fieri posse...”; C. L. GOLDSCHMIDT, über Vergleiche nach rechtskräftigen Erkenntnissen, *Archiv für die civilistische Praxis*, IX, 87 s.). Não mais se poderia adotar o *princípio da inexistência da transação “de re iudicata”* (tese); o *princípio da existência e não-eficácia da transação “de re iudicata”* (antítese) passa à frente. Donde restar o problema do tratamento jurídico da transação após sentença “ignorada”. E da transação sôbre o que não é de qualquer dos transatores.

5. DECLARATIVIDADE E “PLUS”. – Há o litígio ou a incerteza, de modo que a admissão por todos os interessados de *solução única* que fôsse como aplicação da lei, ou de enunciado que tornasse *certa* a situação jurídica, seria como “julgado” declaratório. Mas a transação de hoje é distinta de qualquer julgamento: é transação, em sentido próprio; há concessões recíprocas, o que o Código Civil, art. 1.025, frisa: “É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Quem mutuamente concede não declara, ou declara e constitui. Embora – e aqui é que se deveria ter fixado a atenção dos juristas – a causa de contratar seja declarar e, no que se concedeu, não se possa *transmitir* direito (art. 1.027, 2.ª parte). Pode-se constituir, negativa ou positivamente; não se pode atribuir a um o que está em nome de outrem e dependeria de *acôrdo de trans-*

*missão*. O negócio jurídico transacional não pode pôr nenhum *plus*, que importe a transmissão de direitos para o qual se precisaria de tradição ou registro ou qualquer ato de execução.

É fácil dito apontar-se a transação como *negócio jurídico declarativo*. Em verdade, trata-se de negócio jurídico bilateral de modificação. Por êle, algo se aumenta ao mundo jurídico para se eliminar litígio ou incerteza. No que o conteúdo da transação se afasta da relação jurídica preexistente, constitui. Há *plus*, que a pura declaratividade não admitiria.

A doutrina que reduz a transação a simples reconhecimento sòmente pode referir-se ao *quod plerumque fit*.

Diz-se no Código Civil, art. 1.027, 2.<sup>a</sup> parte: “Por ela” – a transação – “não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos”. Mas, se, em vez do prazo que seria *x* e sòbre isso versava a controvérsia, foi fixado *x + 1*, a eficácia é instantânea e não se pode dizer que sòmente foi declarativa. Hoje, temos exata noção, diante de regras jurídicas como a do art. 631, 1.<sup>a</sup> parte, e a do art. 1.027, 2.<sup>a</sup> parte, do pouco que se sabia sòbre declaratividade dos negócios jurídicos.

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 3.028. A – Legislação

Acerca do tema tratado nesse parágrafo, ver: do pagamento indevido – arts. 876 a 882 do CC/2002; nulidade da transação – art. 850 do CC/2002; da transação – arts. 840 e 843 CC/2002.

### § 3.029. PROBLEMA DE TÉCNICA JURÍDICA

1. POSIÇÃO DO PROBLEMA A QUE SE DÁ SOLUÇÃO NO ARTIGO 1.036, 1.<sup>a</sup> PARTE, DO CÓDIGO CIVIL. – Com a transformação do conceito de nulidade, que se desromanizou (= deixou de ser o de inexistência, *nec ulla*), teve-se de pensar na sorte da transação que tivesse o seu suporte fático (portanto o *caput controversum*) comprometido pela ignorância, por parte de algum dos transigentes, da existência da decisão trãnsita em julgado. Ao tempo

em que se abstraía da ignorância dos transigentes, compreende-se que se pudesse conceituar a pré-ocorrência da decisão com eficácia de coisa julgada *como causa de inexistência (nullitas)*: transação não existia, porque a certeza objetiva excluía tòda incerteza subjetiva, que seria fundamento da transação. Desde, porém, que se entrou na indagação da ignorância pelos transatores, ou por alguns dêles, ou algum dêles, seria contra os princípios da técnica jurídica, uma vez que só o ignorante da decisão poderia alegar a sua ignorância, que se admitisse existência, para algum, ou para alguns (os cientes), e inexistência para outro ou outros. O direito não se permite essas licenças e sem-cerimônias com o conceito de *existência*. Quando a negação referente a fato jurídico, relação jurídica, direito, pretensão, ação, ou exceção, não é *erga omnes*, a técnica jurídica lança mão dos conceitos de *ineficácia relativa* ou de *anulabilidade*, ou, se há menos negação que efeito negativo de direito formativo, de *resolubilidade*, *resilibilidade*, *rescindibilidade*, etc. Existência para A e B, e não para C, seria absurdo; por aí o direito se empegaria em idealismo absoluto, que o destruiria em sua inteireza lógica. De modo que, no direito contemporâneo, se lançaria mão ou do conceito de ineficácia relativa, ou do conceito de anulabilidade, ou de outro, *mais forte*, que permitisse ao *ignorans* livrar-se do *iuris vinculum* da transação. Todavia o conceito de *nulidade* (arts. 145 e 146) teria o mesmo inconveniente que o de inexistência: seria ato nulo para o *ignorans*, como para os outros transigentes. Em verdade, sòmente havia escolher entre os conceitos de *anulabilidade* e de *ineficácia*. Teremos, pois, de interpretar o art. 1.036, 1.<sup>a</sup> parte do Código Civil: “É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores”.

Na 2.<sup>a</sup> parte do art. 1.036 está outra regra jurídica: “É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado... quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum dêles tinha direito sòbre o objeto da transação”. Falta, aqui como na espécie da 1.<sup>a</sup> parte do art. 1.036, a base do negócio jurídico.

O êrro faz anulável a transação, como acontece aos demais negócios jurídicos bilaterais. Porém o art. 1.036 do Código Civil vai além: se o contraente (transator) desconhece a *res iudicata* sòbre o objeto da controvérsia, ou se vem a descobrir que nenhum dos transatores tinha direito (*aliter*, pretensão ou ação) sòbre o objeto do litígio, há ineficácia, e não nulidade, nem anulabilidade. *Trata-se de error qui ad caput controversum perti-*

*net*, ou de *error qui ad caput non controversum spectat*? Cf. M. W. GÖTZ (*Commentatio de errore in transactionibus recte aestimando*, 1 s.).

O art. 1.027, 2.ª parte, do Código Civil ou tem a interpretação que demos, ou teria de afastar o art. 1.025, que alude a concessões mútuas. O contrato é de modificação, o que afasta tratar-se de negócio jurídico puramente declarativo.

2. “RETRACTATIO”. – A *retractatio* poderia ter sido direito formativo extintivo, o que a técnica jurídica dos legisladores romanos não soube conceituar, ou figura difusa entre o não-ser e o não-ser-eficaz. (A *anulabilidade* ou *impugnabilidade*, que B. WINDSCHEID insinuava, não seria mais do que conceito contemporâneo, com que êle enchia o *retractari* da L. 42, C., *de transactionibus*, 2, 4.) Na verdade, os legisladores e juristas romanos trataram a espécie como de *nullitas* (= inexistência), separando-a das espécies tidas como de *retractatio*. Ocorre, porém, que a L. 32, e não a L. 42, se refere à *transactio de re iudicata*. A L. 42 referia-se, tão-só, à transação cujo *caput non controversum* fôra desmentido.

3. INEFICÁCIA, E NÃO NULIDADE, NEM ANULAÇÃO. – O conceito de *ineficácia* é, tènicamente, o melhor, para com êle se traduzir o que realmente se passa com a transação que teve desmentido pela realidade o seu *caput non controversum*. Todavia, transação que se concluiu contra a *res iudicata* é coisa diferente; e tem-se de distinguir a *res iudicata*, quanto à base firme (*caput non controversum*) e a *res iudicata* quanto ao *caput controversum* (duas subespécies). Aquela espécie não traz elemento nôvo ao problema da transação com base firme, que foi desmentida pelos fatos, isto é, a transação que se não teria concluído se os transigentes não acreditassem em situação que em verdade não existia e somente após se descobre isso. Se a *res iudicata* era no tocante ao *caput controversum*, é diferente. De regra, o êrro quanto a êsse de modo nenhum se pode invocar após a *res iudicata*, mas abre-se exceção legal, se a transação se fêz ignorando alguém a *res iudicata*.

4. ARGUMENTAÇÃO. – Ponhamo-nos diante de duas pessoas entre as quais há a *res iudicata*. Ou *a*) ambas conhecem a sentença, ou *b*) nenhuma a conhece, ou *c*) só uma a conhece. Se ambas conhecem a sentença, a incerteza delas a respeito (incerteza subjetiva) criou-se, *a despeito* da coisa julgada material (certeza objetiva); é questão de fato se, a despeito

dessa, aquela existia (*e. g.*, o mandatário judicial bastante não comunicara o trânsito em julgado). Aí, o direito contemporâneo eliminou o resíduo histórico que exigiria a declaração de vontade (*stipulatio* ou *acceptilatio*, a que se referia a L. 32, C., *de transactionibus*, 2, 4), que extinguisse aquêlo crédito, pretensão, ação, ou exceção, que fôra objeto do julgado. Se nenhum dos transacionantes desconhecia a sentença, não se poderia supor que, conhecendo-a todos, a incerteza subjetiva se compusesse: se certo é ser encontrável a incerteza subjetiva, a despeito da coisa julgada, pois, conhecendo-a, os interessados nem por isso se convenceram (*e. g.*, ainda pode haver rescisão da sentença, Código de Processo Civil, arts. 798-801), não é *provável* que a incerteza subjetiva resista à sugestão da certeza objetiva (coisa julgada). Não são tão freqüentes quanto os outros pleitos as ações rescisórias e as revisões criminais: são muitíssimo menos freqüentes, exatamente por serem de difícil satisfação os pressupostos (objetivamente) e por ser rara a deliberação de enfrentar o litígio rescindente ou revisional (subjetivamente). Se só uma das pessoas, que figuram na transação, ignorava a sentença, essa, pelo menos, fôra induzida à transação pela incerteza subjetiva, em cuja composição balanceante não entrara dado fáctico tão importante, como a coisa julgada. A transação, quanto a êsse figurante, fundava-se, provavelmente, na discutibilidade judicial do seu direito, e tal não *mais* se dava. A solução de C. RISCH (*Die Lehre vom Vergleiche*, 88, nota 22), que incluía a ignorância como elemento mesmo da dúvida (incerteza subjetiva), seria, *de lege ferenda*, desacertada.

5. SOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO. – O direito brasileiro não permite a eficácia da transação a respeito de relações jurídicas, direitos, pretensões, ações, ou exceções, sobre os quais há sentença com eficácia de coisa julgada material. Abre duas exceções (Código Civil, art. 1.036): *a*) ter havido ignorância da sentença por parte, pelo menos, de um dos figurantes; *b*) ter-se descoberto que nenhum dos figurantes tinha direito sobre o objeto da transação.

Quanto a *a*), temos de bem entender a 1.ª parte do artigo 1.036: “É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores”, como se dissesse: “É relativamente ineficaz a transação...”. Ou se refere o Código Civil, art. 1.036, 1.ª parte, à ignorância por, *pelo menos*, um dos transatores (= conhecimento por todos menos um, *pelo menos*), ou à ignorância por todos menos um (= conhecimento por um). Noutros têrmos: ou basta que um dos

transatores ignorasse; ou é preciso que um só dos transatores ignorasse. A resposta a essa questão é óbvia: a transação é ineficaz se um, alguns ou todos ignoravam a coisa julgada; portanto, basta a ignorância por um. Mas só ele pode invocar a *ineficácia*.

Quem transige, tendo conhecimento da sentença, que lhe é favorável, chamaria transação à doação que em verdade faz; salvo se o interesse está em tornar possível, em parte, o cumprimento da sentença. *E. g.*, se o devedor repudia, em virtude do pacto de transação, herança de bens inalienáveis, que vão, *iure hereditário*, ao outro transator. Ou se há o fito de se afastar a ação rescisória.

Quanto a *b*), a descoberta de títulos (=meios de prova) somente atinge a transação para lhe excluir eficácia se os títulos se referem ao *caput controversum*, ou, atingindo o *caput non controversum*, atinge o *caput controversum*. O Código Civil, art. 1.036, fala de “quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles (transatores) tinha direito sobre o objeto da transação”. Exige, portanto, o erro quanto ao *caput* em que ambos criam. É a boa doutrina (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 853; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 966; J. W. HEDEMANN, *Der Vergleichsirrtum*, 122). O caso também é de ineficácia, posto que o Código Civil fale de ser “nula” a transação.

No Código Civil francês, art. 2.056, diz-se: “La transaction sur un procès termine par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou une d’elles n’avait point connaissance, est nulle”. No art. 2.057: “Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu’elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu’ils n’aient été retenus par le fait d’une des parties; mais la transaction serait nulle si elle n’avait qu’un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l’une des parties n’avait aucun droit”.

Ao art. 1.036, 1.ª parte, corresponde o seguinte suporte fático: *a*) preexistência de sentença trânsito em julgado sobre o assunto controverso, ou sobre o que se teve por certo, mas, uma vez afastado, faz cair a transação; *b*) da sentença trânsito em julgado não tinha ciência algum dos transatores.

Ao art. 1.036, 2.ª parte, corresponde suporte fático que de nenhum modo se confunde com o do art. 1.036, 1.ª parte: *a*) descobrimento de título, após a transação, pelo qual se verifica que *nenhum* dos transatores tinha

direito ao objeto da transação; *b*) eliminação, em virtude da eficácia do título, de qualquer direito, pretensão, ação ou exceção por parte de qualquer dos transatores.

O art. 1.036 do Código Civil deve ser entendido como se tivesse a seguinte redação e pontuação: “É ineficaz, relativamente, a transação: a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores; e ineficaz, absolutamente, quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”.

Em verdade, se algum dos transatores ignorava a coisa julgada, a ineficácia relativa da transação cria-lhe, não direito formativo extintivo, nem direito de impugnação, mas direito de exceção contra a pretensão oriunda da transação, ou contra a execução da transação (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 1237). Mas é preciso que a coisa julgada tenha sido sobre o ponto que se considerava *res dubia* (cf. J. W. HEDEMANN, *Der Vergleichsirrtum*, 122).

O conceito de ineficácia evita que se precise de ato desconstitutivo da transação. As ações que nascem são a declaratória negativa (declaratória de ineficácia) e a de enriquecimento injustificado, a *condictio* (Código Civil, arts. 964-971; S. MENGERS, *Der Vergleich und der Irrtum beim Vergleich*, 46).

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 3.029. A – Legislação

No que concerne ao tema tratado, ver: nulidades – arts. 166 e 168 do CC/2002; nulidade da transação – art. 850 do CC/2002; transação – arts. 840 e 843 do CC/2002; do pagamento indevido – arts. 876 a 882 do CC/2002.

### § 3.029. B – Doutrina

Como a transação contém elementos de alienação de direitos, o mandatário somente pode transigir com poderes especiais.

### § 3.029. C – Jurisprudência

“Representação comercial. A representação comercial é o contrato que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais comerciante (hoje, empresário), ou não, que se incumbem de realizar para a outra, com terceiros, vendas ou negócios

de mercadorias, das que constituem objeto da atividade comercial do representado, de quem procura aproximar os clientes, no interesse deste, mediante a remuneração e outras condições entre ambas ajustadas. O representante promove a venda, mas não participa diretamente do negócio, visto que há uma transação direta entre o representado e o cliente" (TASP, ApCiv 20412, 1.ª Câm. Civ., j. 20.11.1957, rel. Des. Hoepfner Dutra, RT 273/526).

### § 3.030. SÔBRE QUE PODE VERSAR A INCERTEZA

1. CONTROVÉRSIA SÔBRE EXISTÊNCIA DA FONTE DA RELAÇÃO JURÍDICA. – A primeira matéria sôbre que pode versar a controvérsia é a *existência*. Não pode constar, apenas, de dúvida disputada sôbre a relação jurídica: pode ser sôbre o *fato jurídico*, de que possa provir alguma relação jurídica. É preciso, portanto, que, diante de suporte fático, se levante o dissídio: é ele suficiente para que exista fato jurídico, relação jurídica, direito, pretensão, ação, exceção, ou situação jurídica, ou simples realizabilidade do direito? Não importa se a existência, que se controverte, é apenas futura.

2. CONTROVÉRSIA SÔBRE A VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. – A segunda matéria sôbre que pode versar a controvérsia é a *validade*. Se A afirma que o contrato é nulo, ou anulável, e B o nega, podem dirimir o dissídio transacionando: A transige, concedendo que não é nulo, nem anulável, e B, em contraprestação, concede algo; ou B transige, concedendo que não vale (= é nulo ou anulável) e A lhe concede algo.

A resolutividade, a resilibilidade, a denunciabilidade, a rescindibilidade e os demais direitos formativos extintivos podem ser objeto de transação.

3. CONTROVÉRSIA SÔBRE A EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. – A terceira matéria sôbre que pode versar o dissídio, elemento do suporte fático da transação, é a *eficácia*. Diz A que contra êle o negócio jurídico é ineficaz; B afirma que é eficaz; A e B transigem.

A realizabilidade do direito, da pretensão, da ação ou da exceção também pode ser dissídio sôbre que verse a transação.

4. INCERTEZA SUBJETIVA. – A incerteza, que se tem como pressuposto, é a incerteza subjetiva. As regras jurídicas têm *incidência* infalível; a

incerteza, a respeito delas, é subjetiva; também os fatos se dão e não se podem *dar e não dar*; nós é que podemos não saber se se deram, ou se não se deram. A incerteza não tem de recair, necessariamente, sôbre toda a relação jurídica, ou sôbre todo o seu conteúdo, ou toda a sua extensão, ou a sua validade integral, ou sôbre toda a sua eficácia. A controvérsia sôbre se existe, ou não, parte do direito, pretensão, ou ação, ou exceção, é suscetível de encher o suporte fático de transação; porém somente há transação *sôbre isso*, salvo inseparabilidade. Se, pendente lide, a transação se restringe à parte incontroversa, prosseguindo-se na demanda quanto ao resto, não há, de modo nenhum, transação, salvo se o devedor não podia pagar parcialmente e o credor lho concedeu (H. DERNBURG, *Pandekten*, II, 7.ª ed., 298, nota 4).

A incerteza pode ser quanto ao fático e quanto ao jurídico; sôbre modalidades da relação jurídica, sôbre a realizabilidade do direito ou da pretensão; sôbre eficácia passada, presente ou futura. Não é necessário que, fática, seja objetiva; é subjetivamente que tem de existir. Em geral, o que não é sabido ao certo pelo contraente é incerto, subjetivamente. Se a incerteza é só quanto a certa parte, nem por isso se torna parcial a incerteza sôbre a nulidade, a anulabilidade ou a ineficácia; pode estar atingida toda ou não ter sido atingida a transação.

O art. 1.026 do Código Civil refere-se à nulidade da transação, para dizer que, nula qualquer das cláusulas, nula é toda ela. Todavia, se versa sôbre direitos distintos (art. 1.026, parágrafo único), pretensões, ações ou exceções, é válida a parte que a um dêles se refiram, ou a alguns dêles, pôsto que não seja quanto a outros ou outro.

Tivemos ensejo de ver que o art. 1.026 e o parágrafo único supõem que se separem elementos da transação que possam, sem ofensa a todo o negócio jurídico, ser tratados independentemente dos outros. Aí, evidentemente, se alude a união *só material* dos negócios jurídicos de transação, como se há três litígios e sôbre cada um se transige.

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 3.030. A – Legislação

No que diz respeito à transação, ver art. 848 do CC/2002.

#### § 3.030. C – Jurisprudência

Quitação parcial. Transação. Quando o credor dá quitação parcial da dívida incide a regra do art. 906 do CC/1916 (art. 277 do CC/2002). Assim, a transação celebrada entre o credor e um dos devedores solidários, quitando explicitamente apenas metade do débito, e não sua totalidade, permite ao credor cobrar o restante do seu crédito dos demais devedores solidários (STJ, REsp 140.150/SC, 4.ª T., j. 19.08.1999, m.v., rel. Min. Barros Monteiro, DJU 17.12.1999).

A transação tem interpretação restritiva, não podendo a vontade dos transatores ser estendida para além dos termos em que foi feita; assim, o acordo em relação aos danos emergentes ocasionados por acidente de trânsito com a ressalva do não recebimento dos lucros cessantes torna sem efeito a cláusula de ampla quitação nos termos dos arts. 1.026 e 1.027 do CC/1916 (arts. 848 e 843 do CC/2002) (TASP, Ap 700890-8, 1.ª Câmara, j. 23.01.1997, rel. Juiz Elliot Akel, RT 743/299).

### § 3.031. CONCESSÕES DA TRANSAÇÃO

1. PRESSUPOSTO DA RECIPROCIDADE. – A reciprocidade no conceder é essencial à transação. Se não há concessão, de um e de outro, não há transação: o que pode haver é reconhecimento, renúncia, desistência, ou outra figura. A questão é, antes, de interpretação do negócio jurídico.

A concessão pode consistir em alteração da eficácia, ou do conteúdo da relação jurídica (e. g., em se admitir o pagamento parcial, ou em se esperar algum tempo, na redução da taxa dos juros, na criação de direito à resolução), ou apenas em reconhecimento da dívida, tornando-a líquida, ou somente certa, ou executiva. A bilateralidade, dita reciprocidade das concessões, é essencial, para que haja transação, ainda que, tendo havido concessão e contraconcessão, um dos transigentes tenha chamado doação à sua prestação, ou ambos tivessem chamado doação às respectivas prestações. Também não se confunde com a transação o *contrato de reconheci-*

*mento unilateral* (einseitiger Feststellungsvertrag), que é negócio jurídico bilateral declarativo.

A concessão, *que se faz*, é em relação ao que cada um dos transatores sustenta (= crê que é o seu direito, pretensão, ação, ou exceção), não em relação ao que, em verdade, no mundo jurídico, que independe do que *pensam* os interessados, é o direito, a pretensão, a ação ou a exceção de cada um.

A relação jurídica *controvertida* pode ser de direito das obrigações, ou de direito das coisas, ou de outra espécie. A transação não extingue dívidas, de modo que outra se ponha em seu lugar: seria novação, e não transação. A dívida, a respeito da qual se transige, reconhecendo-se, é a dívida que existia, e nenhuma se põe junto a ela, ou a ela substitui. Se o credor transige admitindo a dívida por menos do que era, ou como sendo a prazo, e não a vista, não se pode dizer que ele só declare: renunciou a algo do seu direito, pretensão, ação ou exceção.

Tanto pode dar-se simples declaratividade como constitutividade positiva ou negativa (e. g., ampliação ou restrição do dever de prestar, da pretensão, ação ou exceção). São exemplos: a transação em que se admite que a coisa não tem vícios redibitórios (renúncia à ação de rescisão ou de abatimento no preço); a transação em que o devedor anui em reconhecer que prometeu, por fora, fiador ou outra garantia.

2. BILATERALIDADE DO CONTRATO DE TRANSAÇÃO. – A transação é contrato bilateral (= sinalagmático), oneroso, *causal*, obrigacional, que se não confunde, de modo nenhum, com os contratos reais e abstratos, mediante os quais se cumpre. Assim, se A transige com B, a respeito da casa *a*, sobre cuja propriedade discutem, e B concede a A o reconhecimento da dívida de *x* mil cruzeiros, o contrato de transação não é título para a transmissão se não foi incluído o acordo de transmissão, abstrato, correspondente; seria apenas título, para se pedir a casa *a*, como aconteceria ao contrato de compra-e-venda desprovido do negócio jurídico abstrato (acordo de transmissão).

3. PRÉ-EXCLUSÃO DA TRANSAÇÃO EM DETERMINADAS MATÉRIAS. – Não há transação: sobre *existência* ou *inexistência de casamento*, ou sobre  *nulidade* ou  *anulabilidade* dele; sobre *relação de parentesco*; sobre algum princípio ou regra jurídica de ordem pública; sobre negócio proibido ou imoral para lhe atribuir validade ou eficácia (G. PLANCK, *Kommentar*, II,

4.ª ed., §48). Se, a respeito de alguma sentença trãnsita em julgado, ainda há por onde surgir incerteza (*e. g.*, cabe ação rescisória e foi proposta), pode haver transação: se não há, falta um dos elementos do suporte fático e o negócio jurídico não foi transação. Em todo caso, enquanto não fôr declarada a ineficácia da transação, é obstáculo à execução (Código de Processo Civil, art. 1.010, II, e 1.011), porque ou houve remissão de dívida, ou doação, ou outro negócio de disposição (seria êrro falar-se em *renúncia* à coisa julgada, conforme mostrou, definitivamente, O. BÜLOW, *Absolute Rechtskraft, Archiv für die civilistische Praxis*, 83, 118-125). A declaração da ineficácia pode ser no julgamento dos embargos, como *quaestio praeiudicialis* (cf. Código de Processo Civil, art. 1.016).

Aí, a dúvida é sôbre ter havido, ou não, transação. Não se ignorou sentença: a respeito dela se *diz* ter-se transigido (cp. Código Civil, art. 1.036, 1.ª parte).

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 3.031. A – Legislação

No que concerne à nulidade da transação, vide art. 850 do CC/2002.

#### § 3.031. B – Doutrina

É contrato orientado ao fim de prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas (art. 840 do CC/2002), litígio esse relativo a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841 do CC/2002). As partes pretendem “a superação do litígio, por meio de um novo regulamento ao qual se submetem e que admite, de resto, a criação de direitos estranhos à controvérsia” (CHATEAUBRIAND FILHO, *Hindemburgo. Negócio de acerto: uma abordagem histórico-dogmática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 53). Não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-lo em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. O negócio deve ser interpretado restritivamente e por ele não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem (art. 843 do CC/2002) “relações jurídicas virtual e presentemente litigiosas” (TOMASETTI JR., Alcides. Artigo 9.º. In: JUAZ DE OLIVEIRA (coord.). *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 131). “Uma vez constituída a transação, tranca-se às partes o juízo de cognição, e abre-se-lhes tão só o juízo de execução” (SOUZA NETO, José Soriano de. *Pareceres jurídicos. Separata da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife anos LII e LIII*. vol. 2. p. 263. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1947).

#### § 3.031. C – Jurisprudência

A transação é indivisível e, não sendo aceito o que competiria a uma das partes, não tem o ajuste a eficácia pretendida. Mister se faz que as partes cumpram o transacionado de parte a parte para que ela seja eficaz e acarrete a extinção do vínculo obrigacional (TASP, Ap 620408-0/5, 10.ª Câ., j. 12.09.2001, v.u., rel. Juiz Nestor Duarte).

### § 3.032. FORMA DE TRANSAÇÃO

1. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL E FORMA. – A transação extrajudicial não está sujeita a regras jurídicas de forma especial; *aliter*, os negócios jurídicos que importem transmissões para os quais a lei imponha forma especial. Por exemplo, se há transmissão de imóvel (Código Civil, art. 134, II), ou renúncia (art. 589, II), ou constituição de direitos reais (artigo 134, II), de valor superior a dez mil cruzeiros, ou de domínio útil ou simples ocupação de terrenos de marinha (Decreto-lei n. 3.438, de 17 de julho de 1941, art. 26).

A transação há de ter a forma que teria o negócio jurídico cujo conteúdo fôsse o da modificação operada ou o do negócio jurídico cujos efeitos são por ela declarados. Por si só, não exige forma especial. Mas a transação sôbre existência ou validade do direito real há de ter a forma exigida pelo art. 134, II, do Código Civil.

Trata-se de *negócio jurídico uno*, de modo que, “sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta” (Código Civil, art. 1.026); *idem*, se anulada, ou ineficaz. Se há mais de um negócio jurídico de transação, isto é, “quando versar sôbre diversos direitos contestados e não prevalecer em relação a um, fica, não obstante, válida relativamente aos outros” (art. 1.026, parágrafo único).

A unidade do negócio jurídico faz a sorte de cada ponto depender da sorte dos outros. O art. 1.026, parágrafo único, sômente explicita que, em caso de união só externa, pode ter sorte diferente o negócio jurídico de transação só materialmente unido a outro ou outros negócios jurídicos de transação. Cada um deles tem a mesma sorte para tôdas as cláusulas e pactos que nêle se inseriram.

O art. 1.026 do Código Civil e o respectivo parágrafo único não permitem a solução de outros sistemas jurídicos em que permanecem válidos ou eficazes os atos de disposição ou de execução, salvo ação de enriquecimento injustificado por falta da base do negócio (*e. g.*, L. SCHNORR v. CAROLSFELD, *Beiträge zur Lehre vom Vergleich*, 86; com solução que corresponde à do direito brasileiro, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 86).

2. TRANSAÇÃO JUDICIAL. – A transação judicial só se pode fazer por termo nos autos com homologação pelo juiz (art. 1.028, I), ou por escritura pública, de que se peça juntada, com homologação pelo juiz, ou por instrumento particular, se cabe.

A redação do art. 1.029 do Código Civil pode levar, e já tem levado, a enganos, na prática. Diz o art. 1.029: “Não havendo ainda litígio, a transação realizar-se-á por aquele dos modos indicados no artigo antecedente, n. II, que no caso couber”. Não se afirmou que a transação, pendente litígio, só se pode fazer por termo nos autos. Basta que se leia o art. 1.028 que é aquele em que se cogita da “transação sobre direitos contestados em juízo” (= havendo litígio): “Se a transação recair sobre direitos contestados em juízo, far-se-á: I. Por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz. II. Por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou particular, nas em que ela o admite”. O fato de só se falar de homologação pelo juiz, se por termo nos autos (art. 1.028, I), de modo nenhum significa que se dispensa a homologação se por escritura pública, ou por instrumento particular a transação. Por outro lado, o art. 1.028, II, evidentemente permite que por escritura pública, ou por instrumento particular, se faça transação “sobre direitos contestados em juízo”.

(a) A transação judicial é a transação judicializada. A homologação é ato de direito processual que envolve transação de direito material, não necessariamente privado. Com ele põe-se termo a procedimento. Em verdade, há transação de direito material, que se traz ou se produz no processo, a fim de se obterem efeitos processuais. São inelidíveis o ato de processualização, que se compõe da juntada, ou do termo nos autos, *mais* a homologação. O ato processual ou os atos processuais indispensáveis à processualização, ou judicialização, são elementos evidentes.

Não se pode confundir a transação com a desistência, nem com a renúncia, trazida ou produzida no processo. Se há renúncia à pretensão

de direito material, por parte do autor, e renúncia à pretensão de direito material, *res deducta* da reconvenção, por parte do demandado, então, sim, se pode falar de transação. Ainda há transação se o demandado reconhece a pretensão do autor e o demandante a do demandado e ambos desistem da ação e da reconvenção; ou se o demandado reconhece a pretensão do demandante e esse acorda em receber em quotas, ou sem juros, ou por alguma tabela de amortização, o que lhe é devido.

(b) A bilateralidade é essencial à transação judicial como à extrajudicial. Por outro lado, tem de referir-se à *res in iudicium deducta*. Acôrdo abstrato de terminação do processo não seria transação.

Não é preciso que a transação judicial tenha sido com o propósito da terminação do processo; nem a terminação da lide é conteúdo dela. Por isso mesmo, os figurantes da relação jurídica processual podem trazer à homologação transação que foi feita sem ser para esse processo, ou para judicialização; e até se eles ignoram a existência da lide em que são partes. A homologação é que a aproveita.

Se, durante o intervalo entre a transação e a homologação, algum recurso é provido, que decreta a nulidade do processo, inclusive por falta ou nulidade da citação, nem por isso fica prejudicada a transação, que é negócio jurídico de direito material, pôsto que a eficácia extintiva haja caído no vácuo.

(c) De regra, a transação faz-se nos processos em que há pedido de declaração, constituição, condenação, mandamento, ou execução, e não nos de medidas cautelares; em que há causa principal, e não acessória. Porém nada se opõe a que, tendo havido citação, se homologue transação ainda em processo de arresto, de seqüestro ou de outra medida cautelar ou preparatória (LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 5.ª ed., 579).

(d) O juízo homologante há de ser juiz ou tribunal brasileiro. Não autoridade administrativa.

Não há transação oral. Se foi dito, na audiência, que os figurantes transigiram, têm-se de tomar por termo as declarações para que possa haver a homologação.

Se há *litisconsórcio necessário*, ainda aí a transação de um dos litisconsortes com a parte contrária não tem eficácia para alteração da decisão, se não se tem a eficácia segundo o direito material. Apenas, quanto

a êle, não há eficácia da sentença. Todavia, em caso de litisconsórcio, a remissão de dívida, por exemplo (Código Civil, art. 1.055), contida na transação, aproveita aos outros devedores solidários e, pois, influi na decisão sobre o mérito.

O negócio jurídico entre alguma das partes e terceiro, sem que a outra parte figure, não pode ser tida como transação que possa pôr termo ao processo.

Para requerer juntada do instrumento da transação e homologação, ou para requerer a tomada por termo e homologação, não é preciso que funcione advogado (H. LEHMANN, *Der Prozessvergleich*, 163 s.).

(e) A transação judicial tem conteúdo de direito material e só é processual o efeito de pôr termo ao processo, mas, para que tal efeito exista, é de mister que apanhe o objeto do litígio em seu todo, ou em parte quantitativamente determinada. Não lhe é empecilho ter de regular matéria estranha ao processo, ainda que sujeita a outra lide, ou ter de estar presente ao ato pessoa estranha ao processo, que assuma dívida própria, ou alheia, ou consinta, ou assinta, ou anua, ou dê autorização ou permissão para algum dos pontos da transação.

A transação pode versar sobre as custas, se ainda não há coisa julgada. Se há coisa julgada, falta o elemento do litígio pendente.

(f) O elemento da transigibilidade é tão indispensável como se não se tratasse de transação judicial. Só se transige sobre aquilo de que se pode dispor.

(g) Quanto à eficácia, a transação extrajudicial pode ser elemento para o julgamento do mérito, inclusive para a decisão sobre legitimidade *ad causam*; a transação judicial, além de estabelecer nova situação jurídica entre os transatores, tem o efeito de pôr termo à demanda, no que corresponde à sua extensão, e impede que se julgue. Com o trânsito em julgado da decisão homologatória, acaba a litispendência e quaisquer efeitos, *no que foi objeto da transação*.

As ações que se irradiam da transação são próprias, e não oriundas das relações jurídicas que a transação extinguiu ou modificou. É possível que ela satisfaça algum dos pressupostos suficientes à constituição de título executivo extrajudicial. Se obriga a declaração de vontade como parte integrante da transação, pode o devedor ser preceitado segundo o art. 302, XII, do Código de Processo Civil, nos próprios autos em que se tem de

homologar, se tinha de ser feita antes da homologação a declaração, ou nos próprios autos, após a homologação, se tinha de fazer-se imediatamente (cf. H. LEHMANN, *Der Prozessvergleich*, 226 s.), ou, fora dos autos, pode ser proposta ação conforme o art. 1.006 do Código de Processo Civil.

(h) A transação, negócio jurídico de direito material, tem de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios do direito material, que a rege. A judicialização (= a homologação) há de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios do direito pré-processual e processual. Se falta algum daqueles pressupostos, não há eficácia da transação para se homologar. Se falta algum desses, é a judicialização que falta, ou é inválida, ou ineficaz. Todavia, homologar é sentenciar. Se a decisão de homologação existe e é válida (não nula), cobre a transação de direito material, de modo que – no direito brasileiro – tem de ser verificado se a homologação é *rescindível*, ou se o negócio jurídico da transação pode ser atacado conforme o art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil. O assunto escapa a êsse *Tratado* e foi versado nos *Comentários ao Código de Processo Civil* e no *Tratado da Ação rescisória*.

Sempre que há homologação, o ataque aos negócios jurídicos processados somente pode ser conforme o que se passa a respeito dos “atos jurídicos em geral”. É o que se diz no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Portanto: por nulidade, anulabilidade, ineficácia, revogação em concurso de credores; não por ser resolúvel ou rescindível por vício redibitório, porque isso não diz respeito aos “atos jurídicos em geral”. Se há a resolução ou a rescisão por vício redibitório, a desconstituição é somente no plano do direito material.

As regras jurídicas sobre revocatória concursal são para os negócios jurídicos “em geral”.

(i) O negócio jurídico da transação pode ser formalmente uno (escritura pública ou particular em que tomaram parte todos os interessados, ou termo nos autos em que todos figuraram), ou por oferta e aceitação concebidas, por escritura pública ou particular, em momentos diferentes, talvez em momentos e lugares diferentes. Desde que se entrega ao juízo ou tribunal a aceitação, torna-se perfeita, em direito material, a transação, *vincula e é irrevogável*. Os arts. 1.079-1.088 do Código Civil são invocáveis.

Adverta-se apenas em que a transação, se não há litígio, pode fazer-se por qualquer dos meios do art. 1.028, II, do Código Civil (art. 1.029),

isto é, por escritura pública, ou por escrito particular, se a matéria não exige aquela.

(j) Se a transação é sujeita a termo ou condição, a homologação somente se há de dar após o advento do termo ou o implemento da condição. É preciso que se não confunda com o termo ou a condição da transação o termo ou a condição de algum elemento sobre que se transigiu ou com que se transigiu.

(k) Antes da homologação, pode dar-se o distrato (*contrarius consensus*) da transação e, pois, retirar-se o pedido de homologação. Pode conter cláusula de resolução, ou ser resolvida por inadimplemento. Todavia, não se há de confundir resolução do negócio jurídico da transação com resolução de algum negócio jurídico sobre que versou a transação. Pode haver resilição, por lei ou por efeito de negócio jurídico. (Aqui, é preciso ter-se todo cuidado e evitar-se a confusão terminológica, ainda em juristas alemães, entre resilição e revogação. Pode-se, é certo, fazer reserva quanto à revogabilidade até certo tempo, mas, então, é outra coisa.)

Não há distrato da transação, depois de ter havido homologação, que possa atingir a essa. Seria deixar-se à vontade das partes por um lado a decisão judicial, sem qualquer exigência formal. O que os figurantes podem fazer é restabelecer por acordo a situação anterior, mas isso não é efeito de distrato. Qualquer dos direitos oriundos da transação é renunciável, bem assim pretensões, ações e exceções.

¿Pode pensar-se em distrato com homologação, para que se possa restabelecer o *status quo* anterior à extinção da relação jurídica processual? A resposta é afirmativa.

(l) Se há decretação de nulidade, ou de rescisão da sentença homologatória, ou decretação de nulidade, ou de anulação (*aliter*, a rescisão ou redibição, ou qualquer resolução), ou se ocorre não produzir-se a condição suspensiva, a transação ou deixa de existir e, pois, ser eficaz, ou deixa de ser eficaz. Assim, o prazo para se interpor recurso, a que se renunciou, continua, a partir da coisa julgada. Se, a despeito da nulidade ou da rescisão da decisão homologatória, pode ser eficaz a transação, extra judicialmente, é outro problema, que só o direito material, que rege a transação, pode resolver. Em qualquer das espécies, falha o efeito de terminação do processo.

Cumpra, ainda, observar-se que o distrato da transação não apaga os efeitos processuais que ela teve, porque tais efeitos existiam, e o distrato

só opera, aí, *ex nunc*, salvo se é de interpretar-se que se lhe atribui eficácia *ex tunc*, com homologação.

A denúncia de modo nenhum vai ao passado.

A resilição não deixa sem efeitos processuais a transação; o que escapa à sua eficácia, em direito material, é elemento para exame do mérito, ou ação nova.

A afirmação de que pode ser de efeito processual a transação que perdeu, em direito material, eficácia, é de repelir-se. A terminação do processo é efeito da transação judicializada; não é conteúdo da transação, nem convênio à parte (K. PAUL, *Der Vergleich im Zivilprozess*, 29, 31 e 47; sem razão: PAUL KRETSCHMAR, *Zur Prozessvergleichslehre, Jherings Jahrbücher*, 69, 261 s.). O art. 801, parágrafo único, do Código de Processo Civil dá a solução certa, *de lege lata* e *de lege ferenda*.

Se a sentença de homologação é nula, e não só rescindível, tem-se de pedir a decretação da nulidade, ainda que *ope exceptionis*; se a sentença de homologação é válida e é nula a transação, tem-se de promover a decretação da nulidade, mas em processo ordinário, porque há a decisão homologatória.

(m) O prosseguimento do processo tem de ser requerido, com a alegação e prova da decisão sobre a desconstituição da homologação, ou da transação, para que o juiz saiba, desde logo, que o processo não terminou, como se pensava. Há de haver as intimações para todos os atos que iriam ser praticados, como se transação não tivesse havido. O autor tem o prazo de trinta dias para assumir o processo (Código de Processo Civil, art. 201, VI); contra o demandado correm ou continuam de correr os prazos desde a intimação.

(n) Se alguma das dívidas assumidas pelos transatores é inserível nas espécies do art. 289, I-II, do Código de Processo Civil, pode ser proposta ação de modificação.

### Panorama atual pelos Atualizadores

#### § 3.032. A – Legislação

No que tange ao tema tratado, ver: da forma dos atos jurídicos – art. 108 do CC/2002; da perda da propriedade imóvel – art. 1.275 do CC/2002; da transação

– arts. 842 e 848 do CC/2002; da remissão das dívidas – art. 388 do CC/2002; da novação – art. 366 do CC/2002; dos contratos – art. 427 a 435 do CC/2002.

### § 3.032. B – Doutrina

Quando as partes celebrarem transação, de acordo com o art. 840 et seq do CC/2002 (art. 1.025 et seq do CC/1916), dá-se a extinção do processo com julgamento de mérito, fazendo coisa julgada, ainda que a sentença apenas homologue a transação. A sentença deverá ser executada no mesmo juízo que a proferiu (arts. 475-P, II, e 575, II, do CPC). A sentença homologatória de transação pode ser impugnada por recurso de apelação ou por ação rescisória (art. 485 do CPC), quando o vício for da própria sentença. Quando se pretende atacar a transação, negócio jurídico celebrado entre as partes, a ação não é a rescisória, mas a anulatória do art. 486 do CPC.

Há alguns acordos extrajudiciais aos quais a lei confere eficácia executiva, independentemente de homologação judicial. Neste caso, serão títulos executivos extrajudiciais (art. 585, VIII, do CPC; *v.g.*, art. 57, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 – acordo referendado pelo Ministério Público; arts. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985 – termo de ajustamento de conduta tomado do interessado por órgão público). Caracteriza-se, entretanto, como título executivo judicial todo e qualquer acordo feito extrajudicialmente, que contenha obrigação de fazer ou não fazer, de entrega de coisa ou de pagamento de quantia em dinheiro, se homologado em juízo. Assim, mesmo os títulos executivos extrajudiciais, por exemplo, do art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985 e do art. 57, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, se homologados em juízo, podem ser executados pelo cumprimento da sentença (art. 475-I do CPC). A homologação de acordo extrajudicial em juízo pode ser feita: (a) no curso de ação pendente, por comunicação da parte, que junta o acordo e requer sua homologação (art. 269, III, do CPC), que caracteriza o título executivo descrito no art. 475-N, III, do CPC; ou (b) por meio de simples apresentação ao juízo do instrumento do acordo, para que possa ser homologado. Somente a hipótese *b* é que caracteriza o título executivo judicial previsto no art. 475-N, V, do CPC, aqui comentado. Esse dispositivo possibilita que negócios jurídicos de transação sejam celebrados extrajudicialmente e, independentemente de ação judicial, isto é, mesmo que não haja ação pendente entre as partes celebrantes, seja homologado em juízo mediante petição simples dirigida ao juiz. O acordo de que trata a norma comentada é negócio jurídico de transação e, como tal, segue as regras do Código Civil de 2002 para a matéria. Assim, cabe ao juiz homologar apenas o acordo que verse sobre direitos patrimoniais, nos termos do art. 841 do CC/2002 (nesse sentido: Assis, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 210). A natureza do requerimento dos interessados ao juiz, pedindo a homologação do acordo, é de jurisdição voluntária, porquanto não há lide. O ato do juiz que indefere a homologação é sentença (arts. 162, § 1.º, e 267 do CPC), impugnável por apelação (art. 513 do CPC). O ato do juiz que homologa o acordo pode ser atacado por meio da impugnação de que tratam os arts. 475-J, § 1.º, e 475-L do CPC.

### § 3.032. C – Jurisprudência

“A transação para redução do valor locatício, em se tratando de contrato de locação escrito, deverá ser feita também sob a forma escrita, por força do art. 1.093 do CC/1916 (art. 472 do CC/2002), sob pena de, em sendo verbal, caracterizar tão somente uma concessão, pois ausente a formalização adequada, não sendo, assim, hábil para comprovar a alegada alteração contratual” (TASP, Ap 567151-00/1, 11.ª Câmara, j. 07.02.2000, rel. Juiz Arthur Marques, RT 778/314).

## § 3.033. RAMO DO DIREITO EM QUE SE DÁ A TRANSAÇÃO

1. A TRANSAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO. – A transação pode só atingir, nas concessões, o mesmo ramo do direito, e pode atingir dois ou mais ramos do direito; *ela*, porém, não se pode dar em dois ramos do direito: só num se opera, que é o do direito das obrigações. O que é objeto da transação é que pode pertencer ao direito das obrigações, ao direito das coisas, ao direito de família, ou ao direito das sucessões, ou ao direito público. O mesmo é dizer-se que podem ser objeto de transação relações jurídicas reais, obrigacionais, familiares (raramente), ou sucessorais, ou de direito público.

A transação sobre créditos, pretensões, ações, exceções, dívidas e obrigações comerciais é comercial. Não é comercial o crédito do sócio depois de feita a liquidação, nem o do herdeiro do sócio antes dela ou depois (é crédito ou pretensão ao que fôr apurado), nem o do cessionário, antes dela, ou depois. É preciso que se não confundam o direito e a pretensão *social* com o direito e a pretensão ao que toque ao sócio. Não há nenhuma relação de direito comercial entre o herdeiro do sócio e o sócio ou sócios sobreviventes, ou entre o cessionário e êsses, ou entre o próprio ex-sócio, após a liquidação, e êsses.

2. PODER DE DISPOR E INTRANSACIONABILIDADE. – A *intransacionabilidade* resulta, sempre, da falta de *poder de disposição*; *e. g.*, as inalienabilidades importam, sempre, intransacionabilidade, sejam elas limitações ou sejam restrições ao poder de dispor. O ramo do direito em que se concede é que pode responder se é transacionável, ou não, o objeto, se a questão é sobre a existência de relação jurídica, ou se a questão é sobre a sua validade, ou eficácia.