

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

TGDP II – Prof.a Ester Norato

Aluna: Rayara Regina

Anotações de aula

Teoria Geral do Direito Privado II

Aula dia 03/08

O desenvolvimento das relações privadas teve um lastro histórico e um aprofundamento teórico maior do que o próprio desenvolvimento do que a gente chama de direito público; naquelas disciplinas mais atreladas ao estado.

Esse contato com o direito privado se aprofunda porque vamos trabalhar com conceitos basilares da disciplina jurídica, essa extensão toda mesmo. Falamos de direito, de ciência jurídica. Vários dos conceitos que serão vistos têm relevância significativa em todos os campos do direito. São conceitos muito relevantes para o curso daqui pra frente.

- alguns apontamentos preliminares da matéria.

O direito nasce do interesse de coordenar as relações sociais.

O adjetivo jurídico está intrinsecamente relacionado ao fato, porque não há condições de deslocar o direito do fato. Primeiro o fato, e aí vislumbra a necessidade de regular juridicamente aquele fato; naquela regulamentação jurídica associada à ocorrência do fato, teremos consequências que a ordem jurídica estabeleceu, mas o ponto de partida é o fato.

Link. Efervescência nos debates do novo CPC. Precedente. Em senso comum, há uma decisão judicial e esta vai ser um paradigma, um modelo, e, configurada a mesma situação em outros casos concretos, é preciso seguir o que foi preceituado naquela decisão paradigma. Então, o fundamento disso é atender o princípio da isonomia, e, também, óticas de economicidade, celeridade, efetividade etc. Enquanto se fala de precedente, vai se decidir uma questão jurídica; então, tem-se uma questão em tese, como se o juiz estiver na posição do legislador. Ocorre que nada é estritamente jurídico, no sentido de não ter uma carga fática, muito pelo contrário. O jurídico sempre tem uma carga fática. O fato é premissa, é intrínseco ao jurídico, porque é do fato que vai derivar a consequência jurídica. Quando se fala de precedente, em um sistema ideal, como que uma decisão que se propõe a ser um paradigma, em termos jurídicos, deve ser aceita? Para essa decisão, olha-se os fatos A, B, C e opta pela decisão X.

Tudo que leva o adjetivo jurídico tem por premissa um fato. Por isso, o que costumamos denominar de Teoria do Fato Jurídico é base x do direito.

Que fato é esse que é hábil a gerar uma consequência jurídica?

A esse fato dá-se o nome de fato jurídico. Um fato é uma ocorrência, um fenômeno no mundo, que pode ser gerado pela natureza, por uma ação humana; ou seja, não necessariamente estou adstrito a uma ação ou omissão humana. Será fato jurídico quando esse fato for capaz de gerar efeitos jurídicos. Existem fatos que, em determinadas circunstâncias, estão aptos a gerar consequências jurídicas, mas em outros contextos não. Existem, por outro lado, fatos que recorrentemente trazem consequências jurídicas (nascimento – aquisição do direito de personalidade; morte).

Se formos observar as obras tradicionais de direito civil, o conceito reiterado trazido pelos doutrinadores é que fato jurídico é aquele que gera, extingue ou modifica relações jurídicas. Com esses contornos, o conceito traz como consequência necessária do fato jurídico a geração de efeitos jurídicos (criação, extinção e modificação). Ocorre que não necessariamente esses efeitos acontecem. Por isso o conceito trazido inicialmente afirma que o fato jurídico é CAPAZ, APTO, POTENCIALMENTE traz consequências jurídicas.

Como exemplo, traz-se o testamento. É um ato cujos efeitos estão condicionados a uma ocorrência futura, que é a morte. Porque, no testamento, disciplina-se como será a sucessão após a morte. Supondo que inicialmente faço um testamento beneficiando X, e, no futuro, mudo o testamento, passando a beneficiar Y. O testamento inicial não gerou efeitos, porque a condição suspensiva que é aquela para gerar os efeitos, que, no caso, era a morte, não aconteceu e o testamento foi revogado. O testamento inicial tinha potencial de gerar efeitos, mas não gerou, porém permanece um fato jurídico.

O direito do beneficiário do testamento só vai nascer no dia em que eu somar beneficiário e causa morte. É uma expectativa do direito que não tem valor no mundo do direito, porque não garante nada. O testamento por si não é um fato que não gera efeitos, senão associado à morte. Preciso de um encadeamento que se chama COMPLEXO DE ATOS; preciso do testamento e morte para que esse evento aconteça.

Condição suspensiva – pode ser um negócio firmado entre duas pessoas, p. ex. Um fato que tem que acontecer no futuro para que esse fato firmado no presente gere efeitos. É uma condição suspensiva. Serão efeitos futuros que podem até não acontecer.

A ordem jurídica brasileira tem uma preocupação muito grande de preservar o que se chama de LEGÍTIMA que seria o fato dos herdeiros terem direito a pelo menos metade do patrimônio. E para que não haja nenhum ato em vida que burle esse direito, existem várias regras quando se trata de atos onerosos ou gratuitos que busca ter uma certa atenção quando envolve descendentes e ascendentes para evitar que um pai faça em benefício de um filho em detrimento do outro. Para preservar essa legítima, um pai não pode vender um imóvel, p. ex., para um dos filhos favorecendo este; o outro filho tem que dar uma aquiescência. Dispensar de colação – dispensar de colocar isso no cálculo na herança no futuro.

Estrutura do fato jurídico. O fato jurídico tem, necessariamente, por estrutura UM FATO (uma ocorrência no mundo) + A NORMA JURÍDICA = CONSEQUÊNCIA JURÍDICA. Essa é a estrutura do fato jurídico. Ex. de direito tributário: quando eu trato de incidência de um imposto, como o IPTU; o fato gerador do tributo é o nome do fato jurídico em direito tributário que tem como efeito jurídico o imposto. Então, o fato jurídico é o fato de alguém ser proprietário de um imóvel urbano. Aí a norma jurídica é a legislação

municipal. A consequência jurídica é o IPTU. Para que essa consequência jurídica se verifique, é imprescindível a ocorrência do fato gerador (ser proprietário de um imóvel urbano). O inquilino não tem obrigação de pagar o IPTU.

OUTRO EX. O ICMS. O fato gerador é a circulação de mercadorias. Então, é preciso ter praticado um negócio que gerou uma circulação de mercadorias e só tendo havido a circulação de mercadorias que haverá aquela consequência jurídica (ICMS).

Existem várias classificações para tudo que existe no direito. E, quando se fala de teoria do fato jurídico, isso não é diferente. A classificação que será adotada é a majoritária, é uma classificação que foi encapada no Brasil pelo Pontes de Miranda; tem aqui em conta dois critérios:

1. Da conformidade ou não com a ordem jurídica.
 - A. Fatos ilícitos. Esses vão no caminho contrário daquilo estabelecido pela ordem jurídica.
 - B. Fatos lícitos.
 - B.1. Fatos lícitos que independem de uma ação humana. – a doutrina convencionou denominar de FATO JURÍDICO ESTRITO SENSU. Ex.: uma chuva, um terremoto, o nascimento e morte. O cerne desse conceito é que a vontade humana não é necessária, não é determinante.
 - B.2. Fatos lícitos que dependem de uma ação humana, voluntários. Conduta humana ativa ou omissiva. B.2.1. ATO FATO JURÍDICO. – É aquele que nasce de um comportamento humano, mas os efeitos que derivam dele não têm, necessariamente, relação com essa conduta humana. Ex.: o nosso CC (art. 1223) fala de direito de recompensa na situação em que se encontra uma coisa perdida; na hora em que você encontra uma coisa perdida, há uma obrigação de restituir aquela coisa perdida para o dono ou de comunicar uma autoridade. E a ordem jurídica ainda determina que existe uma obrigação de praticar atos de manutenção e conservação daquela coisa até que ela seja entregue para a pessoa ou para a autoridade. Dessa sua conduta humana de encontrar a coisa, restituir ou entregar para a autoridade, deriva uma consequência que independe da vontade de quem encontra; este tem o direito de ser ressarcido pelas despesas na conservação e de ser recompensado. E é um direito que independe da vontade ou não de ser recompensado.

B.2.2 ATO JURÍDICO LATU SENSU. – derivam duas espécies. – ATO JURÍDICO ESTRITO SENSU. O sujeito pratica uma conduta com o propósito de gerar um efeito jurídico que a lei fixou expressamente e **só pode ser esse efeito fixado pela lei**. Ex.: reconhecimento de paternidade; visa o efeito jurídico da filiação. Não há liberdade de escolher esses efeitos. Não há que se falar em filho legítimo, ilegítimo, bastardo etc. OU – NEGÓCIO JURÍDICO. Conduta praticada com o propósito de gerar um resultado, um efeito escolhido pela ação humana. A vontade foi determinante para aquilo existir e a vontade está determinando também os efeitos. Campo por excelência dos contratos, p. ex. Posso contratar

o que eu quiser no campo do direito privado, desde que não seja ilícito. Existe uma amplitude para a vontade atuar. O primado da vontade é tão significativo que não ficamos atrelados a modelos jurídicos tipificados.

Planos e dimensões do fato jurídico. Base na obra de Hans Kelsen, buscando dar mais cientificidade à compreensão do fato jurídico. Quando se fala de planos e dimensões, o que se adota é uma trilogia que se baseia em EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.

O plano da validade - será válido, será jurídico, será lícito se ele estiver conforme o que a ordem jurídica preceitua para aquele ato jurídico. Art. 104 cc-02; agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei. No plano da validade, estamos falando que os sujeitos envolvidos naquela relação jurídica são capazes. À rigor, para o sujeito contrair direitos e obrigações, esse deve ser capaz. AGENTE – OBJETO – FORMA.

Eficácia diz respeito aos efeitos. Retorno ao conceito inicial – os efeitos podem não acontecer.

A única dependência nesses três planos é a EXISTÊNCIA. O plano da existência é pressuposto lógico da regulamentação do fato jurídico.

Aula 05/08

O direito nasce a partir de um fato jurídico. É preciso de um fato que é um acontecimento no mundo, preciso do ordenamento jurídico e de uma consequência.

Se eu tenho apenas a previsão do ordenamento jurídico, estou diante de uma situação que tem a mesma característica que a lei tem, que é uma característica geral e abstrata.

Observar que quando se fala de direito, trata-se de algo que necessariamente envolve um sujeito, por isso se chama de relação jurídica. Tratando de um sujeito que tem um vínculo com o direito. Um fato que acontece, previsto pela ordem jurídica, que tem como consequência a ligação daquele direito que o ordenamento previu a determinado sujeito.

Daí que falamos de AQUISIÇÃO DE DIREITOS. O vocábulo “aquisição” é empregado com essa perspectiva subjetiva.

Direitos reais – vamos aprender sobre duas espécies de aquisição: originária e derivada. Isso mostra esse caráter subjetivo do direito. Aquisição derivada = nessa perspectiva, interessa que era o sujeito anterior titular do direito; isso interessa porque o vício está relacionado ao sujeito anterior e vai contaminar o direito de aquisição do sujeito posterior; na aquisição derivada, importa, para o direito, que eram os sujeitos anteriores. Aquisição originária = não importa que eram os titulares anteriores e o que aconteceu anterior; são situações muito específicas; ex.: pegar uma concha na praia; desapropriação – o poder público vai adquirir a propriedade daquele bem e não vai interessar o que tenha acontecido no passado; usucapião – o sujeito fica no local exercendo papel de dono em x período de tempo. Como se a relação sujeito-direito surgisse pela primeira vez. Quando falamos de aquisição originária ou derivada, estamos falando de aquisição, ou seja, é a vinculação que se estabelece entre o direito e o sujeito; e essa é uma consequência do fato jurídica.

Existem situações em que tenho direito estabelecido (João proprietário da casa – objeto: proprietário da casa; direito real de propriedade) e surge um fato que modifica aquele

direito; o direito não deixa de existir, mas é modificado. Essa modificação pode acontecer em três perspectivas:

1. **Modificação subjetiva.** Acontecem, a rigor, dois fenômenos: a modificação subjetiva. Algo que transferiu a titularidade do direito para outra pessoa. A **alienação**.

João vendeu a casa pra Ana.

João morreu. A morte é um fato que tem consequência imediata. Morte = abertura da sucessão. A morte transfere imediatamente a propriedade para os sucessores.

Sucessão causa mortis.

Eu tenho direito, eu tenho vínculo, a relação jurídica persiste, mas agora o sujeito é outro.

Sucessão inter vivos – comum quando se trata de PJ.

Concentração. Eu tenho uma relação jurídica que tem em um polo dois sujeitos, aí acontece de sair um e permanecer o outro, de forma que o direito concentra neste. Acontece que como o direito de propriedade é pleno, é completo, ele gera para o proprietário quatro prerrogativas: ele pode usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa. É possível que alguma dessas prerrogativas sofra restrições, a única que não sofre é reivindicar. Reivindicar nunca sai da propriedade. Uma situação que há restrição é quando um terceiro tem um direito sobre essa mesma coisa. Ex.: Éster e seu marido são donos de uma casa. Os dois decidem doar essa casa pra sua filha; transferem a propriedade para a filha. Criaram o que se chama de DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA, ou seja, uma terceira pessoa terá direito sobre uma coisa que é de outra; criamos aqui, no caso, o direito de USUFRUTO – transferiram a propriedade, mas o direito de usar e fruir ficam com os pais.

Acaba ocorrendo uma **modificação de intensidade**. A partir do momento que se estabelece um direito de usufruto, ou seja, estou transferindo a possibilidade de usar e fruir para uma terceira pessoa, pode ser qualquer pessoa, ocorre o rompimento de duas correntes do vínculo, usar e fruir; o vínculo ficou mais fraco. Quem pode estabelecer o usufruto é o titular do direito, ou, então, (não consegui entender).

Direito de usufruto – é vitalício e personalíssimo; quer dizer que é da Ester e do seu marido. Um dia, o marido morre e esse direito concentra na Éster. O direito concentra todo num sujeito só. O direito real segue a coisa – aonde a coisa estiver, com quem a coisa tiver.

Propriedade nua – com o que os pais ficam no caso que passam pro filho o usufruto.

O usufruto é um direito personalíssimo, ele não se transmite. O direito de personalidade também é personalíssimo. Não comportam modificação subjetiva. Direitos obrigacionais que podem receber esse caráter personalíssimo – chama-se de INTUITO PERSONEM (= em razão da pessoa).

Modificação objetiva. Existe uma situação específica em que eu mantenho a mesma relação jurídico e mudo o objeto. Ex.: comprei a casa em 2005. Comprei um apartamento em 2015; sendo outra data, foram outras circunstâncias; as características da compra de 2005 não contamina a compra mais recente. Mas, se acontecer uma modificação objetiva, é uma relação só. Então, a data da aquisição é 2005, mas se houve um vício contamina a relação toda. Como pode mudar o

objeto e manter a relação? É a situação de SUBROGAÇÃO – alguma coisa que você troca de lugar com a outra. Muito importante no direito de família. Ex.: o casamento de comunhão parcial de bens diz que o que é seu antes do casamento é só seu, após o vínculo conjugal, o que for adquirido é do casal, independente da comprovação de esforço comum. Éster adquiriu uma casa antes do matrimônio e essa casa foi desapropriada pelo poder público, de modo que ela receberá um valor de indenização. O que aconteceu aqui foi uma mudança de objeto; o direito era um direito de propriedade sobre a casa que passou a ser um direito sobre o dinheiro; como a casa era um bem particular da Éster, o dinheiro também vai ser um bem particular dela, porque houve uma subrogação. Tudo o que se adquire onerosamente na vigência de um casamento de comunhão parcial é comum independente da comprovação do esforço. Ex. 2: durante o casamento, Éster vendeu a casa por 100 e comprou um apartamento por 100. O que aconteceu aqui foi uma subrogação – Éster trocou a casa pelo apartamento. A relação jurídica, o direito é o mesmo; significa dizer que aquela característica que acompanhava a relação quando era casa, a característica de se tratar de um patrimônio particular da Éster, acompanha a relação quando era apartamento. Ex. 3: Éster vende a casa por 100 e, junto com o marido, compra um apartamento de 200. Os 100 permanecem da Éster e outros 100 pertencem aos dois. Colocar na escritura pública que foi por subrogação daquele imóvel que era seu particular. Havendo subrogação estou tratando do mesmo direito, de modo que aquelas características do direito que o acompanhavam com a coisa X seguirão existindo em relação à coisa Y.

Modificação objetiva – a estrutura da relação jurídica é SUJEITO – OBJETO – VÍNCULO. Se eu mudo o objeto (patrimônio – indenização, ex.), o direito continua o mesmo. Se resume à subrogação.

Intensidade. Tenho algum fato jurídico que vai influir nas prerrogativas que aquele sujeito tem a respeito daquele objeto. Uma restrição que uma das partes sofre por imposição da ordem jurídica, por imposição de um fato jurídico. Ex.: usufruto; interferiu no direito de propriedade; era um direito de propriedade plena passou a ser uma nua propriedade. Ex.: ré em uma ação de improbidade administrativa; em uma medida para assegurar o ressarcimento ao erário, o juiz determina um bloqueio dos bens; aquela relação jurídica sofre um baque na intensidade – a ré perde a possibilidade de dispor.

Outros ex. de modificação objetiva – aumento de quantidade do terreno porque o rio que limitava o tamanho diminuiu;

Permuta – modificação subjetiva (alienando alguma coisa para alguém) e, ao mesmo tempo, uma extinção subjetiva (alguém está perdendo o direito).

Extinção de direitos.

Extinção subjetiva. Olhar para aquele sujeito subjetivo. Pode ser que a extinção subjetiva do direito do sujeito sobre aquela coisa; o direito em si não sumiu, passou para outro.

Extinção objetiva. Perecimento do objeto. O direito acaba quando o objeto acaba. Extinção objetiva acaba sendo, muitas vezes, sinônimo da extinção do próprio direito. Porém, vimos, que é o caso da subrogação, situações que muito embora o objeto tenha perecido, o direito não acaba; ex.: tinha uma casa, ela não existe

mais, porém o direito ainda existe porque ele foi subrogado na indenização recebida pela seguradora.

Extinção do vínculo. Ex.: muito embora o sujeito ainda está vivo e objeto ainda exista, é a situação de PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. A ordem jurídica estabelece prazos para que direitos sejam exercidos ou para que pretensões sejam exigidas; se eu não exerço direitos e pretensões no prazo colocado, embora objeto e sujeito ainda existam, não há mais vínculo com aquele objeto, porque o tempo agiu e rompeu aquele vínculo.

Renúncia. É um ato que implica a extinção do direito. Não é uma mera modificação, é uma extinção. Quando se pratica esse ato, a finalidade imediata é extinção do direito. Só pode ser praticada pelo titular do direito. Um ato unilateral. Essa renúncia interfere, por vezes, na esfera jurídica de outra pessoa. Renúncia de herança, p. ex. – um ato unilateral que não tem finalidade de beneficiar ninguém, mas a finalidade imediata de renunciar a herança. Ocorre que esse ato gera uma consequência que atinge a esfera jurídica dos outros herdeiros.

Existe situação que a renúncia que toca direito que tem como outro lado da moeda a obrigação de outra pessoa. Ex.: vendi a casa para a Cláudia e ela tem que me pagar 100 mil reais. Eu tenho um direito de crédito de 100 mil reais e a Cláudia tem uma obrigação de me pagar 100 mil reais. Aí, eu chego e renuncio esse direito de crédito. Ocorre que um direito que tem alguém como obrigado, esse alguém precisa de concordar com a renúncia, porque o obrigado tem o dever de pagar, bem como tem o direito de pagar. Quando a renúncia envolve um direito que tem outra pessoa como obrigada, essa pessoa precisa de concordar com a renúncia.

TGDP II

Renúncia. Cuida de um ato do titular do direito. A renúncia está evidenciando que o titular está abrindo mão de um direito. O olhar, a perspectiva é em relação ao titular do direito que abre mão daquele direito. Imediatamente o que interessa é o titular renunciar àquele direito, e não outrem receber aquele direito que foi renunciado. Por isso que alguns autores criticam a expressão renúncia translática, porque quando alguém transfere um direito para alguém, o que está havendo é uma cessão de direitos, uma alienação de determinado bem, e não propriamente uma renúncia. Usa-se a expressão renúncia com olhos voltados para o ato unilateral do sujeito que renuncia.

É muito comum que a renúncia beneficie alguém, mas o que interessa não isso; o foco é o ato da renúncia; o titular do direito poderia ter renunciado? É capaz para fazer isso? E essa renúncia se deu de qual forma?

Renúncia translática – existe uma contradição em termos, à medida que a renúncia que está tratando de um ato unilateral. A partir do momento que eu associo a expressão translática, é como se estivesse me referindo a um ato bilateral – estou dando algo pra alguém que está recebendo. E, na essência técnica do ato jurídico, não é isso que ocorre. O que ocorre é uma cessão, uma alienação, não uma renúncia – renúncia é um ato unilateral.

Analisar a validade de um ato por um prisma unilateral – interessa a situação do renunciante.

Para verificar a possibilidade de ocorrência do ato, passa-se a perquirir sobre a validade, sobre o agente. E a forma? A renúncia, como ela trata do ato mais rigoroso quando a gente fala do direito, existe uma norma hermenêutica jurídica que não está escrita em lugar nenhum, mas que prevalece, e que diz que: regras, normas, previsões restritivas de direito são interpretadas restritivamente. Ou seja, se determinado contrato, ato normativo etc. tem a pretensão de diminuir direitos de alguém, ao realizar uma leitura desse ato, interpretarei da forma mais restritiva. O que significa que se a pessoa fala que renunciou a A e estou em dúvida se isso engloba a', eu vou considerar apenas A. Ou seja, não será dada uma interpretação extensiva para algo que vai diminuir o direito. E é o que acontece na renúncia. Sempre quando se fala de renúncia a interpretação é restritiva. E o que se estabelece é que a forma da renúncia tem que ser inequívoca. É uma orientação interpretativa também. É preciso ter uma forma inequívoca, porque, na dúvida, não se pode interpretar que foi uma renúncia.

Qual o objeto da renúncia? O que eu posso renunciar. Se eu estou renunciando, estou dispondo de algo. O que significa que só é possível renunciar algo que eu posso dispor. Tudo que for indisponível não é passível de ser renunciado. Em linhas gerais, é possível dispor de um direito atual, mas também é possível que se renuncie a um direito futuro. Ocorre que existem previsões expressas na lei em que essa renúncia é vedada. É possível renúncia de direito futuro, salvo os casos que a lei veda. Ex.: não posso renunciar o prazo prescricional. Prescrição é o prazo que a lei estabelece para você exercer uma pretensão, você cobrar um direito. E aí você não pode abrir mão desse prazo. Não tem como previamente pactuar isso (“estou abrindo mão do prazo prescricional”). Outra vedação é que eu não posso renunciar a uma herança futura.

Espólio = nome da massa patrimonial da pessoa falecida.

Na forma inequívoca não existem condições de estabelecer uma definição precisa, uma receita. Porém, se você perguntar, como consultor, que se coloque na forma escrita, que todos os envolvidos estejam informados, cuidado para perceber se o documento dá margem pra interpretações; tudo que puder ser feito de maneira mais minuciosa.

Renúncia é diferente de Inércia. Inércia – eu sou titular de um direito, mas eu não o exerci. O fato de eu não ter agido, a rigor, não significa que eu abri mão desse direito. Isso porque nós vimos que a renúncia exige um ato inequívoco. A rigor, o não exercício do direito, o não-agir não significa renúncia. Esse primeiro momento da fala tem foco na concepção tradicional e clássica do fato jurídico. Ocorre que a teoria do fato jurídico, dos negócios jurídicos evoluiu ao longo do tempo, o que aconteceu com o direito como todo. E, numa perspectiva liberal, a concepção que marcava aquele período e está presente em todas as disciplinas do direito, é aquela individualista, patrimonialista e racionalista; proteger o indivíduo de uma ação de outro, de uma ação do Estado. Nessa lógica, interessa que os pactos devam ser cumpridos. Era a perspectiva que se tinha de segurança jurídica; era uma perspectiva de segurança como manutenção do status quo. O entendimento, hoje, é outro. A segurança jurídica está atrelada à realização dos direitos, à efetivação dos direitos. Essa é uma concepção do Estado democrática de segurança jurídica.

Fala-se disso porque, quando se fala de atos, contratos, fatos jurídicos, em um contexto de EDD, não faz sentido falar de segurança jurídica como manutenção do status quo, que significa que o que se combinou na origem será mantido até o fim. Não. Existe todo um arcabouço ético, jurídico, que muito embora não expresso naquela relação, não só influencia como cria vínculos naquela relação jurídica.

Boa fé, a concepção do senso comum sobre o que seria é, no direito, o que se chama de BOA-FÉ SUBJETIVA. O subjetivo tem esse caráter de confiança, do que a pessoa pensa. Contudo, não há condições de entrar na cabeça da pessoa e apurar essa subjetividade. Então, muito embora existam situações em que a boa-fé subjetiva seja importante, o que tem maior relevo é a BOA-FÉ OBJETIVA = aquilo que é objetivamente apreendido pelos sentidos. É possível, de fora, verificar, pelo comportamento daquela pessoa, se aquele é um comportamento que condiz com os padrões éticos, lícitos para aquela situação.

Existe uma frase muito perspicaz que diz que “a confiança é a ponte que liga a boa-fé objetiva até a boa-fé subjetiva”. O que significa que o comportamento do indivíduo pode gerar internamente uma confiança; algo que é apreendido pelos sentidos gera no sujeito uma confiança. Quando se fala de boa-fé são palavras-chave: comportamento, confiança.

E, nesse cenário de evolução do direito, de superação da ideia de manutenção do status quo, passamos a dar valor jurídico para o comportamento, para a confiança que esse comportamento gera. Saímos de um cenário individual, patrimonialista, em que focava os atos naquela questão de o que foi combinado será cumprido independente de qualquer coisa (pacto sunt servanda) e passa-se a valorar, também, comportamento, confiança, e é por isso que a boa-fé tem tanta relevância no nosso sistema jurídico hoje. Da boa-fé vamos derivar obrigações que pode ser que não estejam escritas no contrato, mas é algo que se exige do comportamento de um homem médio. O dever de informar em vários negócios, embora não esteja expresso, é um dever que deriva da boa-fé; e o comportamento das partes é o melhor guia para a interpretação do contrato, de uma relação jurídica.

Relação da boa-fé com a renúncia. Existe uma perspectiva da boa-fé muito interessante e que, recentemente, vem sendo admitida no direito brasileiro, que é a perspectiva da SUPRESSIO. Conforme dito, boa-fé é gerada por comportamento que, por sua vez, gera confiança. E, existe uma teoria que foi construída com base nessa concepção de confiança e ela se chama VENERI CONTRA FACTUM PROPRIO = eu não posso agir contra um ato próprio. Se eu sempre agir conforme X, não posso agir conforme Y. E uma faceta dessa vedação de agir contra um comportamento próprio meu é a supressio. Na supressio, a pessoa tem um direito, não exerce o direito e passa tempos não usando aquele direito. Cria-se, para a outra parte, a confiança de que aquele direito não será exercido. Opera-se, então, o que se chama de supressio, ou seja, o direito deixa de existir por um comportamento de não exercício que gerou uma confiança que a ordem jurídica reputa legítima na outra parte de que aquilo não seria exercido. SURGE na Alemanha, no pós 2ª GM.

QUAL a base legal da supressio no direito brasileiro? Não existe. O que temos são previsões no CC que fala sobre boa-fé. A boa-fé deve ser observada antes, durante e depois de um negócio jurídico. E como a supressio está dentro da boa-fé de acordo com essa concepção teórica, aí em encontra sua legitimação legal. Existe decisões judiciais, jurisprudenciais que reconhecem a supressio.

Relacionar supressio com a renúncia dá uma sacudida enorme com a concepção de renúncia. Deixa de agir um, dois meses ou um ano ou dez anos...Posso perder o direito? Não sei, depende do caso concreto.

Supressio é um lado da faceta do que também se chama de surrexio. Eu perdi o direito, supressio, enquanto a outra parte ganhou um direito, surexio, porque o meu comportamento gerou uma confiança legítima do outro.

- verifica-se essa vontade do direito de se adaptar à fluidez das relações sociais.

A boa-fé fragiliza a vontade, fragiliza essa manifestação privada do sujeito, na medida em que faz com que outras coisas influenciem naquela relação? Não, tem-se entendido que ela reforça, porque não se está mais com olhos voltados para o indivíduo. É preciso ter um olhar mais amplo daquela relação como um todo e, desse ponto de vista, a boa-fé serve para reforçar aquela relação e não fragiliza-la. Valorizar características que são importantes, como comportamento.

Direitos transitórios. Estávamos falando de extinção de direitos e existem direitos que já nascem para ser extintos, já nascem com prazo de validade. Direitos estabelecidos com termo ou condição resolutiva. Então, o fato jurídico que ocasionará a extinção daquele direito já está demarcado. Já tem em si o fato jurídico que implicará a sua extinção.

NEGÓCIO JURÍDICO.

Vimos um apanhado geral de fatos jurídicos. Destacamos aqueles fatos que serão objeto de maior estudo que são aqueles que nascem da vontade humano. Existem dois tipos – aquele que nasce da vontade, mas os efeitos são efeitos capitulados pela lei, não pela vontade e aqueles que nascem da vontade e os efeitos também sofrer influência da vontade. Os últimos são os NEGÓCIOS JURÍDICOS.

Não há como listar. Negócio jurídico é o mais variado possível, qualitativa e quantitativamente. Estudo mais amplo do fato jurídico.

Art. 185 do CC. Prevê que aplica-se as regras do negócio jurídico no que couber aos fatos jurídicos. Ou seja, ele é o mais e eu faço uma aplicação subsidiária dele.

Como que o conceito foi construído.

Em um primeiro momento, focou-se no sujeito e, assim, o que interessa é a vontade. Negócio jurídico é aquele nasce pela vontade do sujeito. Centro do conceito é a vontade.

Na teoria objetivista, o foco é a consequência desse negócio jurídico, e não o seu nascedouro. É criar um regramento para aquela relação. O objeto é como se um regime jurídico próprio que aquele negócio jurídico criou para aquela relação.

E uma teoria estruturalista é uma teoria de caráter analítico – estou dissecando a estrutura do negócio jurídico. Qual a estrutura? Vontade no nascedouro e vontade para a determinação dos efeitos daquele fato jurídico. Então, na teoria estruturalista, a vontade age em dois momentos, para nascer e para gerar efeitos.

O que é importante é saber que o negócio jurídico tem vontade para nascer e os efeitos decorrentes são efeitos que também podem ser modulados pela vontade. Lembrar sempre do adjetivo jurídico.

Comentado [RS1]: Não ficar se atendo a isso, não vai ser cobrado isso

Negócio. Campo maior de liberdade.

Matérias de ordem públicas, direitos indisponíveis estão atrelados a atos jurídicos estrito sensu.

Aula 12/08

Características do negócio jurídico.

- DECLARAÇÃO DE VONTADE. Vontade trata eminentemente de um conceito subjetivo, por isso a vontade tem um plano psíquico. Ocorre que não há condições de, no direito, se limitar a esse plano psíquico. É necessário que o outro tenha condições de controlar, porque ele não pode entrar na cabeça daquele que com quem se relaciona. Por isso, estamos falando do plano da EXTERIORIZAÇÃO DESSA VONTADE. Interessa a declaração da vontade, prioritariamente. Inclusive, estabeleceu-se um antagonismo entre TEORIA DA VONTADE (importa é a vontade do sujeito) x TEORIA DA DECLARAÇÃO (o que importa é só a declaração). Mais próximos da última; porém não nos contentamos com um racionalismo exacerbado.

Não basta propriamente o que o sujeito quer. A declaração da vontade é o ponto de partida, o que não quer dizer que sempre, numa perspectiva formalista, seguiremos o que está posto.

- VONTADE. Elemento cerne.

A vontade é um signo maior da liberdade, é o exercício da autonomia do indivíduo. E isso é muito presente no negócio jurídico, que é o primado da liberdade no campo do direito. Quando se fala de liberdade, de indivíduo se remete ao Liberalismo, nesse contexto em que se estabeleceram a base da teoria do negócio do jurídico, da teoria dos contratos, porque se deu um enorme peso à vontade. No momento em que se cultuava liberdade, o desejo do indivíduo, usou-se a expressão autonomia da vontade. Essa expressão tem a conotação de liberdade, de que determinada consequência foi estabelecida de modo livre pela vontade.

Ocorre que essa expressão tem uma expressão correspondente que se difere no contexto temporal e histórico de cada uma, que é “autonomia privada”.

A expressão “autonomia da vontade” é muito utilizada nesse contexto histórico individual, liberal, patrimonialista. Muito associada a essa visão de mundo. Pacta sunt servanda.

Já a “autonomia privada”, estamos em um momento histórico diverso em que se reconhece que a vontade não tem um caráter absoluto. Denotar que a vontade é muito importante, continua cerne do negócio jurídico, mas não pode continuar prevalecendo frente a tudo e todos. Existe um olhar mais social, democrático, solidário, que é a perspectiva que marca o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por que a vontade não tem mais um caráter absoluto? Porque temos previsões éticas, sociais de colaboração que estão no ordenamento jurídico com a conotação de criar direitos e obrigações, com a conotação de ser um guia interpretativo em um conflito jurídico. E aí é a boa-fé e a função social.

Primeiramente, quando se fala em função social e boa-fé, é muito comum que esses conceitos percam o seu papel concreto.

Boa-fé objetiva. A que tem mais relevância nesse quadro. Aquela que pode ser apreendida objetivamente pelos sentidos. Significa lealdade, honestidade, probidade, um comportamento esperado naquela situação. O cerne do conceito é comportamento – reto, correto para aqueles padrões sociais. A boa-fé objetiva tem a perspectiva de ser um guia para interpretação da vontade. É muito comum que surjam conflitos sobre a declaração; assim, vamos ver as informações, atas de reuniões, e-mails trocados etc. para interpretar o comportamento.

Além de guia interpretativo, ainda que não exista previsão expressa, a boa-fé cria deveres de honestidade, lealdade, de um comportamento adequado. Isso não é muito abstrato, porque se estamos falando de negócio, o que é leal é que eu informe a outra parte aquilo.

A boa-fé impede também que eu tenha um comportamento impróprio. *Venirum contra factum proprium*.

Ainda tem a conotação concreta de limitar direitos. Como? Você tem um direito, mas não pode exercer de modo abusivo. A linha entre o exercício regular do direito e o exercício abusivo é a finalidade. Aquilo que você fez era necessário para o exercício daquele direito ou você o fez de forma abusiva?

Má fé é o antônimo de boa-fé subjetiva.

Ausência de boa-fé objetiva é o oposto de boa-fé objetiva.

A função social tem uma perspectiva transcendente dos indivíduos envolvidos naquela relação. Função social serve para mitigar o caráter relativo de um negócio. O caráter relativo é no sentido de que diz respeito as duas partes envolvidos. A partir do momento que se trata da função, de mitigar o caráter relativo, quer dizer que muito embora o caráter tenha sido celebrado entre os dois, ele tem uma importância para a coletividade, ele tem uma repercussão difusa. Um negócio afronta a função social quando traz prejuízos descabidos, inconscientes no prisma dos interesses coletivos. Função social é aliada aos contratos, à propriedade.

Enquanto a boa-fé diz respeito as duas partes, a função social diz respeito ao negócio para a coletividade.

Entendemos que quando falamos de boa-fé e função social, precisamos de encontrar um justo meio, um equilíbrio entre vontade e esses dois conceitos. Não tem uma receita. Análise do caso concreto.

Art. 170 da CF.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Uma constituição que abraça esse cenário, mas não estamos sepultando essas coisas. Sempre que falarmos de negócio jurídico, de vontade é necessário a contextualização.

Declaração receptícia. Aquela que para gerar efeitos precisa de ter uma declaração em sentido contrário a que a recebeu. Ex.: contratos.

E a não-receptícia, eu declarei e bastou eu declarar que ela já é válida, ex.: testamento.

Silêncio e Declaração de vontade. Exteriorização de vontade pode ser uma exteriorização expressa, no sentido de ser verbalizada, oral ou escrita. Porém, pode ser também uma declaração tácita (comportamento do agente).

Declaração tácita envolve comportamento. A inércia é não agir, é o silêncio.

Art. 111 do CC.

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

- ➔ OU SEJA, se, naquela situação concreta, a lei exige uma declaração de vontade expressa, por óbvio, o silêncio não serve. Se, naquela situação concreta, se admite uma declaração de vontade tácita, esse silêncio será equivalente a uma declaração de vontade tácita se as circunstâncias do caso concreto, se os usos, os costumes naquela situação assim determinarem. Ex.: o inquilino fez uma benfeitoria voluptuária. O proprietário ficou em silêncio, mas vai lá e ressarce. Aí o inquilino faz uma benfeitoria útil. O proprietário fica em silêncio, mas ressarce. Na terceira benfeitoria, útil também, acontece o mesmo. Mas, no dia em que é feita a quarta benfeitoria, o proprietário não falou nada, mas se interpreta esse silêncio como

concordância, porque o silêncio do proprietário sempre significou anuência. Nesse caso, interpreta-se o silêncio como declaração de vontade.

O CC tem uma previsão específica em relação ao silêncio no contrato de doação.

Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

Doação é um contrato, e, portanto, um negócio jurídico bilateral. Estou te doando e você aceita a doação. A vontade do donatário, em regra, a ordem jurídica admite uma declaração de vontade tácita, admite inclusive um silêncio como sendo a sua anuência em relação a doação. Só que eu não interpreto o silêncio como concordância, como aceite, na situação em que a doação não é pura, mas com encargo. Doação pura = entra só positivo. Doação com encargo = o saldo é positivo, mas ainda é preciso de que o donatário faça algo.

Classificação de negócios jurídicos. Não tem uma conotação científico-teórico apenas. Tem relevância prática. Critério: declaração de vontade. Essência de negócio jurídico.

Unilateral. Uma declaração de vontade.

Bilateral. Duas declarações de vontade.

Necessárias duas vontades convergentes.

Parte x sujeito. Parte diz respeito ao polo que declarou a vontade em determinado sentido. Pode ser um, dois indivíduos, um grupo etc.

Bilateral e plurilateral. Bilateral tem vontades em sentidos contrários. Um comprador e outro vendedor. No plurilateral, ex.: contrato de uma sociedade limitada; vontade dos sócios todos que querem formar uma sociedade, são convergentes, mas estão em um mesmo sentido.

Verificando se o efeito patrimonial traz vantagem apenas para uma das partes ou para ambas as partes. O gratuito também é sinônimo de liberalidade, ex.: doação. Este é um negócio gratuito porque quem ganha é o donatário. No oneroso, existe um prestação e uma contraprestação. Vantagem patrimonial para os dois.

NO ONEROSO - Comutativo ou aleatório. Comutativo – já sabe qual a prestação e a contraprestação.

No aleatório, é determinável, mas não é determinado.

TGDP II 17-08

Classificação dos negócios jurídicos.

Intervivos e causa mortis. Óbvio que não se refere aqui o momento em que o negócio é celebrado. Refere-se, aqui, ao momento em que se terão os efeitos do negócio jurídico verificado.

Vimos que o fato jurídico é aquele que tem o potencial de gerar efeitos jurídicos, não necessariamente o gera. O negócio jurídico intervivos é aquele que foi concebido para que seus efeitos ocorram em vida, ao passo que aquele negócio causa mortis tem como situação determinante para a ocorrência dos efeitos é a morte. Um exemplo básico do último é o testamento, mas é um exemplo tipificado, nada obsta que a criação e a autonomia privada estabeleça esse negócio que tem esse viés causa mortis.

Execução diferida e execução futura também toca ao momento de geração de efeitos. Um negócio jurídico, sobretudo quando estabelecemos um negócio jurídico bilateral, nós pensamos que uma parte tem uma obrigação, uma prestação e outra parte tem uma contraprestação, e é comum que nós façamos uma execução imediata; são comuns negócios que tem esse viés. Então, p. ex., fizemos um negócio de compra e venda de pão de queijo na padaria e na mesma hora celebrou o negócio. O diferido é que irá acontecer ao longo do tempo. Um contrato de locação de um imóvel é eminentemente de execução diferida; você pactua que diuturnamente aquele imóvel está sendo disponibilizado para o seu uso, ao passo que o pagamento do aluguel será mensal; então, é diferido no tempo. E a execução futura é no sentido de que o cumprimento das obrigações aconteceram no momento futuro; acontece em um momento certo no futuro, não distribuído ao longo do tempo como acontece com a execução diferida.

Diferida. Retorno. Quando se fala de execução diferida, é porque a obrigação está sendo cumprida em vários momentos posteriores no tempo.

Principal e acessório. Uma regra básica quando se fala de acessório é que este segue o principal. O mesmo se verifica quando se fala de negócio jurídico. Negócio jurídico acessório existe exatamente para atender uma necessidade do negócio principal. Então, a partir do momento que o negócio principal deixa de existir, o negócio acessório, por conseguinte, perde a razão de ser. Ex. muito comum desses são os negócios de garantia; os negócios de garantia são, em geral, negócios acessórios porque se prestam a garantir um negócio principal. Então, eu tenho um contrato de locação e um negócio acessório a esse negócio de locação, que é o contrato de fiança; firmei locador e locatário em uma obrigação principal, e se firmou paralelamente um negócio entre locador e fiador por meio do qual esse fiador, esse terceiro se assumiu a garantir o cumprimento da obrigação principal caso o devedor principal não o faça. E por que se segue a regra de que o acessório segue o principal? Porque a partir do momento que o contrato foi extinto, não existe razão de ser do contrato de fiança. Essa situação de garantia é comum, mas não só os contratos de garantia são contratos acessórios. Lembrar que estamos no campo da autonomia, privada, o que significa dizer que a liberdade, a criatividade reina.

Negócio jurídico solene ou formal. Como mencionado anteriormente, eu tenho, para a configuração de um negócio jurídico, uma declaração de vontade, e essa exteriorização de vontade, em algumas vezes, o ordenamento jurídico que ela se dê conforme o formato preceituado pelo legislador. O legislador prevê uma forma. O casamento é um negócio jurídico solene; não há condições de reunir um grupo de pessoas e qualquer pessoa casar duas pessoas. Uma celebração que não conte com aquele que a ordem jurídica outorga competência, poder para celebrar aquele negócio, no caso o casamento, não é válido como casamento. É preciso observar uma formalidade. Quando eu trato de um negócio de

compra e venda de imóvel, isso ocorre geralmente por uma escritura, no cartório. Se não se faz uma escritura pública, existe, no máximo, uma promessa de compra e venda.

Os não solenes são aqueles que não têm uma forma exigida em lei e eles são, inclusive, a grande maioria.

Interpretação dos negócios jurídicos.

Por que se fala disso? É muito comum se gerarem controvérsias, e, quando se cria uma controvérsia, uma disputa, é preciso de ter um guia para resolver. E, muitas vezes, é preciso se valer de guias interpretativos. É preciso de saber qual foi a vontade que guiou aquele negócio jurídico, quais foram os efeitos pretendidos, em que condições ele foi celebrado etc. E o ponto de partida, sem dúvida, é a declaração da vontade. A vontade é muito importante, mas sabemos que o que é essencial quando se fala de negócio jurídico é a exteriorização da vontade. E aí, temos uma previsão no CC a respeito da interpretação dos negócios jurídicos.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. – não se está abrindo mão da perspectiva fundada na declaração, na exteriorização. O que está dizendo que não vou me prender a formalidades. Pode acontecer dessa vontade ter sido exteriorizada com uma linguagem que causa certa confusão. Então, nesse caso em que há uma certa dúvida sobre a declaração, aí sim se passa por um plano em que eu vou perquirir sobre a real intenção, sobre a real vontade. Observar que não se passa por cima de uma declaração inequívoca para considerar a vontade; porque se se tem uma declaração inequívoca, não há dúvidas, não tem o que interpretar. Agora, se a declaração gera uma dúvida, o art. 112 recomenda que se busque a real intenção, a vontade por trás daquela declaração, passando por cima de alguma formalidade, da linguagem literal que pode não ter correspondido da melhor forma àquela vontade que se quis exteriorizar.

Como fazer uma investigação da vontade? Porque a exteriorização é pela linguagem, como interpretar, para além da própria linguagem; considerar também circunstâncias de tempo e espaço. Tudo tem que ser analisado para servir como guia nessa interpretação. Aprender uma realidade externa objetiva.

Quando se fala de declaração de vontade, ainda há uma disposição do CC que diz respeito à reserva mental.

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento. → Essa reserva mental diz respeito a uma manifestação de vontade dissonante da sua vontade. O emitente da declaração faz uma reserva pra si da real vontade e emite uma declaração de vontade dissonante daquela que é a sua real vontade. Esse tema é menos pertinente à interpretação do negócio e mais à validade do negócio. Vamos estudar um vício do negócio jurídico justamente porque se está em um campo de uma vontade declarada de modo diverso do seu conteúdo real; é a simulação. A simulação é um vício que compromete a validade do negócio jurídico.

E o art. 110 do CC coloca que se eu exteriorizei uma vontade, e ainda que tenha exteriorizado uma vontade mental diversa, o que vale é a vontade exteriorizada. Me

comprometo com a exteriorização, a não ser que a outra parte tinha conhecimento da real intenção. E aí quando a outra parte tinha conhecimento da real intenção, as duas partes laboraram em reserva mental; esse negócio é simulado, não vale. Diferente seria a situação se a outra parte estivesse de inocente na história.

Ponto de partida de interpretação também a boa-fé objetiva. Na perspectiva interpretativa interessa muito a boa-fé objetiva porque estamos tratando do exterior.

A boa-fé na perspectiva interpretativa, na que limita, na que cria direitos e deveres.

Dar uma interpretação mais compatível com os usos e costumes daquele lugar, mais adequada aos comportamentos das partes.

Negócios benéficos. Benéfico é sinônimo de gratuito. Aquela parte do negócio empreendeu um embolso fez aquilo de forma graciosa. Liberalidade. Expressão que busca englobar os negócios gratuitos (que têm a liberalidade como marca) e também quando eu estou tratando de extinção, de alguma diminuição de direito. O art. 114 prevê que: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.” Ou seja, não vou empreender uma interpretação ampliativa; interpretação mais restrita possível.

A boa-fé é tao relevante no ordenamento jurídico, mas temos basicamente três artigos que usamos quando trabalhamos com a boa-fé: art. 113 (interpretação); 187 (perspectiva de coibir abuso de direito); art. 422. Estamos tratando de um conceito aberto. Muito embora estejamos em um contexto de valorização do que está posto na lei, mas quando se trata de conceitos abertos, é da essência deles que o legislador não tenha condição de apreender e esgotar toda sua riqueza e potencialidade.

Planos nos negócios jurídicos.

Quando falamos de fatos jurídicos, mencionamos a teoria de dividir o fato em planos. É uma teoria de origem alemã, e é de extrema relevância porque quando surge um determinado conflito e ele sai do rumo orginalmente estabelecido, é importante conseguirmos localizar nesses planos onde o problema se situa e qual a consequência do reconhecimento daquele vício. E aí retorna-se à nossa noção de que se tratam de planos independentes, ou seja, existem condições de ter um negócio que exista, mas seja inválido, ineficaz. Inclusive, a única dependência que aqui existe é em relação ao plano da existência. Se não existe, não há condições de falar de negócio jurídico. Necessário que ele exista para que seja válido para que gere efeitos. Se existe e é válido, pode ser que não gere efeitos. Pode existir, não ser válido, e, em regra, na gerar efeitos, porém pode ser que gere algum efeito – ex.: casamento putativo, que é aquele que a pessoa celebra acreditando (boa-fé subjetiva) que ali estão presentes os requisitos válidos para aquele casamento, como casar com uma pessoa que já é casada.

Existência. Quando tratamos de existência, estamos falando daquilo que é fundamental para que um negócio jurídico seja um negócio jurídico. O primeiro elemento fundamental de existência é a DECLARAÇÃO DE VONTADE. Essa atua de um forma tao contundente que ela atua no fato e na previsão de efeitos. É vontade que é o elemento? Não, é a declaração de vontade.

A declaração de vontade existe por si? Não. Estamos em um contexto de ato jurídico. Ato jurídico – estrutura. Fato jurídico estrito sensu que é um fenômeno da natureza e um fato

jurídico que envolve um agir humano. E dentro do ato jurídico temos o ato jurídico estrito sensu e o negócio jurídico. Então, estamos falando essencialmente de um agir humano e, por conseguinte, um elemento fundamental de qualquer negócio jurídico a existência de um AGENTE. E essa declaração de vontade tem que se referir à alguma coisa. O conteúdo aqui nós chamamos de OBJETO. E a FORMA poderíamos até embutir na declaração de vontade, porque essa é a exteriorização; a forma é isso, é a exteriorização. E quando falamos em negócio jurídico formal é aquele que a ordem jurídica exige que essa exteriorização de vontade siga o que está previsto na lei. Esses são elementos de existência de qualquer negócio jurídico. Quando penso um negócio jurídico abstrato, penso agente-declaração de vontade- objeto-forma. E se diz abstrato porque esses quatro elementos servem para qualquer negócio.

E traz para o plano da existência outras duas categorias de elementos além desses gerais. Elementos categoriais. Os negócios jurídicos são passíveis de serem capitulados em categorias, tanto que fizemos uma classificação. Então, quando falamos de um negócio jurídico oneroso, qual o elemento de existência desse negócio? Ambas as partes tenham obrigações correspondentes, uma prestação e uma contraprestação. Se não existe declaração de vontade, não existe negócio jurídico. Agora, se todos os elementos gerais existem e falta esse elemento categorial da contraprestação, não existe um negócio como compra e venda (oneroso), mas pode existir como doação (gratuito). Então, na categoria de compra e venda, é essencial preço, coisa; se não tem preço e coisa não há contrato de comprar e venda. Contrato de locação – existe uma coisa e uma contraprestação; se a última não existe, trata-se de comodato. → Isso tudo porque na falta de um elemento categorial, eu posso não culminar o negócio como um todo, e posso fazer um outro subsistir sem a existência daquele elemento.

Para além desses elementos categoriais, temos os elementos particulares. São previsões que podem ou não constar naquele negócio. Ex.: o fato de constar uma previsão, aquele contrato continuará sendo um contrato de compra e venda; o fato de não constar a previsão, aquele contrato também continua sendo de compra e venda; o fato de falta, também... Ou seja, são elementos cuja presença ou ausência não desnatura o negócio em si, mas porque eles estão no plano da existência? Porque, numa perspectiva abstrata, esse elemento pode ou não constar no contrato.

Só que muito embora nessa perspectiva abstrata o elemento particular não seja essencial para a existência, naquele caso concreto esse elemento se situa no plano da existência. O que significa dizer que naquele contrato que eu fiz com X, a responsabilidade pela evicção está prevista como um elemento que caracteriza esse negócio como sendo o negócio de compra e venda celebrando entre a C e a X. olhando dessa forma, acaba como algo que se situa no plano da existência.

Evicção = quando a pessoa perde um bem em virtude de um vício que existia quando o bem estava com o antigo dono.

Forma = exteriorização.

Elementos categoriais ou essenciais.

Aula de tgdp 19/08

Quando falamos do plano da existência, os elementos gerais estão indicando aquilo que é basilar para se falar de negócio jurídico. Alguns elementos que não desnaturam o negócio jurídico na perspectiva abstrata, ou nem na forma específica – como é o caso dos elementos particulares.

Os elementos gerais.

Plano da validade. É fato jurídico porque temos uma ocorrência no mundo somada a uma previsão normativa e essa previsão normativa atribui ali consequências jurídicas que a ordem jurídica autorizou que escolhesse quais seriam (voluntária) ou quando a ordem jurídica propriamente escolhe os efeitos; mas se falamos de jurídico, falamos de ordem jurídica. E daí que quando nós fizemos a estrutura do fato entre aqueles que interferência humana e que não tem, fizemos uma distinção primeira que era a distinção da conformidade com o ordenamento jurídico.

Plano da validade diz respeito à conformidade com o ordenamento jurídico. Estando de acordo com o ordenamento jurídico, é lícito, é válido. Ao passo que não estando de acordo com o ordenamento. A ausência dos requisitos ali no plano da validade conduz, genericamente, à invalidade. Essa invalidade é o GÊNERO DA DESCONFORMIDADE NO PLANO DA EXISTÊNCIA, mas tem duas categorias: a NULIDADE e a ANULABILIDADE; ambas desconformidades com o ordenamento jurídico. Essas duas espécies revelam qual a intensidade da ilicitude.

Nulidade. Invalidade que o ordenamento jurídico não tolera de maneira nenhuma. Existem elementos, regra que estão diretamente ligadas a um interesse maior que é o interesse público, um interesse numa coletividade. Vai macular o ato fato desde o seu nascedouro. Como se ele não existisse. Efeito ex tunc. Pode ser apontada por qualquer um.

Anulabilidade. Certa tolerância do ordenamento jurídico com ela. O interesse protegido é imediatamente privado, então, há uma certa tolerância. Efeito ex nunc; efeito que acontece daqui pra frente.

O plano da validade diz respeito à conformidade com o ordenamento que o negócio deve apresentar, e o negócio tem elementos; verificar se os elementos que configuram estão conformes o ordenamento. Poderíamos tratar de uma relação substantivo (existência, o elemento) e o adjetivo (ele está conforme o ordenamento jurídico? Ele é válido ou não é?), e aí passamos a analisar cada um dos seguintes elementos:

- a declaração de vontade, no plano da validade, falamos de declaração de vontade livre e de boa-fé. Requisito de existência: declaração de vontade. Requisito de validade: vontade livre e de boa-fé. Porque, se estamos no primado da autonomia privada, é qualquer declaração de vontade que serve? No plano da existência sim, mas no plano da vontade tem que ser uma declaração emitida em pleno exercício de liberdade. Aquela pessoa não pode ter sido constrangida àquela declaração de vontade, porque eu posso estar diante de uma situação que a vontade não era aquela ou nem existia. Coação.

Outro requisito de validade dos negócios jurídicos é a FORMA PRESCRITA ou NÃO VEDADA EM LEI. O substantivo forma é o elemento que integra o plano da existência e está ligado a declaração de vontade. Toda manifestação tem uma forma. Esse “prescrita ou não vedada em lei” de FORMAL OU SOLENE e Não formal. A maioria dos negócios jurídicos não têm uma forma exigida em lei, então, faz na forma que quiser. Agora, se a lei veda, não se pode fazer de forma diversa da que foi exigida, porque isso compromete a forma do negócio jurídico.

As previsões legais relacionadas à forma dizem respeito à validade. Mas existe situação que a lei fala da forma numa perspectiva probatória – ela vai exigir aquela forma a fim de provar a existência do negócio, mas não para caracterizar o negócio como existente e como válido. FORMA COM A FINALIDADE DE VALIDADE.

O art. X, fala que o negócio de vulto não pode ser provado por prova meramente testemunhal; é preciso de um início de prova documental. Uma forma com finalidade probatória.

E também tem a forma com o caráter de conferir publicidade e efeito erga omnes.

AGENTE. O sujeito que praticou o ato. Para que o negócio jurídico seja válido, o agente tem que ser capaz. Um incapaz, para que o negócio jurídico contraído por ele seja válido, tem que ser feito através do seu representante. Nesse caso, dentre outros, estou diante de situações específicas. Se não contar com a participação desses representantes, o negócio é inválido.

Além da capacidade, é preciso verificar situações em que o legislador exige uma capacidade específica para a prática daquele ato. E essa capacidade específica não se confunde com capacidade civil. Ex. clássico é a capacidade de testar; essa, mais do que propriamente a capacidade civil, ela exige que o agente tenha discernimento específico sobre aquele ato, ela saiba exatamente do que se trata aquele ato. Condição específica = legitimidade (com os autores chamam).

Quando falamos de incapacidade, o ponto que toca é aquele da REPRESENTAÇÃO. Até agora, falamos de sujeito, agente, pessoa que é aquele emissor da vontade. Só que as necessidades práticas, sócias, econômicas etc. não comportam que aquele agente esteja ali, em corpo, emitindo aquela declaração de vontade. Aí, a ordem jurídica emitiu o que chamamos de declaração que é uma cisão entre o agente e a declaração de vontade, no sentido de que essa declaração de vontade será proferida por um terceiro. Esse agente é quem efetivamente figura como parte no negócio jurídico, porque a parte é aquela que irá contrair obrigações, direitos, mas quem efetivamente manifestou a vontade foi um representante.

A representação pode ser, basicamente, de duas espécies: **a legal e a convencional**. Esse critério tem por baliza a fonte para que alguém aja em nome alheio. Se a lei for a fonte, a representação é válida. Ex.: situações de incapacidade absoluta ou relativa. Se a fonte for uma vontade, acordo de vontade, uma manifestação de vontade, então a representação é convencional. Ex.:

Inventariante é representante do espólio, o síndico é o representante da massa falida, o curador é representante da herança jacente. → Nesses três exemplos, o representado não

é uma pessoa, mas uma massa patrimonial, então, a rigor, não existe uma vontade. Não é uma situação técnica de representação. Mas tem previsão legal.

Um incapaz pode ser representante de alguém? A princípio não. Porém, a ordem jurídica permite que os relativamente incapazes sejam representantes (art. 666). Um incapaz tem condições de escolher aquele que será o seu representante? Não. Agora, uma situação que o sujeito não é tido como incapaz pode escolher quem é seu representante e o regime daquela representação é um regime que segue o preceituado na lei, isso é uma representação convencional ou legal? A baliza do critério é a fonte da representação que foi a manifestação do sujeito; o fato de seguir as regras da ordem jurídica não desnatura aquela representação como representação convencional. O ex. mais recorrente de representação convencional é o contrato de mandato. Esse tem regras estabelecidas no CC. A partir do momento que você escolhe um representante a partir de um contrato de mandato, você estará subsumido àquelas previsões legais.

Herança jacente = herança da pessoa que não deixou sucessores e eu preciso de um curador neutro para cuidar daquele patrimônio até que haja uma destinação pra ele.

Representação aparente que decorre da chamada Teoria da Aparência. Aparência remete à confiança. Quando se fala que algo parece x, essa aparência gera naquele que está vendo essa situação. Confiança diz respeito à boa-fé objetiva. Isso quer dizer que em determinada situação concreta aquele sujeito não seja representante legal, não seja representante convencional, mas ele aparente ser representa. Uma situação como essa, configura-se uma representação aparente que serve para tratar aquela situação como se representação houvesse. O suposto representado estará vinculado naquele negócio jurídico.

Representação exige nós tenhamos o poder de representação, que diz respeito ao que o representante pode fazer em nome do representado; preciso de ter uma manifestação de vontade emitida pelo representante como representante; e é fundamental que essa manifestação de vontade seja consentânea ao poder de representação recebido; cabe indenização pelos prejuízos quando o representante age além daquilo que lhe cabe.

A representação é agir em alheio; é o gênero. Pode ser legal, convencional. Dentro do convencional eu posso ter o mandato. O próprio mandato nem sempre é propriamente representação, que é o mandato em causa própria.

Procuração é um instrumento de mandato (CC). A procuração não necessariamente um instrumento, porque pode ser verbal.

Ainda naquilo que toca a representação, é importante mencionar o autocontrato. Mas uma situação em que eu Ester, enquanto representante da Ana, firmo um contrato com a Ester. A princípio esse autocontrato, feito pelo representante feito com ele mesmo, não é válido, e essa invalidade é do tipo anulabilidade. Porque quem tem interesse é a Ana, se ela quiser concordar, tudo bem.

Conforme já se sabe, os negócios jurídicos são analisados a partir de três planos, o da existência, da validade e da eficácia.

No plano existência, observa-se uma base no mundo dos fatos mínima suficiente para que se possa falar da existência do negócio jurídico. Que base que é essa? Tem que ter um agente, um objeto, uma forma e uma declaração de vontade. Com esses elementos, existe o negócio jurídico.

A validade está atrelada à conformidade do negócio jurídico com o ordenamento jurídico vigente. E aí os requisitos de validade qualificam os elementos de existência; então, qualquer agente pode celebrar um negócio jurídico? Não, tem que ser um agente capaz. O negócio jurídico pode ter qualquer forma? Em regra pode; alguns pedem uma forma solene; se for prescrita uma determinada forma, ela deve ser seguida para que determinado negócio seja válido. A declaração de vontade; pode ser qualquer declaração de vontade? Se tiver sob coação, essa declaração de vontade não é válida.

Qual coisa pode ser objeto de um negócio jurídico para que ele tenha validade?

O objeto, de acordo com o art. 104, inciso II, tem que ser lícito, possível, determinado ou ao menos determinável.

Um objeto lícito é aquele em conformidade com a lei; também entra na licitude a conformidade com a moral e os bons costumes.

Para ser válido, o negócio jurídico deve ter um objeto possível, e essa possibilidade é tanto jurídica quanto física. Então, fisicamente possível esse objeto ou juridicamente possível = nada mais do que o lícito. Juridicamente possível = licitamente possível. Essa impossibilidade física pode ser relativa quando disser respeito à pessoa que se obrigou àquela determinada prestação; ex.: contrato um servidor de um encanador para consertar um cano, e, no dia do serviço, ele quebra os dois braços; tornou-se fisicamente possível que ele realize o serviço. Porém, existem outras pessoas que podem cumprir aquele objeto. Na impossibilidade física relativa, torna-se impossível realizar aquele objeto apenas para aquela pessoa que se obrigou a fazê-lo.

Quando não estão presentes esses requisitos não estão presentes, o negócio jurídico é INVÁLIDO. Invalidez é gênero do qual derivam duas espécies: nulidade e anulabilidade.

Fisicamente impossível – no caso do encanador, é preciso que se acabe com o negócio jurídico? Essa previsão é específica e está no art. 106 do código civil. Se o objeto for relativamente impossível, o negócio não será invalidado.

Outro caso que está previsto pelo art. 106 é do objeto ser impossível, mas o negócio não será invalidado que é aquele caso em que quando o contrato foi celebrado o objeto era impossível, mas depois ele se tornou possível. Se a impossibilidade inicial se extingue, não há a necessidade de invalidar o negócio jurídico como um todo.

A terceira qualidade do negócio jurídico é que ele tem que ser determinado ou ao menos determinável. Ex.: um dos elementos essenciais do contrato de compra e venda é o preço; o preço não precisa estar escrito, pode fazer indexações etc. O que não se pode fazer é

eximir o preço ou dizer que uma das contratantes vai definir o preço ao seu exclusivo critério.

Uma das causas de nulidade do negócio jurídico é o objeto ser ilícito, impossível ou indeterminável.

A eficácia é a produção de efeitos jurídicos que foram desejados pelas partes. Dois tipos de eficácia:

Eficácia pendente ou simples. Ela diz respeito aos fatores de eficácia ou elementos acidentais do negócio jurídico. Elemento acidental = fato de eficácia = não é um elemento essencial ao negócio jurídico, pode ou não existir. Embora não integrem o negócio jurídico, esses elementos acidentais precisam ocorrer para que negócio comece ou cesse a produzir os efeitos desejados pelas partes. Três tipos de exemplos de fatores de eficácia do negócio jurídico: condição, termo e encargo.

A condição tem dois requisitos que são a futuridade (ex.: vou vender o meu carro se o Brasil for campeão na modalidade X); apesar de completamente válido, esse negócio só começará a produzir efeitos se acontecer esse evento. O termo é um evento também futuro, mas ele é inevitável; não sei quando vai acontecer, mas ele vai acontecer. O termo pode ser também sobre cessar efeitos.

Valor de eficácia encargo ou modo. No encargo, é necessário cumprir uma função, p. ex., para o negócio ter efeitos.

Eficácia relativa. Pode produzir efeitos em relação a um que são diferentes em relação a outro. É um ato bifronte. Ex: fraude de execução.

Corrente causalista e anti-causalista. Para os anti-causalistas, a causa não é relevante. Adota, segundo os autores, no código de 1916. Os causalistas afirmam que a causa integra o negócio jurídico.

Dentro dos causalistas, existem duas correntes: os subjetivistas e os objetivistas. O subjetivista acha que a causa está na vontade das partes, qual a motivação que leva aquelas partes a celebrar aquele negócio. A ideia é que tem que analisar a causa do negócio. O falso motivo que foi determinante para o negócio jurídico invalida o negócio (art. 140 do CC).

Motivo está na ponta inicial e a causa está na ponta final. Ex.: João diagnosticado com asma, é recomendado de ir morar no interior para ficar longe da poluição e ele compra uma casa em Lavras Novas depois de vender seu carro. Motivo – diagnóstico com asma. Causa – conseguir dinheiro para celebrar o contrato de compra e venda.

Negócio jurídico abstrato = não tem relevância a causa que está por trás daquele negócio. Ex.: títulos de crédito.

Negócio jurídico causal = é extremamente importante a causa pra as duas partes, como é o caso do contrato de compra e venda.

AULA DIA 2 DE SETEMBRO.

Plano da validade.

Regime jurídico das invalidades. Invalidez é o gênero que diz respeito ao plano de validade do negócio jurídico. Quando falamos de validade falamos de um adjetivo que está relacionado a um elemento de existência daquele negócio e esse adjetivo diz à conformidade daquele elemento com o que prevê a ordem jurídica.

Então, eu tenho o elemento agente; qual a característica que esse agente tem que ter para estar conforme a ordem jurídica? Ele tem que ser capaz.

Então, quando a gente fala de invalidez, estamos falando de um desconformidade com o ordenamento jurídico e essa desconformidade é penalizada com o reconhecimento da invalidez. E essa invalidez tem consequências.

É possível encontrar em algumas obras a lição de que um negócio é inválido quando não gera efeitos jurídicos. Contudo, a não geração dos efeitos jurídicos toca o plano da eficácia e não propriamente o plano da validade. E, muito embora esteja diretamente relacionado ao plano da validade, é preciso que estejamos atentos a essa fala que “negócio nulo não gera efeitos”.

Invalidez = desconformidade com a ordem jurídica e esta vai dizer qual será a sanção para essa desconformidade.

Diz respeito a intensidade da desconformidade. Absoluta (nulidade) x Relativa (anulabilidade).

Como que se identifica uma situação de nulidade e uma situação de anulabilidade. É claro que existem características que são consequentes ao reconhecimento de uma nulidade e anulabilidade. Porém, para olhar para a essência do vício e identificar um ou outro, é preciso ter atenção a causa que deu ensejo; a desconformidade é com uma previsão jurídica muito importante ou com uma previsão que interessa diretamente, imediatamente com aquele particular envolvida; que tipo de norma jurídica que foi desrespeitada – uma norma jurídica que é tida no nosso ordenamento como uma norma cogente (muito importante) ou uma norma jurídica que não tem essa magnitude.

Quando falamos do vício de nulidade absoluta, trata-se daquela situação em que o desrespeito é a uma previsão muito importante da ordem jurídica, àquilo considerado com muito relevante pela sociedade.

Porém, existe uma situação que embora haja uma determinação legal, ao invés dela existir para atender um interesse público, ela existe diretamente para atender um interesse particular, mas não propriamente algo que reflita sobre todos. Para ficar mais claro, ilustrando, a nossa ordem jurídica dá uma importância muito grande para as situações de hipossuficiência, como faz para os incapazes, para o consumidor etc. E essas normas, para que elas tenham a capacidade de cumprir essa atividade para a qual se destina, não tem como transacionar a norma. Ex.: negócio feito por um jovem de 17 anos, tem pleno discernimento, mas, pela lei civil, ele é relativamente incapaz. E esse negócio, essa regra que diz que o menor com 17 anos precisa de ser assistido tem o objetivo de proteger um interesse particular dele, ele pode questionar, mas não é algo que diz respeito a ordem público como um todo.

Erro, dolo, coação – vícios que dizem respeito à ordem particular.

Nulidade. Ex.: simulação; no CC de 1916 era causa de anulabilidade. É curioso perceber que a simulação compromete a declaração de vontade da boa-fé porque foi um a declaração de vontade sem boa-fé.

Pode parecer muito abstrato, como saber se algo de interesse público ou se é algo que toca diretamente a um interesse particular. É claro que numa perspectiva mediata, tudo diz respeito ao interesse público. Como identificar isso? Existe uma receita prática que é a **TIPICIDADE**. É **NULO TUDO QUE AQUILO QUE O LEGISLADOR TAXATIVAMENTE DISSER**.

INTERESSE PÚBLICO não é sinônimo de interesse do Estado. É comum o Estado se encontrar na posição de guardião do interesse público.

Invalidades **ORIGINÁRIAS E SUCESSIVAS**. O critério aqui é temporal, quando surgiu a invalidade. O vício originário alcança o ato desde a sua origem, em todos os seus aspectos, ao passo que a invalidade sucessiva não tem condição de operar efeitos retroativos para alcançar aquilo que já tem o aspecto de ato jurídico perfeito.

Essa invalidade alcança o negócio como um todo ou alcança apenas uma parte e é possível tirá-la e conservar o resto. Existem situações que o vício toca algo essencial daquele negócio e aí como diz respeito a algo essencial, a invalidade compromete o negócio com um todo. Ao passo que a invalidade pode atingir um elemento acidental daquele negócio, e, por conta disso, é possível só decotar aquela parte.

Outro critério interessante para diferenciar o total do parcial, é que, muitas vezes, a relação jurídica material existente entre os sujeitos acaba sendo um feixe de manifestações de vontade e, aí, uma manifestação de vontade pode estar ok e a outra viciada; retira-se esta e mantém o resto. Um exemplo importante disso é a relação entre acessório e principal; olhando de fora, aparenta uma relação jurídica única, mas aquela relação jurídica envolve manifestações de vontades que convergem naquela relação.

Ex.: do terreno para o uso industrial com contrato de fiança revalidado a cada dois anos. Nesse caso, as partes pactuaram que era fundamental esse acessório, de modo que o vício neste invalida todo o negócio.

O critério não é se é momentâneo ou duradouro, mas a intensidade da incapacidade. É uma incapacidade absoluta ou relativa?

São invalidades independentes.

Nulidade absoluta. **GRAU**. A intensidade mais grave. Falando de vícios que dizem respeito a desconformidade com uma previsão legal de ordem pública; o interesse público que é imediatamente afetado. A receita para reconhecer é a tipicidade: o legislador vai falar quando aquilo for hipótese de nulidade absoluta. São hipóteses em que há expressa determinação legal ou em que se autoriza as partes a fazerem isso.

Art. 166 do CC.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; → Porque, no nosso sistema jurídico, a capacidade também se sujeita a graus; capacidade absoluta, relativa. Aqui fala-se que é muito grave se o negócio feito pelo absolutamente incapaz. Ele pode ser sujeito de direito e contrair obrigações na ordem civil; precisa de estar representado. Na representação, ocorre uma dissociação entre aquele que irá contrair as obrigações, os direitos e aquele que declara a vontade. Quando o inciso fala ... (sem a devida representação). Um caso de nulidade absoluta que pode acontecer originariamente ou no decorrer da execução do negócio. Pode ter a conotação de comprometer o negócio como um todo ou apenas uma parte do negócio que é um feixe de manifestações de vontade. Então, aquela manifestação de vontade que tocou aquele agente incapaz foi atingida, mas as outras que tocam outros não serão nulos.

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; → A solenidade tratada pelo legislador é um Plus no sentido da forma; existe um ritual a ser observado. Ex.: testamento – público, cerrado e particular. O testamento particular deve ser escrito, assinado por duas testemunhas, e deve ser lido perante as duas testemunhas. Existe essa solenidade da leitura.

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; - Esse fraudar não é usado no sentido de ato fraudulento. É no sentido de desrespeitar lei cogente. EX.: NOS NEGÓCIOS DE MODO GERAL PODE SE PREVER a cláusula penal (a multa). Muito se discute quanto pode ser essa multa. Só que o CC tem um parâmetro cogente; a cláusula penal não pode ser de um valor superior à obrigação. Art. 412. Uma falha que compromete só a previsão. Desrespeitar norma cogente (o que o inciso diz).

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

TGDP II – 09/09/2016

Prosseguindo sobre o regime jurídico das invalidades, estamos conversando sobre o plano de validade dos negócios jurídicos e aqui INVALIDADE diz respeito à desconformidade com a ordem jurídica. E vimos também que essa desconformidade pode ser classificada conforme critérios de quando ela surge, se ela alcança o negócio como um todo ou só em parte, e, também, a intensidade dessa desconformidade com a ordem jurídica. Uma desconformidade mais grave que não está de acordo com o interesse público, coletivo, ou é uma desconformidade mais leve porque a regra que está sendo desrespeitada é uma regra que toca diretamente o interesse privado.

Hipóteses legais de nulidade absoluta, ou seja, esse vício, essa nulidade mais grave que diz respeito a uma norma de ordem pública muito importante, e a receita para identificar esse tipo de vício é a TIPICIDADE = o legislador vai dizer que o desrespeito àquela norma implica nulidade.

- Motivo determinante. Se o motivo comum a ambas as partes for ilícito. O que é isso? Isso é a CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO. Recapitulando. → Há uma certa discussão se a causa do NJ existe como um elemento, no NJ autônomo, e se esse elemento está no plano da inexistência, está no plano da validade. Então, existem muitos doutrinadores e sistemas jurídicos que se posicionam no sentido de que a causa do NJ não é um elemento, porque a causa se confundiria com o conteúdo. Então, estou tratando de um NJ de compra e venda, e esse negócio tem por causa X ficar com a casa e Y ficar com o dinheiro. E os doutrinadores dizem que isso não é propriamente causa, já é objeto – são aqueles que adotam a posição anti-causalista e essa era a posição adotada pelo CC de 1916. O CC-16 não fazia nenhuma referência à causa do NJ porque ele tratava tão somente do objeto do negócio jurídico. Porém, existem aqueles que entendem que existe um elemento causa do NJ e são os CAUSALISTAS. Os causalistas tratam como causa desse negócio jurídico, no ex. da compra e venda, a transferência de propriedade. Então, a propriedade do imóvel e a titularidade do dinheiro são transferidas e a causa do NJ de compra e venda. A causa do NJ de doação é a liberalidade.

E aí o CC de 2002 se posicionou nesse debate e trouxe uma previsão que toca a causa do negócio jurídico. E essa previsão está no inciso III do art. 166:

Art. 166. É nulo o NJ quando:

III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

Esse motivo determinante é tido como causa do negócio jurídico. Observe que é diferente da motivação, da vontade subjetiva do sujeito. Então, eu fiz esse NJ de compra e venda porque eu quero morar em um condomínio, porque eu quero maior qualidade de vida. Porém, isso não é causa do negócio jurídico. CAUSA É O MOTIVO DETERMINANTE PARA AMBAS AS PARTES. Então, o que motivou o vendedor e o comprador a celebrarem esse contrato de compra e venda da casa? Foi a transferência da propriedade, a circulação de riquezas. Observe que CAUSA DO NEGÓCIO JUR. É deferente desse modo subjetivo que toca a cada um dos sujeitos.

Quando se diz que o CC-02 se posicionou como causalista, isso se dá em virtude dessa disposição no art. 166. E aí afirmou que a causa do NJ está no plano da validade, é pertinente ao plano da validade do negócio jurídico, porque para existir eu não preciso ficar perquirindo sobre causa. Agora, se a causa do NJ for ilícito, então, a validade está comprometida.

O que é uma causa ilícita? Ex.: foi feito um negócio de compra e venda de um rim. Isso é ilícito, e o negócio é nulo, absolutamente inválido.

Nos negócios jurídicos causais, eles estão necessariamente presos a causa que lhes deu origem. O não-causal não estão presos. E isso é a situação dos títulos de crédito; esses são documentos que documentam um negócio jurídico, são instrumentos de um negócio jur., só que eles têm uma característica muito peculiar; -> eles têm a característica de se abstrair de um NJ e terem uma vida própria. E isso acontece porque é uma forma de fomentarmos a circulação de riquezas. Então, esse documento começa a circular como se fosse dinheiro (cheque, nota promissória, etc., isso são títulos de crédito). o cheque é não-causal, ele se desprende da sua causa; a causa que pode ter sido um contrato de compra e

venda, p. ex. Aí ele circula no mercado. A pessoa que tá na ponta da cadeia pode pegar o cheque e descontar no seu banco.

O que acontece da importância do causal e não-causal aqui. Como é não-causal, se o primeiro negócio de compra e venda que deu início à circulação do cheque é invalidado, não acontece nada com o cheque. Mesma coisa com a nota promissória que também é não-causal. E, o título de crédito, para ter essa característica, ele tem um prazo que, para cada título de crédito, a lei determina. A lei do cheque fala que o prazo é de seis meses, p. ex.

Se passado o prazo e o cheque não é descontado nesse período, ele volta a “grudar na causa”. Ex.: se eu tenho um cheque, que é título de crédito (não-causal), é possível ir ao judiciário e executar a cobrança; agora se perdeu essa característica e voltou a ser causal, não é possível chegar ao judiciário e simplesmente apresentar o título de crédito – é preciso contar a causa. Aquele documento é uma prova daquele negócio, mas ele, per si, não tem mais a força executiva que detinha anteriormente.

Aqui, acabamos por ficar próximo do objeto, por isso muitos dizem que há uma coincidência com o objeto.

Obs.: CAUSA = motivo determinante comum a ambas as partes. E, no art. 140 do CC, que fala de defeitos do negócio jurídico, está o falso motivo. “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. Qual a diferença desse art. para o art. 166, inciso III (“É nulo o NJ quando: III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”). O art. 166, III é nulidade absoluta e o art. 140 é anulabilidade.

A diferença reside no fato de que no falso motivo estou tratando de um motivo que é privativo de uma parte. Então, X faz um negócio de compra e venda de imóvel porque acredita que está com uma doença terminal; vende seu imóvel. Contudo, X não tem doença nenhuma, só acredita. Esse falso motivo só vai servir para invalidar o NJ e o nível dessa invalidação é o nível de anulabilidade, se X colocar esse falso motivo no NJ como sendo o seu móvel para a celebração do seu negócio. Y compra está ciente que a venda da casa resulta do fato de X acreditar que está com uma doença terminal; a doença é um motivo apenas de X, mas colocou-se no negócio esse motivo. Não precisa de ser escrito, tem que ser MOTIVO DETERMINANTE do negócio. Provar que esse foi o motivo determinante é que o problema, por isso, se estiver escrito é melhor ainda.

O falso motivo toca uma das partes, ao passo que a disposição do art. 166, III, que é nulidade, é algo que diz respeito às duas partes, como é o caso da venda do rim. Quando se fala do motivo determinante ilícito lá da nulidade do art. 166, III, não é possível olhar só para uma parte, é preciso olhar para as duas. Só haverá um motivo determinante ilícito a ponto de gerar nulidade absoluta se as duas partes estiverem.

Obs.: para que um erro seja caracterizado como tal, estou com olhos voltados para uma das partes; pode ser que as duas partes estejam em erro, mas interessa é um sujeito em específico. Pode ser um, outro, ou os dois.

Falamos que a nulidade absoluta diz respeito a essas regras muito importantes para o ordenamento jurídico. NULIDADE E EFEITOS. Esse ponto foi colocado porque vimos

os planos da existência, da validade e da eficácia. E, é recorrente a referência que a nulidade absoluta é a sanção pela qual e retiro os efeitos de um negócio jurídico. A professora faz uma reparo nessa fala porque a nulidade absoluta, o conceito mais preciso dela é “desconformidade com a ordem jurídica num nível mais alto, numa intensidade maior”. Cogente, imperativa, incontornável. Esse é um conceito mais próprio porque quando se diz que “nulidade é uma sanção que tira os efeitos jurídicos” parece que sempre que se tem uma nulidade não existe efeito nenhum, e não é bem assim. Isso porque os efeitos são, também, tipos de fatos jurídicos e vimos que podemos ter um fato que é jurídico (fato que tem relevância no plano jurídico) e podemos ter um fato que é puro, que não tem relevância no mundo jurídico. Efeitos que são fatos jurídicos e efeitos que são só fatos. Então, quando se diz que a nulidade compromete os efeitos de um negócio jurídico, ela compromete necessariamente os efeitos jurídicos; não necessariamente os efeitos fáticos são desfeitos, alcançados por aquela situação. Então, quando eu falo que a nulidade é a sanção absoluta, é uma sanção que afasta os efeitos do negócio jurídico, afasta os EFEITOS JURÍDICOS daquele negócio. Porém, no plano fático, não é possível apagar o que aconteceu. Consegue-se retirar apenas a conotação jurídica.

Ex.: a propriedade tem um viés eminentemente jurídico; para ser proprietário de um imóvel, é preciso que o sujeito tenha um título válido (um contrato de compra e venda, um contrato de doação, um contrato de permuta etc.) e um registro. Essa é a estrutura jurídica da propriedade. Quando se diz que a propriedade é eminentemente jurídica, quer dizer que o sujeito pode ser proprietário de um imóvel independente de ter ido ao local, de conhecer o imóvel, independente de praticar alguma ocorrência fática em relação àquele imóvel. A posse, por sua vez, é eminentemente fática; em um conceito, posse é a exteriorização de propriedade. Para a pessoa ter posse, a pessoa tem que, no plano dos fatos, usar aquela coisa.

Isso para dizer que X e Y fizeram um NJ de compra e venda de um imóvel, e foi transmitido propriedade e posse. Aí Y celebra uma propriedade com Z, e este, por sua vez, celebra um contrato de compra e venda com A, e A celebra com B. Porém, o primeiro negócio tem um vício de nulidade absoluta. E o que vai acontecer, pelo reconhecimento dessa nulidade, é que serão retirados efeitos jurídicos disso, e a se desconstruir essa cadeia de propriedade para reestabelecer o status quo. Só que não teve este vício específico na transmissão da posse. O vício era porque tinha uma procuração que ia permitir a feitura do registro e aí tem um vício na procuração; essa tinha um prazo de validade. O registro era inválido. A propriedade foi atingida. E, muito embora o negócio tenha sido desfeito, o efeito fático da posse permaneceu.

A consequência quando fala de nulidade. Art. 182 do CC. “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Esse art. 182, quando fala “anulado” significa INVALIDADO; então isso se aplica para nulidade absoluta (art. 166, III) e para anulabilidade, nulidade relativa (art. 171). Reestabelecer o status quo.

A nulidade implica perda de efeitos jurídicos. E isso se dá pela regra do art. 182, de modo que se chama RETROATIVO, pois se reestabelece o status quo, seja pela via específica (exatamente aquilo que era na origem) ou do ressarcimento (Money).

Legitimidade

Desuso do tempo

São consectários lógicos da causa ensejadora da nulidade absoluta. A nulidade absoluta estava relacionada ao interesse público, então, quem tem legitimidade para arguir por essa nulidade. Situação em que, p. ex., tem um negócio jurídico em que a forma prescrita em lei não foi observada e as partes estão discutindo o cumprimento da obrigação – compra das pedras de crack que não foram entregues. E a autoridade pode falar que realmente não há obrigação de pagamento porque esse negócio não gera efeitos, ele é nulo.

Quando se fala de legitimidade, na perspectiva processual, o que exige um interesse jurídico. A esfera jurídica de que pede a nulidade tem que ser atingida por aquela ação. Juiz ou MP.

Na nulidade absoluta, a legitimidade é ampla porque qualquer um dos envolvidos pode suscitar o processo, independente dele ser prejudicado ou beneficiado.

Um negócio absolutamente nulo é um negócio inexistente. ERRADO, são coisas diferentes. Um negócio inexistente nunca surgiu no mundo jurídico. Agora um negócio nulo existiu, pode ter gerados efeitos jurídicos e fáticos. Mais correto poderia ser afirmar que um negócio absolutamente nulo, uma nulidade absoluto é como se ele não tivesse existido; vou retroagir e reestabelecer o status quo. Outra coisa é não ter saído do status quo, isso é a inexistência.

Não sofrer os efeitos no decurso do tempo. Vivemos no Estado de Direito, e é basilar nesse a noção de segurança jurídica. Essa toca a ideia de previsibilidade e de tempo. Nesse cenário de segurança jurídica, a regra é que as relações jurídicas tenham duração definida no tempo. Ainda que seja indeterminada, ela tem duração definida no tempo. Por isso que tem na ordem jurídica a prescrição e decadência.

Por isso, em regra, na ordem jurídica, os direitos são direitos prescritíveis, eles são suscetíveis ao efeito do tempo ou, então, eles caducam.

Direito potestativo – aquele direito meu que existe independente da outra pessoa ter uma obrigação ou não. O direito de reconhecer uma anulabilidade é um direito potestativo.

Exceção nos direitos – ser imprescritível. Ex.: direito de reconhecer filiação é imprescritível.

Quando falamos de nulidade absoluta, o reconhecimento desse vício se sujeita ou não ao efeito do tempo? Não. Então, estou na exceção.

Art. 169. “o negócio ...”. Convaler pelo decurso do tempo = invalidade deixar de ter relevância, sumir.

A anulabilidade, passou o prazo, aquela invalidade com o tempo.

14/09

Provimento é sinônimo de decisão judicial. Então, quando temos um conflito em que se suscita que existe uma nulidade absoluta em relação a determinado negócio e a decisão judicial reconhece, qual a natureza desse reconhecimento e quais as consequências desse reconhecimento? Bom, veremos mais detidamente que as decisões judiciais podem ser classificadas de acordo com a sua característica preponderante. E aí a classificação seria:

1. condenatória

2. declaratória

3. constitutiva.

Característica preponderante porque, p. ex., se tem um casal discutindo se tem ou não um união estável, o juiz irá decidir de acordo com as características desse relacionamento e dizer se ou não existe a união estável, mas ele meramente vai reconhecer essa união que já existe. Então, essa declaração do juiz tem um caráter declaratório, está declarando um realidade que já existe. O provimento declaratório é nessas situações em que há controvérsia da existência de uma relação jurídica. E essa decisão é preponderantemente declaratória porque ela pode ter uma carga condenatória.

As decisões judiciais também podem ser preponderantemente constitutivas, ou seja, a partir da decisão judicial é que surge uma nova realidade quanto à relação jurídica material dos envolvidos. Essa nova realidade pode ser tanto para constituir uma relação (ex.: decisão judicial para constituir uma adoção, e, a partir da decisão do juiz, ele deferiu a adoção e se constituiu o vínculo da adoção) ou pode ser o que ele chama de constitutiva negativa em que ele desfaz a relação jurídica existente as partes (ex.: rescindir um contrato).

E, por fim, a decisão preponderantemente condenatória.

E observe que, na perspectiva processual, essas decisões já revelam quais são as consequências. Quando eu estou falando de uma decisão declaratória, ela tem o efeito, necessariamente retroativo, porque quando você declara, está tratando de algo que já existe. O juiz reconhece tudo que aconteceu na relação jurídica no período anterior

Ao passo que quando estamos da decisão constitutiva, o juiz vai constituir aquela relação daqui pra frente ou se for uma constitutiva negativa, ele vai se pronunciar sobre o que está pra trás e, daqui pra frente, deixa pra frente de existir a relação.

E, na decisão condenatória, a partir do momento que o juiz condenou, tem-se um título executivo. A decisão judicial é um título executivo, eu posso executar.

Frisou-se essa expressão “processualmente falando” porque, geralmente, as consequências no plano do direito material andam ligadas a essas consequências no plano processual. Isso significa dizer que quando eu tenho uma decisão declaratória, no plano do direito material, eu tenho efeitos retroativos (ex tunc – alcança a relação como um todo). E, geralmente, quando temos uma decisão constitutiva no plano processual, tem-se também no plano material uma decisão que não tem efeitos retroativos (ex nunc). Só que quando falamos do regime jurídicos das invalidades, por expressa disposição legal, há uma dissociação entre os efeitos decorrentes de um provimento judicial, no plano processual, e a consequência disso no plano material. A expressa previsão legal é o art. 182. Já foi falado que, nesse artigo, o ANULADO É ENTENDIDO COMO INVALIDADO, de modo que ele se presta pra nulidade absoluta e para nulidade relativa ou anulabilidade. O legislador está falando que, invalidado o negócio jurídico, sempre que ele for invalidado, a consequência será a restituição do status quo. Isso é efeito retroativo. Ou seja, se anulei um contrato de compra e venda, é preciso restituir as partes ao momento zero (devolve-se a coisa e devolve-se o preço). É claro que se não for

possível, o art. Estabelece que as partes serão indenizadas pelo equivalente. Por que isso acontece? Porque, no direito, tendemos a privilegiar o que chamamos de tutela específica, de prestação jurisdicional específica que é exatamente aquilo que corresponde ao inadimplemento voluntário; se aquilo fosse cumprido voluntariamente, seria desse modo. Mas como não é possível, o caminho é indenizar. A mesma coisa é o dano moral. Quando uma pessoa sofre um dano moral, não é possível apagar no íntimo do sujeito, então, você paga uma indenização – tutela ressarcitória.

Então, por força desse dispositivo, temos uma dissociação entre o que verificamos no plano processual e o que verificamos no plano material. Isso se dá porque quando nós tratamos de nulidade absoluta, a decisão judicial tem caráter eminentemente declaratório. E, sendo declaratório, na perspectiva processual, estamos falando de ex tunc. No plano material, também terei a conotação ex tunc, mas não porque eles andando colados, como geralmente acontece, mas sim porque aqui tenho um expresso dispositivo legal que assim determina, o art. 182. A decisão judicial é declaratória, aí tem que lembrar do conceito de nulidade absoluta = vício, desconformidade com a ordem jurídica no que toca a uma determinação cogente, e é uma determinação tão importante que isso não pode ser confirmado, que isso não convalesce com o tempo etc. Isso é tão importante que o que que o juiz faz numa situação dessa é reconhecer uma realidade que já existe. Por isso a decisão judicial é declaratório, que o processualmente falando tem essa consequência. Já no plano material, isso se dá porque temos uma norma legal expressamente nesse sentido.

Processo é só instrumento para a realização do direito material. Então, a rigor, o processo tem que andar associado ao direito material. Se existe uma dissociação, sem dúvida, o que prevalece é o material.

Quanto à anulabilidade é aquele vício de intensidade menor se comparada à nulidade absoluta; não é tão grave assim porque toca a um interesse privado. E temos sempre que partir disso, se o que queremos aqui é solucionar um interesse privado, que tem legitimidade aqui para discutir, para reclamar a invalidade do NJ na situação de anulabilidade é o particular. O juiz, o MP não podem suscitar o vício. Ater ao prejudicado diante daquela invalidade. Além disso, e por consequência do conceito da anulabilidade, ela é suscetível ao que se chama de CONFIRMAÇÃO ou RATIFICAÇÃO, que é o que está previsto nos art. 173 e 174. Ex.: estamos diante de um NJ firmado por um representante que não estava com poderes específicos para aquele negócio. Você constituiu um advogado, deu poderes a ele, mas não deu poderes para transacionar um acordo e ele vai lá e faz esse acordo. E esse vício é de anulabilidade. Significa dizer que aquela pessoa que foi ali representada de modo viciado que foi a prejudicada com a situação e ela que é a interessada em questionar, em suscitar aquela invalidade. Só que, da mesma forma que ela é a legitimidade para suscitar a anulabilidade, pode também estar na esfera de vontade dela querer que aquele negócio continue. E o que ela pode fazer é ratificar, confirmar o negócio. Essa conduta dela é uma manifestação de vontade, ou seja, ela vai emitir uma declaração de vontade falando que aquele acordo feito é reconhecido que é válido; está apagando aquele vício. E é por isso que o art. 173 coloca que “o ato de confirmação deve conter a substancia do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”. Isso é aquela preocupação que se tem com a declaração de vontade; é preciso emitir uma declaração de vontade e, nessa circunstância, estou exigindo uma declaração

de vontade inequívoca expressa para que não se tenha dúvida do que aquele sujeito está confirmando.

Sabemos que a declaração de vontade pode ser expressa, tácita, e, dependendo das circunstâncias, o silêncio pode ser entendido como declaração de vontade. Só que neste ponto específico da confirmação, da ratificação, dado que estou superando, apagando uma invalidade, o legislador é mais rigoroso. Tem que se inequívoca no sentido de confirmar aquele negócio.

Só que, a despeito de exigir a confirmação expressa, o legislador fez uma ressalva, admitindo uma confirmação tácita, uma declaração de vontade tácita que terá o condão de gerar uma confirmação. Quando isso é possível? Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava. Ex.: retomando o exemplo do acordo feito em nome de X por um representante que não tinha poderes específicos para transacionar. X estava ciente do vício, não suscitei, muito antes pelo contrário, o comportamento de X foi contrário a uma negação de vício, foi de quem está reconhecendo válido o negócio. Passou por cima do vício e cumpriu a obrigação estabelecida no acordo. Observe que, no art. 174, o legislador faz uma concessão da declaração de vontade tácita, mas faz isso em razão da boa-fé. O comportamento de X é de quem confirmou o negócio, então, depois não vá reclamar.

Outra coisa importante é que essa confirmação, essa ratificação é irrevogável e irreatável. Isso quer dizer que a partir do momento que eu confirmei, que eu ratifiquei, eu apaguei o vício, eu não posso querer cobrar, ressuscitar aquele assunto no futuro. E aí vem o art. 175: “a confirmação expressa ou a execução voluntária do negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações (ou seja, não posso pedir nada pra ninguém) ou exceções (ou seja, não posso me defender da invalidade), de que contra ele dispusesse o devedor”. A partir do momento em que o sujeito confirmou, ele não pode voltar atrás na questão.

A confirmação é sempre possível quando anulabilidade. A confirmação tácita é quando é dado cumprimento àquele negócio (ciente do vício + cumprimento do negócio).

No que toca o decurso do tempo, como estamos falando de um vício de intensidade média, os efeitos do tempo seguem aquela regra geral de que estaremos suscetíveis a prazo prescricional e decadencial. Quando vimos nulidade absoluta, falou-se que cai em uma exceção do sistema, de modo que por mais que o tempo passasse aquele vício poderia ser suscitado. Aqui, como estamos protegendo um interesse privado, não um interesse público, maior, caímos na regra geral de que se passou determinado tempo, se aquela invalidade não foi suscitada, questionada, eu não tenho mais condições de suscitar. Como se o próprio tempo confirmasse aquele negócio, apagasse aquele vício; convalescer com o tempo. E aí é que os artigos 178 e 179 trazem esses prazos. O prazo aqui, tratando-se de anulabilidade, é um prazo decadencial. O prazo decadencial é um prazo que, quando começa, segue fluindo sem parar; ele não se interrompe, ele não é suspenso, paralisado, interrompido por nenhuma situação. Isso é muito importante porque prescrição para. E, o prazo decadencial não está na esfera de disposição dos envolvidos. Prazo é o que o legislador determinou.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Hipóteses legais de anulabilidade no art. 171.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultado de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. → Classificam-se em vícios de consentimento e vícios sociais. Quando estudamos o plano da validade dos negócios jurídicos, vimos que a declaração de vontade, que está no plano da existência, recebe os adjetivos se é uma declaração de vontade LIVRE e de BOA-FÉ. Então, é porque eu estou protegendo a liberdade e a boa-fé. Quando falamos de vícios de consentimento, são aqueles vícios que comprometem a liberdade (ex.: coação, dolo) e existem as situações em que temos precipuamente um comprometimento da boa-fé, que é o acontece na fraude contra credores, na simulação. O legislador no CC-02 seguiu uma linha de dar tanta relevância à boa fé tanto que nós temos um vício social que o legislador alçou ao patamar de nulidade absoluta que é a SIMULAÇÃO. Então, o CC-02 tao preocupado com a boa-fé colocou a simulação como nulidade. Ainda temos no CC-02 situação de vício social, ou seja, esse que atinge a boa-fé, que segue capitulada como situação de anulabilidade, que é a situação da fraude contra credores.

Provimento é decisão judicial, e que, processualmente falando, na nulidade absoluta, a decisão é de caráter eminentemente declaratório. Mas, na nulidade relativa/anulabilidade, essa decisão tem caráter constitutivo ou constitutivo negativo. Isso porque se o juiz não pronunciar, não reconhecer aquela invalidade, aquilo vai convalescer com o tempo, aquilo é inclusive suscetível de ratificação, o que não acontece na nulidade absoluta. É preciso de uma decisão judicial para reconhecer aquela anulabilidade e, processualmente falando, o constitutivo tem efeitos dali pra frente. Já no plano material, o efeito é ex tunc, porque assim impõe o art. 182. Observe que é recorrente a afirmação de que **a nulidade absoluta é ex tunc (declaratório) e anulabilidade é ex nunc (constitutivo)**. Essa afirmação merece um asterisco gigante, porque essa diferença EXISTE NO PLANO PROCESSUAL. No plano material, o reconhecimento das duas espécies de invalidade tem a mesma consequência, que é uma consequência retroativa de reestabelecimento do status quo. No plano material, ambos são ex tunc.

O que interessa é plano material. Então, muito embora processualmente aquela decisão tenha um caráter, o que interessa é o que vai acontecer na prática. E o que vai acontecer é o que o 182 está falando = reestabelecer status quo. Pense numa situação de coação

Comentado [RS2]: NO PLANO PROCESSUAL

grave, fazer um idoso assinar a força; se você mantivesse os efeitos pretéritos seria uma injustiça.

23/09

Casuística. A casuística que diz respeito à parte geral do Código, que é aplicada à generalidade dos negócios jurídicos.

Estudo do erro ou ignorância. Já falou-se que quando se estuda sobre a validade dos negócios jurídicos, e em específico no que diz respeito à declaração de vontade, importa para nós verificarmos se a declaração de vontade foi uma declaração de vontade livre e de boa-fé. E quando se fala de vício na vontade, vício na declaração de vontade, a doutrina usualmente distingue em VÍCIO DE CONSENTIMENTO (aquele que compromete a liberdade; então, meu consentimento, minha emissão de vontade foi viciada na medida em que aquilo que foi declarado, que foi externalizado, não corresponde à vontade íntima do agente) e VÍCIO SOCIAL (aquele que muito embora não tenha um dissenso entre a vontade e o que foi declarado, ele compromete a boa-fé, ele gera prejuízos à terceiros). Recapitulou-se isso porque quando se fala de erro ou ignorância estamos em um campo de VÍCIO DE CONSENTIMENTO, não é propriamente um vício social. Um vício de consentimento porque há uma mácula entre o que é a vontade e aquilo que foi declarado. E essa mácula é de que natureza? Há uma falsidade de compreensão da realidade. A compreensão da realidade foi um compreensão errada, equivocada, e, por isso, eu emiti aquela declaração de vontade. Inclusive é possível encontrar um preciosismo técnico que distingue ERRO de IGNORÂNCIA. Erro é quando o sujeito acredita que algo é de um jeito, quando de fato ela é de outro. Então, há uma distorção. Ao passo que a IGNORÂNCIA é o vazio, é o desconhecimento, é o não saber. Só que essa distinção muito embora seja possível de ser feita tanto na perspectiva semântica quanto na técnica, juridicamente para nós não tem relevância, pois o código civil trata como sinônimos ERRO e IGNORÂNCIA. Tanto que a sessão aqui, art. 138, é denominada “Do Erro ou Ignorância”. E é a mesma coisa porque, muitas vezes, erro e ignorância são facetas da mesma moeda. Então, p. ex., X dá para Y a quitação de um serviço que Y se prestou a realizar porque acreditou que tivesse concluído o trabalho – então, X tinha uma compreensão errada da realidade –, mas podia encarar isso como DESCONHECIA que Y não tinha terminado o trabalho. Então, é possível falar de erro ou ignorância dependendo da situação. Por isso que a gente não precisa de se preocupar com essa diferença entre Erro e Ignorância que muitas vezes não é percebida.

Esse ERRO, para que possamos tratar como compreensão falsa da realidade suficiente para o negócio jurídico ser invalidade, e aqui a invalidade é do tipo chamado anulabilidade, PRECISA O CHAMADO “ERRO SUBSTANCIAL”. E aí o art. 139 do CC coloca que.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

- ou seja, estou falando de erro sobre a natureza do NJ. Então, eu fiz um NJ e, pelas circunstâncias desse negócio, incorri em erro e celebrei esse negócio acreditando era um negócio oneroso, que iria receber alguma coisa em troca, mas na verdade foi uma doação.

Então, o erro foi sobre a natureza do negócio – foi uma permuta, uma compra e venda?
Não, foi uma doação.

- ou então, um erro que diz respeito ao objeto físico do negócio. Então, X foi em uma agência de carros e ligou falando que quer aquele carro prata. Só que X acha que o carro Honda Civic era prata, mas não era, ele era chumbo. E X comprou um celta achando que estava comprando um Honda Civic. Um erro sobre o objeto.

- e ainda existe um erro que toca o objeto, porém é em uma perspectiva quantitativa. Essa quantitativa é, p. ex., quando um sujeito compra um apartamento acreditando que ele tem 200 metros quadrados, mas na verdade 100 metros quadrados.

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

- então, eu vou fazer uma doação porque eu acredito que X é meu filho biológico. Não fiz exame biológico, nem nada.

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

E, observe que, quando estamos falando de erro, para ter essa característica de ser um erro substancial, e nesses exemplos dados justamente com base no que o legislador considera como erro substancial, ele toca um tema que já estudamos, que vimos no plano da existência, que são os ELEMENTOS ESSENCIAIS DO NEGÓCIO. Então, quando falamos de um erro sobre a natureza do negócio jurídico, isto está comprometendo um elemento essencial do negócio jurídico, porque um elemento essencial de um negócio oneroso é a prestação, ao passo que um elemento essencial de um negócio gratuito é a liberalidade, então, eu tive um erro aqui, compreendi como contraprestação algo que era liberalidade. Idem o objeto; sabemos que o objeto é um elemento essencial do negócio. Idem agente, sujeitos envolvidos. O erro substancial é aquele que recai sobre um elemento essencial do negócio. Então, elemento essencial no plano da existência, e eu tenho uma compreensão equivocada, falsa, errônea sobre esse elemento essencial e aí isso repercute no plano da validade, porque configura-se um erro sobre um elemento essencial. E esse erro é chamado de ERRO SUBSTANCIAL na perspectiva de ser algo muito importante.

Só um erro sobre um elemento essencial que pode levar à invalidade do negócio jurídico? Não. Já vimos isso aqui. Art. 140. “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. Eu posso, por uma manifestação de vontade, elevar um elemento acidental à importância que geralmente só gozam os elementos essenciais. E aí como esse elemento acidental nesse caso concreto foi colocado como determinante para a celebração do negócio jurídico, se há um erro em relação a ele, esse erro é chamado de erro substancial. Ex: X quer comprar um relógio Rolex. É elemento essencial da compra e venda de relógio que o relógio seja da marca rolex? Não. O comprador X pegou algo que era acidental e colocou como algo que é importante no negócio. A partir do momento em que houve o erro em relação a essa característica, X achou que era um relógio Rolex original e não era, então, esse erro é um erro substancial. Porque nesse caso concreto, essa característica, embora acidental, é uma característica muito importante, é uma característica relevante.

Então, você vai me vender uma caneta. E eu só estou comprando uma caneta só porque ela era do Michael Jackson. Neste caso específico, uma característica que era geralmente acidental foi elevada a um patamar de essencialidade. Então, quando eu tenho um erro sobre um elemento que muito embora acidental foi colocado como DETERMINANTE para a celebração daquele negócio, eu só realizei o negócio por causa daquilo, mesmo o negócio existindo independente daquilo; naquele caso concreto consiste no que me levou a realizar o negócio. Então, isso também é um erro substancial.

Acidental é aquele elemento que, na generalidade das situações, a falta dele não comprometeria a existência do negócio. Então, p. ex., celebrar um contrato de compra e venda de uma caneta; a caneta precisa de ser do Michael Jackson para se celebrar contrato de contrato de compra e venda; nesse caso, esse elemento foi colocado e por isso era importante para a celebração do negócio. Por outro lado, aquilo pode ter sido posto naquele contrato, mas não com caráter determinante. E por isso que o art. 140 fala que o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. Já conversamos sobre o art. 140 quando falamos do art. 166, III. O último é nulidade, enquanto o art. 140 é anulabilidade. A dificuldade é que ambos usam a mesma palavra, “motivo” que nós estamos aqui como VONTADE. O art. 166, III fala de motivo ilícito. O art. 140 fala de falso motivo = erro = compreensão errônea da realidade = aquilo que não condiz com a realidade daquele sujeito que levou a si mesmo àquela circunstância. Motivo falso também determinante – comprei caneta só porque ela era do MJ.

O motivo ilícito é aquele que foi determinante para o contrato. Comum a ambas as partes. Art. 140 – tem que saber sabido.

A ESCUSABILIDADE. Muito se diz e se diz sobretudo na vigência do CC de 16, que além do erro ter que ser um erro substancial, ou seja quanto a um elemento essencial ou quanto a um elemento acidental que foi trazido como determinante, ele também teria que ser um erro escusável. Muito se falou disso, sobretudo na vigência do CC-16. Escusável é o erro desculpável. Um erro que um pessoa de inteligência normal, o homem médio, cometeria. Então, o homem médio que chega no quarto de objetos do MJ e encontra uma caneta, é escusável, é desculpável ele acreditar que aquela caneta é do MJ. Então, construiu-se o entendimento de que esse erro precisaria também ser um erro escusável, ou seja, que fosse um erro que as pessoas pudessem normalmente cometer.

Evoluiu-se no sentido de admitir até mesmo as categorias do homem médio. P. ex., estou comprando um imóvel e esse imóvel tem defeitos que qualquer engenheiro civil identificaria. Um homem médio que não tem um conhecimento técnico não reconheceria. Então, essa escusabilidade passou a ser tratada inclusive tendo em vista o homem médio com aquele conhecimento específico. E passou-se, também, a discutir sobre diligência, diligência normal. Então, se você tivesse adotado uma diligência normal teria adotado medidas para checar. Ex.: você comprou um carro que está marcando ter rodado 200 km, porém, analisando pneus e outros caracteres do carro, você percebe que ele não andou apenas essa distância. Nessas circunstâncias, se o comprador tivesse adotado uma diligência normal, teria visto que aquele carro rodou mais que o marcado. Você não olhou o mínimo, comeu mosca.

E isso foi uma doutrina que se construiu muito forte no CC de 1916, embora esse código não falasse expressamente que o erro além de substancial deveria ser escusável, mas se construiu essa doutrina.

A despeito dessa construção doutrinária, na segunda metade do século XX, Pontes de Miranda já dizia que a escusabilidade não era requisito para caracterização do erro. Poderia ter uma situação de erro e reconhecer uma invalidade mesmo se aquele erro não fosse um erro escusável, fosse um chamado erro grosseiro. Mas isso até aquele momento da vigência do CC de 16 era uma voz isolada.

Voltando ao exemplo do odômetro, a pessoa X que compra o carro que, em tese, rodou 200 km apenas, é dona de uma loja de carros seminovos, então é habituada com carros. Então, para essa pessoa, pessoa média vendedora de carros, seria possível identificar que o odômetro foi adulterado. Só que quem vendeu esse carro para X é alguém com quem esse tem uma relação de confiança, alguém que tem relacionamento com X, de modo que X confiou em Y, estava de boa-fé subjetiva em um contexto de boa-fé objetiva. Não vê a adulteração do odometro. Pois bem, o erro para X não era escusável, pois tinha condições de reconhecer, mas e a boa-fé, e a confiança? → E aí é nessa perspectiva que os doutrinadores são praticamente assentes na vigência do CC-02 que o novo código não exige a escusabilidade para a caracterização do erro; não é exigido no novo CC que o erro seja escusável. O CC-02 cria um contexto muito maior de tutelar a confiança, de tutelar a boa-fé.

Peço um pintor para pintar quatro paredes de uma sala, encontro com ele no fim do dia do lado de fora da sala e quito o serviço. Só que ele havia pintado apenas 2 paredes. Mas eu confiei que ele havia concluído o serviço. Numa situação como essa, a despeito do meu erro não ser escusável, pois não adotei a atitude normal de vir e conferir o serviço, não adotei a diligencia normal de vir e conferir o serviço. Preciso de tutelar essa boa-fé, essa confiança. Não é razoável ele pensar que eu mudei a obrigação agora e me contentei apenas com duas paredes pintadas.

Outra hipótese de erro é o ERRO DE DIREITO, porque todos os erros mencionados anteriormente são erros sobre o substrato fático de uma relação. E tradicionalmente se disse que um erro, no que toca a uma compreensão equivocada do direito, isso não é erro na medida em que ninguém poderia escusar o conhecimento da lei. Só que o CC-02 inova nesse entendimento ao disciplinar uma hipótese e admitir o erro sobre uma situação de direito, que é o que está no art. 139, III. “III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”. Então, porque eu achava que a lei previa alguma coisa e na verdade ela previa outra, mas foi por aquela razão que eu realizei o negócio. A minha compreensão errônea sobre o ordenamento jurídico. E eu não posso, com o reconhecimento desse erro, dar um ensejo ao descumprimento da lei.

TRANSMISSÃO ERRÔNEA DE VONTADE. Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta. Isso fala da REPRESENTAÇÃO. Quando estudamos representação, vimos que há um certo descolamento entre aquele que está se obrigando, que seria verdadeiramente o titular da vontade, e aquele que foi lá e emitiu a vontade. E aí se acontece um erro em uma situação como essa, a anulação se dá nas mesmas circunstâncias em que se dá o erro

quando o emitente é exatamente o dono da vontade. Sendo uma situação de transmissão errônea de vontade, o procurador que transmitiu essa vontade de maneira errônea, falsa, mesmo assim eu protejo, eu tutelo essa situação e permito o reconhecimento da invalidade. Não faz sentido não fazer isso, pois iria fragilizar o instituto da procuração. Por isso o art. 141 é muito claro em relação a isso.

Aula dia 28/09

O primeiro ponto a se falar é a possibilidade do negócio jurídico subsistir mesmo quando existe erro. E isso se dá naquela situação em que o outro negociante, a outra parte do NJ se predispõe a cumprir o negócio de acordo com a real vontade daquele que incorreu em erro. Ex.: estamos diante de um erro que diz respeito ao objeto do NJ. O sujeito acreditando que estava adquirindo o objeto A, adquiriu o objeto B. Se o outro negociante se dispõe a entregar aquela coisa que a vítima do erro acreditava ser o objeto do negócio, na verdade nós vamos emitir na medida em que aquela vontade que foi a vontade real passará a ser também a vontade norteadora do negócio. Então, a gente tem o Art. 144. → O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante. Houve um erro na celebração do negócio jurídico, mas ele acabou afastado, uma vez que foi corrigido. Por isso o legislador fala que o erro, aquele vício que existia no momento da celebração, ele não é suficiente para invalidar o negócio jurídico, justamente porque ele não vai subsistir mais, ele foi conformado, foi emitido com a observância da vontade real.

Vícios redibitórios. Vimos que o erro pode se referir à coisa propriamente dita, à qualidade do objeto jurídico, mas também pode se referir à quantidade, e o art. 143 tem uma previsão específica sobre erro de cálculo naquela situação em que há o que é comum dizermos que um mero erro material, p. ex., quando fui fazer a soma do preço de produtos adquiridos pelo sujeito X e, ao invés de somar 100 reais, somei 10 reais; um erro meramente material, evidentemente um erro de cálculo. Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade. Observe que quando eu estou diante de um erro de cálculo, a hipótese não é de invalidade do negócio jurídico, a hipótese é de manutenção do NJ e de corrigir o erro.

Observem que estamos falando de erro na medida em que eu tenho algo dissonante da realidade. Invariavelmente isso é erro no sentido lato da palavra erro.

Agora como que se faz o cotejo com os chamados “vícios redibitórios”? Vício redibitório é um defeito oculto que existe no objeto do negócio e que se manifesta por ocasião da execução desse negócio; quando a pessoa já está de posse do objeto do negócio e percebe que existe um vício oculto que é o chamado vício redibitório, que se manifestou só naquele momento. O art. 441 fala que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enfeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Contrato comutativo = contrato oneroso. Ex.: comprou um carro, não percebeu que tinha um defeito no motor e esse vício se mostrou apenas no uso da coisa.

O vício redibitório permite que a pessoa que a adquiriu a coisa com o vício a rejeite e desfaça o negócio OU requeira um abatimento do preço. Aí existem as especificidades e

prazos, mas o que interessa é que alguns doutrinadores se referem ao vício redibitório como sendo uma espécie típica de erro, no sentido de que é um tipo de erro tipificado pelo legislador para uma situação específica. Qual situação específica? A situação de manifestar um vício oculto da coisa que já acometia quando do negócio jurídico. No sentido de que eu adquiri determinado bem e acreditava que ele tinha certas características, mas ele não tinha essas características, ou seja, ele é imprestável para aquele fim ou o seu valor resta significativamente diminuído. E numa situação como essa eu estou diante de um erro, e, então, a ordem jurídica me faculta a invalidação desse negócio.

Observem que quando falamos especificamente de vício redibitório, a solução do legislador não é apenas a anulabilidade, o que acontece no erro gênero, mas também o requerimento de um abatimento no preço.

Há quem diga, no entanto, que vício redibitório não se confunde com erro. Ele não seria uma espécie de erro, na medida em que o erro tem um viés psíquico, ou seja, é o agente que no seu subjetivo criou uma realidade que é dissonante da realidade, criou uma concepção da realidade que é dissonante do real, e acabo criando aquele erro. Ao passo que o vício redibitório não teria esse aspecto subjetivo, psicológico do agente, mas sim objetivamente com a coisa. Então, quando eu compro um carro e nele existe um vício redibitório, a minha vontade, no que toca a aquisição do carro, não estaria viciada, pois queria comprar aquele carro mesmo, porém a coisa em si que tinha um defeito. Posição da professora – quando falamos de erro, art. 138 e seguintes, e quando falamos de vício redibitório, estamos falando de figuras muito próximas, e existem situações que ficamos em uma zona que é complicado discernir se é erro ou vício redibitório.

Quando verificamos pelo prisma da solução do legislador, o problema fica menor porque a consequência do erro é a invalidade e a consequência do vício redibitório também é a invalidade + possibilidade de abatimento no preço. O que não quer dizer que essa opção de abatimento do preço não possa ser pretendida numa situação clássica de erro, pois já vimos que na situação de clássica de erro, admite-se o CONVALESCIMENTO. ART. 144. Se a outra parte se dispõe a cumprir o negócio de acordo com a vontade real, e se ele se dispõe a fazê-lo, cabe aqui a situação de abatimento do preço.

O que é mais problemático nesse discernimento entre erro e vício redibitório é o que diz respeito ao prazo para se pretender o reconhecimento do vício. Nós vimos que o prazo é DECADENCIAL, e já se sabe que esse prazo é de 4 anos (previsto no art. 178 CC), prazo de quatro anos contados, no caso de erro, do dia em que se realizou o NJ. Porém, se estiver diante de um vício redibitório, os prazos são diferentes, art. 445 e 446. Redibição = desfazimento do negócio.

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

Não vamos aprofundar em vício redibitório. Isso é para fazer um alerta.

No que diz respeito aos vícios redibitórios, esses prazos mencionados são prazos da lei civil, ou seja, aplicável às relações civis nas quais se presume isonomia entre os envolvidos. Porque no Código de Defesa do Consumidor, os prazos são diferentes. Art. 26 e art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. (Segue abaixo).

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Figura vizinha do erro. DOLO. O dolo se trata de um erro que foi provocado por outrem, ao passo que o erro em si, propriamente dito como vício do NJ, tem como foco a condição daquele emitente da declaração de vontade, ou seja, é como se o sujeito tivesse incorrido em erro sozinho, ninguém o induziu. Agora quando temos uma situação em que existe erro e existe alguém induzindo aquele erro, nós temos a ocorrência do dolo que acaba abrangendo o erro e suplantando o erro como figura de vício de consentimento. Então o erro está contido no dolo, porque alguém induziu outrem em erro para a celebração do negócio jurídico. E como funciona essa situação de induzir alguém em erro? Essa indução tem que se dar de modo intencional, e a palavra a qual os doutrinadores comumente se referem para falar em dolo é “ardil”; o sujeito age de modo ardiloso, malicioso, intencional. Esse dolo é DIFERENTE da fraude que tem que haver com a

sociedade, com a boa-fé, envolve terceiros. Ao passo que aqui a comuta dolosa atinge diretamente o outro negociante e faz com o outro negociante incorra em erro.

Outro ponto importante é que no dolo a ação é realizada com o objetivo de prejudicar a outra pessoa que vai incorrer em erro, e, por óbvio, obter uma vontade. Resultado que não aconteceria se não tivesse dolo. Há que se lembrar que quando falamos em erro num contexto de invalidade do NJ estamos falamos de um erro substancial. Ou seja, um erro que sem ele o negócio não aconteceria. Então, quando falamos em dolo, faz sentido termos a mesma percepção. O dolo é aquela conduta artilosa que leva outrem a erro, um erro substancial, um erro sem o qual o NJ não aconteceria ou não aconteceria naquele formato.

A despeito da intenção de prejudicar, não é exigido que, no caso concreto, o prejuízo aconteça. Porque na verdade prejuízo em si já tem, que é o prejuízo da liberdade. Ainda que ele não tenha verificado outro tipo de prejuízo, um prejuízo concreto, o prejuízo à liberdade já se verificou.

ERRO – sempre por parte da vítima, aquele que será beneficiado pela invalidação do negócio. Pleiteia a invalidação, porque será beneficiada.

DOLO – por parte do agente, que é beneficiário do vício; que foi induzido em uma conduta dolosa que vai pretender o reconhecimento do dolo.

Dolo bônus e dolo malus

O dolo que é esse figura vício de consentimento é aquele, o dolo malus, que tem a intenção de prejudicar e que é efetivamente leva alguém ao erro. Ao passo que esse dolo bônus é o que a doutrina diz sobre aquele s exageros que às vezes se faz na prática negócio exatamente para viabilizar o negócio; tipo de coisa exagerada que não chegar a transpor a barreira da boa-fé. A partir do momento em que se tem um prejuízo em relação à boa-fé, aí esse dolo que poderia ser um dolo bônus é um dolo malus. Quando se coloca a boa-fé objetiva como guia da distinção, se está falando de tempo, de espaço, de comportamento; aquilo que numa dada situação concreta, numa dada realidade é tido como razoável, como admissível para determinada relação. Não se pode ultrapassar essa barreira.

Inclusive, o Código de Consumidor é muito rigoroso com essa situação quando ele reprime a chamada “propaganda enganosa”, que consiste justamente naquela conduta para induzir alguém em erro, para que aquela pessoa acredite que o bem, o serviço tem características tais que, de fato, não existem. Art. 37 do CDC. → Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. → o QUE INTERESSA PRA GENTE.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de

induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Há doutrinadores que dizem que o CDC reprime inclusive esse dolo bônus quando fala de propaganda enganosa. A professora não acredita nisso justamente porque o dolo bônus tem a característica de não romper a barreira da boa-fé objetiva.

A vantagem é que o CDC traz um rol exemplificativo maior que o CC não tem.

DOLO ESSENCIAL X DOLO ACIDENTAL. Nós conversamos que o ERRO tinha que ser SUBSTANCIAL, e para que isso ocorresse, o erro tinha que atingir um elemento ESSENCIAL do NJ ou um elemento ACIDENTAL QUE FOSSE ALÇADO A UM PATAMAR DE DETERMINANTE PARA AQUELE NEGÓCIO. É nessa mesma perspectiva que se distingue dolo essencial de dolo accidental. O dolo essencial é esse dolo que vai convergir para a invalidade do NJ, ou seja, é um dolo que gera um erro substancial. E aí se o dolo gerou um erro substancial, o resultado é anulação. Agora, se o dolo gerou um erro apenas accidental, aquele erro accidental que não foi determinante, aí a consequência jurídica não será a invalidade, mas a manutenção do negócio jurídico e uma reparação do prejuízo. Então, a consequência jurídica invalidade só acontece quando o dolo gera um erro substancial. Se for um mero erro accidental, não invalidação do negócio como um todo. Ressarcimento aqui é necessário que tenha um prejuízo concreto. Sem prejuízo gera enriquecimento sem causa.

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa. → Ou seja, aquele negócio jurídico só aconteceu porque teve um dolo, porque esse dolo é um dolo essencial e gerou um erro substancial, que é, por sua vez, aquele que é essencial para a celebração do negócio. 9

Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos (ou seja, não implica invalidade do negócio), e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

O dolo pode se dar mediante uma conduta ATIVA e mediante uma conduta OMISSIVA. E aí esse omissivo traz uma figura que é o SILÊNCIO. Vimos que o silencio por vezes não tem valor jurídico, mas por outras tem e acaba equivalendo a uma manifestação de vontade. E aqui, numa situação em que o sujeito deveria agir, deveria informar e ele não o faz, esse silencio tem a conotação de dolo. E observar que tem o DEVER DE INFORMAR; dever de informar é um dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva tem a função interpretativa, integrativa, de gerar obrigações, deveres conexos num negócio jurídico ainda que não estejam expressamente previstas, e uma dessas obrigações é a obrigação de informar. Então, se eu estou te vendendo um carro e esse carro já teve um defeito sério no motor – então a pessoa tem o dever de informar acerca desse defeito sério. Aí vem o art. 147.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional (porque estamos falando de dolo) de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado

(IGNORÂNCIA = ERRO), constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado. → Então, se tivesse informado pro sujeito que aquele carro teve problema no motor, a pessoa não tinha comprado. Um silêncio, dolo negativo que é suficiente para a caracterização do dolo como vício de consentimento.

Voltando a estrutura, essa estrutura merece alguns acréscimos. Acréscimo do representante. Já sabemos que quando há uma situação de representação, quem verdadeiramente se obriga é o representado. Então, é como se ainda fosse mantida a estrutura original (tenho o vendedor e o comprador, ainda que o comprador esteja representado). Porém, não podemos ignorar que na representação existe uma dissociação entre a vontade que foi a vontade que se obrigou naquele NJ e aquele sujeito que manifestou a vontade, aquele que declarou à vontade. E diante dessa particularidade da representação, voltando os olhos para o dolo, o dolo diz respeito a uma conduta intencional e isso acontece em sede de manifestação de vontade. Então, pode ser que quem tenha agido dolosamente tenha sido o representante. Volto ao exemplo do carro – x constituiu o marido como representante; e o marido, quando chega alguém para comprar, omite dolosamente que o carro já havia sofrido uma batida e estava com sérios problemas; bom, quem agiu com dolo foi o representante; a situação fica 1. Sempre pensar que se teve um dolo, dolo no contexto de vício de consentimento, então é porque teve erro também, aquele que errou foi vítima de uma situação. 2. Além disso discernir entre o REPRESENTANTE LEGAL E O REPRESENTANTE CONVENCIONAL. LEGAL = aquele que a lei impõe, ex.: menor, curatelado. E o CONVENCIONAL = aquele foi escolhido pela vontade. Quando o representante foi escolhido pela vontade, o representado é RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA PELO VÍCIO. O NJ será invalidado e o representado será responsabilizado solidariamente. Solidariedade é quando existem vários coobrigados e o credor pode escolher de quem ele vai cobrar, e ele pode cobrar de um só tudo. Solidariedade facilita a vida do credor.

E na situação em que existe o dolo que foi praticado pelo representante convencional, o negócio jurídico será invalidado e a recomposição do status quo, uma recomposição de eventuais prejuízos, existem condições de acionar revendedor e representante.

Quando falamos do representante legal, também é possível que o representado responda pelos resultados daquela ação dolosa, mas ele responderá na medida dos benefícios que tenha auferido com aquela situação.

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

Se a representação ultrapassa as prerrogativas do representante, não cabe ao representado arcar com as consequências daquele erro, mas que o negócio será invalidado, ele vai.

Aula dia 30/09

Dolo. Vimos que no dolo, necessariamente, temos a conduta de um agente que é uma conduta ardilosa, intencional, que leva ao erro; por isso, a estrutura do dolo abrange necessariamente o erro. E falou-se que é frequente que o agente que praticou a conduta

dolosa esteja envolvido na relação jurídico-material fulminada pelo vício. E esse envolvimento pode se dar até por meio da figura da representação.

A ordem jurídica admite que reconheçamos um dolo mesmo quando aquele que praticou a conduta é o que se chama juridicamente de TERCEIRO – aquele que não tem nenhum interesse jurídico no negócio, que não tem envolvimento com as partes. Porém, a despeito desse não envolvimento, se a sua conduta foi dolosa, pode vir o reconhecimento desse dolo para invalidade do negócio jurídico. Art. 148 do CC.

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Então, foi um terceiro que agiu de modo doloso, e, por óbvio, se estou falando de dolo estou falando de uma conduta que conduziu uma parte a um erro substancial, e mesmo que esse que praticou o dolo seja um terceiro, haverá invalidação do negócio jurídico se o beneficiado da situação sabia da conduta dolosa do terceiro ou deveria saber dessa conduta.

Agora, se o beneficiado do vício não tinha condições de saber desse dolo do terceiro, nesse caso, o NJ irá subsistir. Só que o legislador trouxe uma regra que é a de que o terceiro irá responder por todas as perdas e danos da parte que ele ludibriou. Desnecessário porque isso é consectário da responsabilidade civil, que é prevista em outra parte do código que coloca que sempre tem o dever de indenizar quando a gente configura aquele cenário DANO + CONDUTA ILÍCITA + NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O DANO = RESPONSABILIZAÇÃO (que é o dever de indenizar). Essa é a fórmula da responsabilidade civil que se aplica tanto para a situação em que a responsabilidade decorre de uma relação contratual quanto quando esse deve decorre de uma situação em que não há entre os envolvidos vínculo contratual (responsabilidade aquiniana). Já se cai nessa fórmula.

Compensação de dolo. Compensar é tratar um pelo outro, de modo que fique no zero a zero. E a compensação do dolo é no sentido de que, se uma parte agiu com dolo e outra também agiu com dolo, a compensação no zero a zero no sentido de que nenhuma das partes pode suscitar o vício. Porque suscitar o vício, buscar um reconhecimento do vício, e, por conseguinte, a anulação do NJ, é portar-se como vítima e buscar se beneficiar da invalidade. A partir do momento em que ambas as partes agem dolosamente, o sistema jurídica coloca que não irá socorrer a posição jurídica de ninguém; vai permanecer. E o fundamento dessa previsão legal é aquele brocado velho e já muito conhecido, de que ninguém pode se valer da própria torpeza. E aí o art. 150 prevê.

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Bom, a despeito da previsão legal ser clara quando fala de compensação, ou seja, que dois dolos se compensam de modo que ninguém pode discutir e exigir nada, há doutrinadores e julgados que passam a perquirir sobre a qual tipo de dolo está se referindo aqui. Uma primeira posição é a posição que decorre do texto legal. → O legislador não

está distinguindo espécies de dolo, então, nessa ordem de ideias, se estou diante de um dolo essencial e a outra praticou dolo acidental, haveria compensação etc.

Porém, há doutrinadores e julgados que analisam no caso concreto e afastam essa compensação, ou seja, permitem que mesmo que aquele que praticou o dolo suscite a invalidade do NJ em razão do dolo praticado pelo outro. E aí isso seria possível porque se estabeleceria uma gradação entre os dolos. E o que praticou um dolo mais brando teria condições de reclamar uma indenização, de reclamar a invalidade do NJ. Se pensarmos em tese, uma situação de dolo essencial é mais grave que uma situação de dolo acidental. Pode até ser que estejamos diante de dolos da mesma espécie, e um não gerou prejuízo no caso concreto enquanto o outro gerou prejuízos concretos.

Então, quando se fala de compensação do dolo, vislumbram-se duas posições. A primeira posição daqueles que defendem que a compensação sempre acontecerá, independentemente da espécie do dolo. E a segunda posição é daqueles que admitem a possibilidade de ver no caso concreto uma certa gradação e permitir a arguição da invalidade por aquele que praticou um dolo mais brando.

Dolo prejudica apenas os envolvidos.

COAÇÃO.

Até agora, vimos dois defeitos dos NJS e é possível discernir um certo grau entre o erro e o dolo. ERRO = o sujeito, sozinho, acabou incorrendo em uma concepção falsa da realidade. DOLO = a situação fica mais séria, pois há uma conduta intencional de alguém que gerou um vício de vontade; uma conduta artilosa de modo a levar o outro ao erro.

Na coação, sobe mais um degrau nessa afronta à liberdade. Essa afronta é ainda mais flagrante, ostensiva. Na coação, a conduta do coator é uma conduta de intimidação. Não há indução ao erro; a pessoa que está sendo coagida sabe que está sendo coagida. O coagido sabe qual é a realidade e emite uma vontade diferente. INTIMIDAR.

Coação física (vis absoluta) e coação moral (vis compulsiva). O ex. comum de coação física é você ir lá e forçar a pessoa a assinar um instrumento. O próprio direito civil já que não se está no plano da validade, mas sim da EXISTENCIA, porque numa situação como essa não há vontade; o agente não emitiu vontade nenhuma. Quando o sujeito é fisicamente forçado, o sujeito não emite vontade. Tecnicamente, o NJ não existe.

Já na coação moral não há um contato físico; o sujeito ameaça e o outro emite uma vontade sabidamente dissonante do que você gostaria. Essa intimidação pode ser de dano físico ou moral. Uma vontade é exercida, porém está viciada por uma coação moral. Então, quando se fala de vontade no plano do direito civil, tenho que verificar se, independentemente de ter a liberdade gravemente comprometida, a vontade saiu do agente. Ao passo que na coação física não tem resistência.

Quando falamos de coação como vício de consentimento, a coação da qual falamos é a COAÇÃO MORAL. Porque a coação física não é defeito do NJ, nesse caso não existe NJ.

Que intimidação essa que caracteriza a coação? Uma ameaça séria.

Aqui, para verificar gravidade, seriedade da ameaça, não terá em conta o famoso homem médio, mas a situação concreta, os sujeitos efetivamente envolvidas. E é por isso que o legislador falar no art. 152 o seguinte:

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela. → Para avaliar a seriedade da coação.

Além de ser uma ameaça grave, séria, essa ameaça precisa de ser uma ameaça atual, eminente. Por óbvio, também, tem que existir nexo de causalidade entre o que foi ameaçado e a sua declaração de vontade. Se não tivesse relação nenhuma entre uma coisa e outra, não há que se falar que foi influenciada pela ameaça.

Outro ponto muito importante é que se estamos falando de ameaça, é preciso trata de algo injusto, de algo ilícito. Porque se x chega pra y e fala que vai processar x se ela não pagar, isso não é coação, porque se y tem um crédito e não paga, é exercido regular do direito demandá-la judicialmente. Porém, uma coisa é exercício regular e para tal é necessário: 1. Direito; 2. Esse exercício tem que ser tal que se desempenhe na medida do necessário para defender aquele direito, e, por isso, regular (necessário, suficiente para atingir aquele direito). Porque o oposto é o exercício abusivo; em uma situação de abuso de direito, há direito, só que ele é exercido de modo abusivo e isso é ilícito. E a baliza que distingue o regular do abusivo é a BOA-FÉ.

ABUSO DE DIREITO – COAÇÃO.

Outra situação que, por si, não gera coação é o que se chama de TEMOR REVERENCIAL. Esse consiste no receio/temor que se nutre por uma autoridade, por alguém que você enxerga como autoridade, que você reverencia, e essa autoridade pode ser uma autoridade de cunho social ou pode ser uma autoridade de caráter hierárquico, organizacional. Essa autoridade não se presta a configurar coação porque enquanto que no erro eu incorri em erro sozinho, no dolo e na coação eu preciso que alguém aja intencionalmente prejudicando a minha liberdade. Se um chefe pede determinada coisa do seu subordinado, existiu uma conduta do primeiro com o intuito de prejudicar a liberdade do segundo? Não. Simplesmente pede e essa pessoa faz; não teve um agir dessa autoridade direcionado a influir na liberdade do outro; foi esse outro que sozinho ficou com receio, medo. E aí um cenário como esse, o indivíduo foi vítima de si mesmo.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito (MAS ABUSO DE DIREITO É), nem o simples temor reverencial (TEMOR REVERENCIAL POR SI).

Temor reverencial é diferente numa situação em que o chefe fala com o subordinado “faça X, caso contrário irei demití-lo” – essa já configura uma coação.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor (COISA GRAVE) de dano iminente (Por isso atual) e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

E aí uma novidade do CC-02 é que ele alarga mais esse espectro da coação; permite que se trate como coação mesmo quando aquele que vai ser atingido pela ameaça não é

da família, como um amigo ou alguém com o qual você tem uma gratidão. E aí vem o parágrafo único:

Art. 151. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

A coação tal qual o dolo pode ser praticada por um terceiro, ou seja, por uma pessoa que não tem nenhum envolvimento naquela relação jurídica material. Então, a estrutura é semelhante e está no art. 154.

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

Solidariedade é excepcional na ordem jurídica, pois, em regra, só se responde na medida das suas condutas. Aqui o legislador entendeu que era momento de fortalecer a vítima porque se está diante de um vício sério que é a liberdade. Ao passo que no DOLO NÃO EXISTE A SOLIDARIEDADE, o que não quer dizer aquele que se beneficiou sabia disso ou devesse saber não possa ser responsabilizado. No dolo, não é só o terceiro que vai pagar a conta. Pode ser que o que se beneficiou tenha que pagar a conta, mas o fará na medida de sua conduta. Tanto no dolo como na coação é possível cobrar do terceiro e daquele que se beneficiou, porém na medida de sua conduta, mas na COAÇÃO tem um plus. → Como é algo mais grave, a ordem jurídica permite a solidariedade, que é algo excepcional.

LESÃO.

A lesão é um vício de consentimento que não tinha previsão no CC-16, e isso é compreensível porque o CC-16 tinha olhos voltados para um direito civil em que se estava muito apegado ao contrato puro e simples (pacto sunt servanda), ao passo que hoje, na concepção que temos de direito civil, privilegia-se significativamente a boa-fé, a igualdade substancial. Então, quando se passa a ter em conta boa-fé, igualdade substancial, não se pode ter em conta a vontade pura e simples. E aí que tem vez a lesão porque a lesão diz respeito a contratos onerosos, e num contrato oneroso, existe uma prestação e uma contraprestação e elas têm uma certa equivalência. Há uma correspondência entre a prestação e contraprestação; pode ter uma certa diferença, mas é algo dentro do razoável. A oportunidade está dentro de um parâmetro da boa-fé, pois não chega a desnaturar esse negócio jurídico, ele segue como um negócio jurídico oneroso. Oportunidade discrepante – redundante em liberalidade. É o que ocorre na doação com encargo.

Lesão se insere no contexto de um contrato oneroso porque, na lesão, acaba acontecendo uma diferença muito significativa entre prestação e contraprestação. Então, um negócio de compra e venda de um celular em que ele vale 1000 reais e X compra ele por 100 reais. A diferença é muito grande, foge do razoável, foge de um negócio de oportunidade num contexto de boa-fé. E numa perspectiva clássica que estava arraigada

à vontade, tal negócio poderia valer, mas não é assim. E o art.157 vai dizer que há um vício de consentimento quando há uma discrepância muito grande entre uma prestação e outra contraprestação.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta

Aula dia 5/10

Defeitos dos negócios jurídicos. Lesão. A lesão tem uma peculiaridade se comparada aos outros vícios, porque ela não tinha previsão no CC-16.

O conceito de lesão toca um conceito em que há uma manifesta desproporção entre prestação e contraprestação em um negócio oneroso. E é como se a lesão impedisse aquele famoso “negócio da china”. E o determinante desses negócios muito vantajosos é a vontade. E no CC-16, com olhos voltados para o século 19, o foco está voltado para a vontade que agora nós buscamos no cenário que protege sobremaneira a boa-fé. E, privilegiando a boa-fé, tenho que preservar a igualdade substancial entre os indivíduos, não apenas a igualdade formal que decorreria da liberdade de contratar.

Essa manifesta desproporção entre prestação e contraprestação não tem uma baliza legal precisa para definir o que é essa manifesta desproporção. Em algumas situações, o legislador traz diretrizes nesse sentido, mais precisas.

Elemento subjetivo.

Esse mesmo exame das características subjetivas é preciso fazer na lesão, porque o elemento subjetivo da lesão ...

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Necessário é que essa obrigação desproporcional tenha sido contraída numa situação de NECESSIDADE ou INEXPERIÊNCIA. E porquê desse elemento subjetivo? Porque estamos tratando de um vício de vontade. Se eu não estou numa situação de necessidade, se eu não sou experiente e mesmo assim celebrei um negócio manifestamente desproporcional, numa situação como essa, será entendido que a vontade do sujeito foi de fazer essa liberalidade, que a desproporcionalidade substancial entre uma prestação e uma contraprestação revela que não se está diante de um contexto oneroso. Estamos diante de um contexto gratuito, que é o que acontece, p. ex., quando se faz uma doação com encargo – tem-se uma prestação de um lado e uma contraprestação de outro, mas elas são muito dispares, a ponto de configurar a liberalidade.

Necessidade e inexperiência significa que vamos nos ater a caracteres subjetivos.

Podemos ter a impressão que o reconhecimento da lesão seria uma sanção para aquele que se beneficiou de quem era inexperiente, de quem estava em uma situação de necessidade. E essa conotação de sanção está, invariavelmente, ligada a uma conduta

reprovável. Seria reprovável você se aproveitar de outrem em uma situação de necessidade ou inexperiência. Só que isso não é necessário, não é necessário que o beneficiário da sanção saiba do contexto necessidade-inexperiência, mas pode acontecer. Não vamos perquirir se o beneficiário sabe ou não sabe, porque não temos que investigar aqui, para a configuração da lesão, como parte de um elemento subjetivo, um chamado dolo de aproveitamento; isso é impertinente. E não se investiga porque num contexto em que se busca privilegiar a boa-fé objetiva, não estou preocupado prioritariamente em sancionar alguém, mas em resguardar a vítima da situação. Podem ser dois lados da mesma moeda. Então, como é impertinente verificar se o beneficiário tinha ou não tinha dolo de aproveitamento, isso é impertinente porque o que interessa é proteger a vítima, é assegurar uma igualdade substancial nas negociações onerosas.

Outro apontamento importante é que, conforme dito, a lesão configura-se em negócios onerosos em que existe uma prestação e uma contraprestação, e o comum é que estejamos tratando de negócios onerosos comutativos. Comutativos são aqueles negócios em que logo no momento da celebração do negócio eu sei qual é a prestação de uma parte e qual é a contraprestação da outra. E a lesão, como vício de consentimento, ela é contemporânea à celebração do negócio; só há que se falar em vício de consentimento quando a declaração de vontade já é uma declaração de vontade emitida de modo viciado. Aí no negócio comutativo, ali naquele cenário se identifica a lesão. Então, é muito comum a referência de que A LESÃO NÃO SE CONFIGURARIA NOS NEGÓCIOS ONEROSOS ALEATÓRIOS. NJ aleatório = aquele em que temos a álea, um fator de incerteza, que tem uma projeção para o futuro. Então, quando estamos diante de um negócio aleatório, ambas as prestações ou uma delas não é determinada, ela é determinável, ou seja, tenho parâmetros para definição, mas a sua precisão acontecerá no futuro. E por que que muitos dizem que o NJ aleatório não seria compatível com a lesão? Porque os negócios aleatórios comportam essa variação, e como comportam essa variação, pode ser que quando alguém tenha que cumprir uma obrigação de entregar sacas de café daqui 3 anos aconteça um fenômeno climático que destrua tudo e a pessoa não entrega o produto. Teve lesão? As prestações ficaram manifestamente desproporcionais? Não, porque é incerto ao contrato aleatório o RISCO, porque a álea representa o risco. E esse risco pode ensejar uma desproporção grande entre o que é prestação e o que é contraprestação.

A expressão “a rigor” foi usada porque mesmo em um contrário aleatório é possível identificar a lesão. Foi dito que a lesão é preciso ser identificada no momento da celebração do negócio, mas observe no ex. das sacas de café que a manifesta desproporção aconteceu no futuro, não no momento da celebração; só que é possível que um contrato aleatório, no momento da celebração, permita identificar essa manifesta desproporção, ainda que estejamos diante do elemento álea. Retorno da compra e venda do café. → Podemos identificar que a álea está na entrega da coisa que consiste na quantidade de sacas entregues. Fixa 5 reais por saca de café. Obviamente, esse valor é muito aquém do que é praticado no mercado, e mesmo em um cenário de variação de commodities. E, mesmo sendo um contrário aleatório, estou identificando já ao tempo da celebração que existe uma manifesta desproporção.

Os contratos aleatório, logo, comportam reconhecimento de lesão, desde que estejamos tratando de uma manifesta desproporção, além da presença de um elemento subjetivo, contemporânea ao tempo da celebração do negócio jurídico.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

Quanto a esse momento temporal para a apuração da lesão, destacou-se “ao tempo da celebração do negócio jurídico”. Fácil de lembrar porque estamos falando de defeito do NJ, de vício de consentimento do negócio, então, isso tem que estar no nascedouro do NJ. Porque se frisou esse elemento temporal? Porque temos a situação em que a manifesta desproporção acontece no futuro, durante a execução do contrato, contra de execução diferida e aí acontece, no futuro, uma manifesta desproporção que rompe com o equilíbrio do contrato. O contrato nasceu equilibrado, e, no curso da sua execução, aquele equilíbrio foi rompido. Isso é o que se chama de ONEROSIDADE EXCESSIVA. Essa tem a mesma ratio da lesão. É um contexto que busca privilegiar a boa-fé, busca privilegiar a função social do contrato, busca privilegiar uma igualdade substancial, e aí nessa onerosidade excessiva acontece um fator absolutamente imprevisto que desequilibra aquele negócio. É a teoria da imprevisão. Então, o que acontece é que a famosa cláusula rebus sic standibus, ou seja, essas obrigações precisam ser cumpridas na medida em que as condições persistem as mesmas. A partir do momento em que as condições se alteram de modo imprevisto, aí é preciso de reestabelecer o equilíbrio no contrato. Porque o foco, assim como na lesão, é garantir a igualdade substancial, proteger a vítima; não está preocupado se a parte que se beneficiou desse desequilíbrio foi realmente responsável ou não foi; num contexto de teoria da imprevisão, isso precisa ser equacionado. Voltando ao exemplo do café; supondo que aconteceu uma crise econômica mundial imprevista e o preço das commodities foi lá embaixo. E aí aquela saca de café que valia 100 reais ao tempo da celebração do negócio passar a custar 20 reais. Então, existe uma prestação excessiva naquela atual circunstância. Ajuíza uma ação de revisão contratual para as obrigações sejam revistas, pois elas se desequilibraram por motivos imprevistos.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

A professora destaca é que em muitos negócios já existe um risco embutido naquele negócio. Então, uma situação como essa, quando aquele risco se implementa, não há que se falar de imprevisão. Era algo que tinha que ter sido colocado na conta. Até a imprevisão tem que ser verificada no caso concreto.

Na lesão, o negócio já nasce desequilibrado. Por isso a lesão é vício de consentimento. A onerosidade excessiva é algo que acontece no futuro. O negócio se torna desproporcional.

No que diz respeito ao reconhecimento da lesão, qual é a consequência. Se estou diante de um vício de consentimento, então, no caso é uma anulabilidade, e a parte que pode suscitar e tem um prazo decadencial para fazê-lo, quatro anos. E já vimos que a consequência é o art. 182 – desfazer o negócio reestabelecendo o status quo. Só que numa perspectiva de privilegiar a preservação dos negócios, o legislador admite que mesmo

num contexto de lesão não se dê ensejo à invalidação, que o negócio seja mantido, desde que seja possível reequilibrar aquela situação desequilibrada.

Art. 157. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

E, por fim, a lesão consumerista, a lesão prevista no CDC. Já disse que a lesão não tinha previsão no código de 1916, mas no CDC temos previsão clara que veda a lesão.

CDC. Art. 51. São **nulas de pleno direito** (NULIDADE ABSOLUTA), entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

A leitura desse inciso, mostra que estamos de uma situação em que o que interessa para a configuração da lesão consumerista é a apenas o elemento objetivo. O CDC já é um microsistema que presume a hipossuficiência do consumidor; já parte de um cenário de desigualdade no aspecto subjetivo. Por isso que o legislador pontua aqui objetivamente elementos objetivos.

“Nulo de pleno direito”. A lesão do código civil que pede os elementos da NECESSIDADE ou INEXPERIÊNCIA é vício de consentimento e ela implica anulabilidade. Então, é aquela invalidade moderada, cuja característica é que é preciso que o legitimado reclame na situação, não pode ter um reconhecimento de ofício por um juiz, p. ex. E, além disso, o sujeito se vincula a um prazo para arguir aquela situação, que é o prazo decadencial de quatro. E, quando se fala que algo é “nulo de pleno direito”, isso não é anulabilidade, é nulidade. Então, a lesão consumerista, diferente da lesão do código civil, implica em nulidade absoluta. Isso significa dizer que, o magistrado diante de uma relação de consumo, ainda que o consumidor não tenha atentado para a abusividade dessa cláusula, ele pode, de ofício, pronunciar. Tudo que está no art. 51 é capitulado como matéria de ordem pública.

“Pleno direito” é porque o que o juiz faz é declarar um vício que já existe; é pra dizer que isso é apenas declarado, reconhecido. Não convalesce.

ESTADO DE PERIGO.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

O Estado de Perigo. Estamos diante de uma situação que vai além da necessidade. Se pudermos estabelecer uma escala de intensidade, é uma situação em que estamos próximos de uma inexistência de vontade. Estamos próximos do que acontece numa

coação física. Aqui ainda há vontade, mas ela está gravemente maculada por uma necessidade extrema que se chama de estado de perigo. Conotação de salvamento.

No caso do estado de perigo, existe o elemento objetivo, que é a obrigação excessivamente onerosa, e o elemento subjetivo, que é a situação de perigo – aquele que se comprometeu precisa estar no estado de perigo. E também não há que se investigar aqui sobre eventual dolo de aproveitamento. O ex. recorrente é quando o sujeito está com alguém da família entre a vida e a morte, e ele assume uma obrigação excessivamente onerosa para salvar a pessoa.

Estado de perigo x coação.

Na lesão, a necessidade tem uma intensidade menor do que quando falamos de estado de perigo. Estado de perigo é risco à vida e aí a necessidade pode ser uma necessidade econômica. E o estado de perigo não toca só a pessoa em estado de perigo como alguém da sua família, como alguém que não seja de sua família,

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

E no que diz respeito à coação, a diferença é ainda mais evidente, pois o estado de perigo tem uma vontade que está viciada, a mesma coisa que acontece na coação moral. Na coação física que nem sobra vontade e não é invalidade, mas inexistência. Na coação moral tem-se necessariamente um agente atuando para gerar aquela ameaça, que pode ser o contratante ou um terceiro. No estado de perigo não tem a figura do coator, há uma situação que aconteceu.

Aula dia 07/10

Estado de Perigo (bônus track). Estado de perigo é um vício muito próximo à lesão. Nele também nós temos aquele elemento objetivo – de uma desproporção manifesta, de uma onerosidade excessiva. A distinção que existe aqui, que é significativa, é o fato de que, no estado de perigo, o elemento subjetivo é uma situação de perigo. Então, se pudermos estabelecer uma gradação, o perigo está no patamar acima. Tenho a necessidade, no plano da lesão, e, em um nível mais alto, está o perigo. Perigo toca a questões de vida, enquanto a necessidade contempla aquelas situações notadamente financeiras, emocionais etc. E aí é muito comum os doutrinadores se referirem ao estado de perigo como o “primo cível” do estado de necessidade (situação de inexigibilidade de conduta adversa) que já estudamos no direito penal.

E é por isso que o legislador fala que: Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

E é muito importante essa palavra “premido” porque, para que o estado de perigo seja suficiente para prejudicar a liberdade do sujeito na manifestação de vontade, tem que ter, além do nexo de causalidade entre perigo e aquele negócio celebrado, o perigo TEM QUE SER CONTEMPORÂNEO À CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO. Para ser perigo, tem que ser atual, e, por isso, o legislador usa a palavra “premido”.

Então, estamos diante de uma situação em que tem um elemento objetivo – desproporção entre prestação e contraprestação –, e, no elemento subjetivo, tenho alguém que se encontra em uma situação de perigo e outrem que sabe dessa situação de perigo. O que sabe. → Retoma-se aquele papo do dolo de aproveitamento. A lesão NÃO exige que a outra parte tenha a intenção de se aproveitar. O MESMO ACONTECE NO ESTADO DE PERIGO. Não há necessidade de investigar, comprovar que a outra parte envolvida tinha a intenção de se aproveitar da situação de perigo. É relevante que ela tenha CONHECIMENTO da situação de perigo. Cenário de consciência da situação de perigo.

O estado de perigo tem uma extensão subjetiva MAIOR que a lesão. Quando falamos em lesão, que tem que estar em necessidade ou/e ser inexperiente é aquele lesão. Já no estado de perigo, quem tem que estar em perigo é aquele que celebra o negócio ou alguém de sua família. E o vínculo afetivo reconhecido pelo legislador tem muito maior extensão do que o plano familiar. → Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias. → Observe que essa previsão de extensão subjetiva para configuração do vício já vimos uma dela na COAÇÃO. Vimos que é possível que o juiz reconheça a coação quando a ameaça de dano recai sobre alguém da família ou sobre outra pessoa que se tenha um vínculo afetivo que justifica ceder à coação, à celebração do negócio.

Bem, então qual a diferença entre estado de perigo e coação? Nós vimos que a coação, como vício de consentimento, aquela coação moral, está em um patamar bem alto de comprometimento da liberdade. O estado de perigo poderia ser alocado em um mesmo nível. A distinção é que, na coação, aquele que promove a coação é alguém que tem interesse direto no negócio, a outra parte ou um terceiro que nela influi tendo esse interesse. Mas, necessariamente, aquele que promove a coação tem uma proximidade com o NJ. No estado de perigo, não se verifica a intervenção de ninguém, porque o estado de perigo é uma circunstância fática.

Quando estudamos a lesão, vimos que tem uma regra no CC que dispõe sobre a manutenção do negócio que sofreu uma lesão, desde que exista uma disposição das partes de equilibrar aquele negócio que nasceu desequilibrado. A despeito de NÃO haver uma disposição correlata, a jurisprudência e a doutrina entendem uma aplicação analógica, exatamente porque existe, na ordem jurídica, uma premissa de se manter os negócios jurídicos na medida do possível. Então, se os particulares ali envolvidos estão dispostos a reequilibrar aquela relação, é um caminho possível.

O prazo é o mesmo, os legitimados são os mesmos etc.

FRAUDE CONTRA CREDITORES.

Vimos até o momento de defeitos dos negócios jurídicos, de vícios de consentimento, ou seja, aquelas máculas da vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo). E nós sabemos que existem outros vícios que invalidam um NJ e que a doutrina convencionou denominar de VÍCIOS SOCIAIS, e ele assim são chamados porque não há um dissenso entre a vontade manifestada e a vontade real. A vontade era aquela mesmo, era aquilo que se desejava. Ocorre que o NJ é celebrado com deliberado propósito de prejudicar outrem. O vício se encontra no fato de que as partes celebraram aquele negócio

com o objetivo de prejudicar outra pessoa. E aí o fato de prejudicar outra pessoa merece firme reprimenda do ordenamento jurídico.

O que se verifica na fraude contra credores. É possível estabelecer uma espécie de microsistema no nosso ordenamento jurídico que diz respeito às alienações fraudulentas. Aqueles negócios de transferência de bens, de propriedades, de direitos que se dá de modo fraudulento. E essa palavra fraude tem exatamente essa conotação de prejudicar, de ludibriar outrem. E por isso que falamos de vício social; não há uma mácula direta na vontade, só que essa vontade é usada para prejudicar outros. E essas alienações fraudulentas podem ser de três ordens:

1. Fraude contra credores.
2. A fraude e a execução.
3. Alienações em desrespeito à penhora.

Existe um aumento de gravidade de cima pra baixo.

Qual o contexto dessas alienações fraudulentas? Quando as pessoas celebram negócios jurídicos e assumem obrigações, elas assumem obrigações e quem efetivamente responde por aquela obrigação é o patrimônio. É consagrada na nossa ordem jurídica a RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL. Na órbita cível, existem duas exceções que são a prisão de depositário infiel e prisão por não pagamento de pensão alimentícia. Mas aí se destaca que essas prisões não tem o propósito de adimplir a obrigação descumprida, elas têm o propósito de incentivar o cumprimento da obrigação, elas têm um caráter coercitivo. Numa situação como essa, o sujeito terá sua liberdade restrita, mas sua obrigação persiste.

E quando falamos de responsabilidade patrimonial, essa, em regra, limita-se àquele sujeito que contraiu a obrigação. Existem exceções no sistema em que a responsabilidade patrimonial vai além da esfera do devedor. Então, são as circunstâncias em que, primeiro, a lei prevê, taxativamente, responsáveis solidários por aquela obrigação. E aí observar a diferença. → Ex.: a minha empresa exerce a atividade empresária e ela gera impostos; nessa relação obrigacional tributária, temos aqui o fisco e a sociedade empresária; o administrador não está figurando nessa relação jurídica, mas a despeito de não ser o titular da obrigação, na situação de inadimplemento/descumprimento surge a obrigação (porque essa é a diferença de obrigação para responsabilidade). E aí numa situação como essa em que a sociedade empresária não pagou os impostos, surge a responsabilidade da sociedade empresária; mas, também, por força de expressa previsão legal, dos chamados responsáveis solidários – tenho um responsável solidário, o administrador, e está previsto no CTN. Então, o fisco pode ir no adm. E cobrar a conta. É uma situação excepcional que foge à regra do sistema, e por fugir à regra, exige uma expressa previsão legal.

Além dessas situações típicas, nós temos uma hipótese geral dessa exceção de que um terceiro responde pela obrigação que é a situação da DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ou DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. O que acontece é a PJ tem personalidade, mas a sua personalidade é distinta, não se confunde com a personalidade dos seus sócios. Sociedade empresária, ainda que seja a EIRELI, ela tem personalidade diferente. Então, se eu fiz um contrato de compra e venda no nome da sociedade e a sociedade não pagou, o vendedor não pode ir cobrar dos sócios. Só que a desconsideração da personalidade jurídica permite

que atinja o sócio, como se despisse a PJ da sua personalidade, confundisse o patrimônio dela com o patrimônio dos sócios. Isso se dá na circunstância em que o sócio utilizou a PJ de modo abusivo. E aí vem o art. 50 do CC.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

E também tem a desconsideração inversa. Ou seja, o sujeito na pessoa física não tem NADA, está tudo em nome da sociedade empresária.

Isso tudo para saber que quando eu tenho uma obrigação, um devedor, quem é esse? É um responsável e é um responsável por contrair a obrigação ou um que a lei, excepcionalmente, prevê como tal ou inclusive aquele que, por meio de uma desconsideração de personalidade jurídica, assim se torna responsável.

E quando se fala de fraude contra credor, estamos falando de alguém que tem uma responsabilidade patrimonial, ele é devedor, e ele faz uma alienação no seu patrimônio para prejudicar o recebimento do crédito pelo credor. Por isso que estamos no gênero de alienações fraudulentas. Se a alienação for fraudulenta, é possível desfazer o negócio para chegar ao patrimônio e satisfazer o crédito.

Agora, tem elementos que precisam ser identificados. É qualquer alienação que configura fraude contra credores? Não. Prejuízo acontece quando X faz um negócio com Y, X constitui um crédito e tinha como garantia o seu patrimônio para responder por essa obrigação; é credor quirografário, o seu patrimônio responde; Y tinha que pagar 500 mil reais; aí Y doa 800 mil do seu patrimônio de um milhão; isso prejudica a garantia de X; então, observem que esse negócio configura um evento danoso, que é exatamente a alienação do patrimônio pelo devedor que o reduz à insolvência. Foi porque Y fez a doação de 800 mil que ele ficou insolvente, ou seja, não tem condição de solver a sua dívida com X. Então, necessariamente quando se fala de fraude, tem que se tratar de uma alienação que foi a alienação determinante para me reduzir à insolvência e impossibilitar o adimplemento da obrigação.

Evento danoso. Diz respeito à alienação que leva o devedor à insolvência. Porém, isso não basta – é preciso de um elemento subjetivo que é esse animus doloso; eu quero prejudicar. E aí, quando se fala desse ânimo doloso, é preciso que ele toque não só a devedora, como também que é envolvido no NJ. Quando a gente fala de má-fé, não tenho condições de entrar na cabeça do sujeito; vou perquirir o que é possível apreender objetivamente. E se o devedor foi reduzido à insolvência em razão desse evento, já a intenção de prejudicar. Então, tendo-se a consciência de que aquele negócio reduziu o sujeito à insolvência, essa é a vontade de causar o prejuízo. Destaca-se que o legislador traz hipóteses legais em que ele já presume essa ocorrência fraudulenta, esse animus, esse elemento subjetivo. Então, configurada essa hipótese legal, tem-se configurada a fraude contra credores. Aí vem art. 158.

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

Quem é o credor quirografário? É aquele que não tem uma garantia específica para satisfazer o seu crédito; ele não tem uma hipoteca, um penhor, um avalista, um fiador etc. Então, a garantia dele é o patrimônio geral do devedor. Lesa o direito do credor quirografário porque aquele negócio que reduz à insolvência o devedor. E que negócio [e esse? Um negócio de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida; nessa situação, não tem nem que perquirir sobre esse animus; o legislador já presume. Porque negócio de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida é LIBERALIDADE. Porque quando eu estou doando meu patrimônio, não recebe nada em troca para recompor o meu patrimônio.

Mesma coisa acontece na remissão de dívida. Remissão é perdão. Se alguém tem uma dívida com X, significa que X tem um crédito e esse crédito compõe o patrimônio de X. A partir do momento que X abre mão desse crédito, é como se estivesse doando o seu patrimônio. E essa liberalidade reduziu a insolvência e prejudicou o credor quirografário.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. → Outra hipótese em que há presunção desse animus. Então, foca-se apenas no evento danoso. Presumindo porque, a despeito do negócio ser oneroso, se ele for insuficiente para reduzir o sujeito à insolvência, estou presumindo animus em uma circunstância em que essa insolvência é notória – sujeito tem o nome no SPC, etc., uma circunstância em que a publicização que é dada por esses meios afasta qualquer boa-fé – ou o envolvido tinha motivo para conhecer que aquele evento levou o devedor à insolvência – o sujeito era próximo, então, ele tinha motivos para conhecer aquela situação de insolvência. Então, numa situação como essa, o legislador protege o credor.

Dolo – ardil; coação – intimidação; lesão e estado de perigo – onerosidade excessiva.

Aula dia 14/10.

Fraude contra credores.

Já foi explicada a estrutura da fraude contra credores. Eu tenho um CREDOR que possui um crédito frente a um DEVEDOR, e esse devedor faz um negócio jurídico com um TERCEIRO; esse NJ, se ele leva o devedor a uma situação de insolvência ou agrava a insolvência desse devedor, nós chamamos essa circunstância, em uma perspectiva objetiva, de EVENTO DANOSO. Ou seja, esse evento gera prejuízo para o credor, porque a gente sabe que o credor tem como garantia para a satisfação do seu crédito o PATRIMÔNIO do devedor. Se esse patrimônio é comprometido por força desse negócio jurídico, esse credor acaba prejudicado.

Vimos também que, por uma questão de lógica, para se falar de uma situação de fraude contra credores, para que esse negócio seja tido como negócio defeituoso, fraudulento, viciado, necessário é ele seja celebrado quando esse crédito já exista. Para falar que esse negócio fraudou esse crédito, o crédito tem que existir ao tempo em que esse negócio foi celebrado. E aí é por isso que o legislador fala, no art. 158, parágrafo II, que “só os

credores que já o eram ao tempo daqueles atos (do ato fraudulento) podem pleitear a anulação deles (desse ato fraudulento)”.

A professor aproveita a colocação desse art. 158, p. 2º para fazer uma relação com algo que a gente viu e com algo que será visto. Veremos, no próximo semestre, direito das obrigações. E, a grosso modo, no direito das obrigações estudaremos as relações obrigacionais, que são aquelas relações jurídicas que geram obrigações e direitos para os envolvidos. Uma relação de crédito e débito é uma relação obrigacional – o devedor tem a obrigação de pagar o credor alguma coisa. E aí estudaremos uma situação que é um NJ que se chama CESSÃO DE CRÉDITO. Na cessão de crédito, acontece uma modificação subjetiva. Eu tenho um crédito (Ester, credora) e um débito (Maria, devedora). Aí a Ester faz um negócio de cessão com Patrícia e negocia justamente o crédito que tinha com a Maria, cede esse crédito para Patrícia. Isso é muito comum, sobretudo porque é comum nessas operações de cessão de crédito acontecer um deságio, ou seja, Ester para receber da Maria 200 mil reais NO ANO QUE VEM, e ela oferece esse crédito para Patrícia pelo valor de 150 mil reais pagos agora. O que vai acontecer é que esse negócio de cessão de crédito promove, nessa relação jurídica, uma modificação subjetiva. A credora passa a ser a Patrícia. Mas houve, nessa hipótese, uma extinção do direito de crédito? Não, o direito de crédito continuou existindo. Então, a cessão de crédito, o cerne dela, já conhecemos, que é a modificação subjetiva.

Nessa modificação subjetiva, a relação jurídica obrigacional ou crédito continua existindo, muda só o sujeito. Num exemplo de fraude contra credores (estrutura do início da aula), a credora é a Ester e a devedora é a Maria. Aí, nessa configuração, a Maria faz um negócio com um terceiro que é um negócio fraudulento (tem os requisitos da fraude contra credores). Depois desse negócio fraudulento ter sido feito, a Ester celebrou com a Patrícia uma cessão de crédito. E a Patrícia passou a ser a credora. A Patrícia pode pretender o reconhecimento da fraude contra credor mesmo tendo o evento danoso acontecido antes da cessão de crédito? Sim, porque o que importa é o crédito. O que houver foi apenas uma modificação subjetiva, e o crédito continua existindo.

Essa situação de cessão de crédito é diferente da chamada NOVAÇÃO. Na novação, esse crédito deixa de existir e passa a existir uma relação obrigacional diferente. Então, pode até ser que nem tenha tido mudança subjetiva (permaneceu a Ester e a Maria), e aí elas resolvem repactuar essa relação. Repactuar como? Mudar prazos de pagamento, mudar valores, e a gente quer que essa repactuação seja a ponto de apagar aquela relação do passado e começar uma outra nova do zero. Uma nova relação obrigacional. E porque isso pode ser interessante para a Maria e para a Ester? Porque elas querem ficar livres de eventuais vícios do passado, ou tinha um prazo prescricional em curso etc. Então, na novação, há um interesse das partes de extinguir esse crédito e fazer um outro. E aí, o art. 360, que é o artigo da novação diz:

Art. 360. Dá-se a novação: (NOVO CRÉDITO).

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Trazendo a situação para a fraude contra credor. Ester tinha um crédito com Maria, e depois Maria vai lá e faz um negócio fraudulento com um terceiro, negócio esse que prejudica o crédito com a Ester. Depois dessa situação, Ester e Maria celebram uma novação. Ester pode pretender defender esse crédito, objeto da novação, invocando a fraude havida no passado? Não, pois na situação de novação, o crédito é novo, é uma nova relação jurídica. E esse novo crédito não existia ao tempo da fraude, então, não se enquadra na hipótese em que se permite suscitar a fraude.

A novação exige um pronunciamento expreso no sentido de que é novação. A manifestação de vontade dos indivíduos de extinguir o passado e constituir uma nova relação. Então, se não houver essa manifestação de vontade de novar, é uma mera mudança contratual, um termo aditivo etc. **NECESSÁRIA UMA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NO SENTIDO DE QUE SE QUER ACABAR COM O PASSADO E RECONSTITUIR O FUTURO.**

Se eu tenho uma simples modificação subjetiva, o crédito permanece o mesmo. Se o crédito permanece o mesmo, ele pode ser objeto numa situação de fraude contra credores. Agora, se o crédito não é o mesmo, aí falou-se na situação de novação, não dá pra suscitar invalidade em virtude da fraude contra credores.

O outro elemento para a caracterização da fraude contra credores é o chamado Concilium Fraudis ou Animus Doloso. Ou seja, é aquele propósito de causar prejuízo a esse credor. Pela expressão “concilium fraudis” pode parecer que é necessário haver um conluio entre o devedor e o terceiro para prejudicar o credor. Porém, o concilium fraudis não exige propriamente esse conluio; ele exige que exista um conhecimento da insolvência. **CONHECIMENTO, CIENCIA.** Pode parecer a mesma coisa, mas não é. Quando você fala em conluio, existe uma carga subjetiva muito forte. Ao passo que quando falamos de conhecimento, estamos falando de um aspecto objetivo – você sabe que esse devedor era insolvente e que essa situação agravou a insolvência dele? No conhecimento, **VOCÊ SABE** que a pessoa está insolvente, e, assim, prejudicar a pessoa é consequência.

Então, quando falamos do concilium fraudis, que é o elemento subjetivo da fraude, o que interessa é o conhecimento, e por isso que isso tem pertinência com a boa-fé objetiva. Isso significa dizer que numa situação em que não há essa ciência em relação à insolvência, eu não reconheço a fraude. Ou seja, esse terceiro não sabe da condição de insolvência, não se presume que ele saiba; ele é verdadeiramente um terceiro de boa-fé. Em uma circunstância como essa, o legislador pesa o interesse do credor e o interesse do terceiro de boa-fé, e pesa a favor do último mantendo o negócio. Todavia, em uma circunstância em que não há essa boa-fé objetiva do terceiro, a posição do credor é privilegiada. Isso porque estamos falando de vício social.

Porém, quando nós falamos de concilium fraudis, ele dispensa por completo esse elemento subjetivo. Então, basta o evento danoso pra existir a fraude. E, em outras situações, ele presume esse elemento subjetivo.

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o

ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. DISPENSÁVEL. Pode ter ou não ter concilium fraudis, não interessa.

“Ainda quando o ignore (...)”. → Mesmo que não tenha concilium fraudis; nem vou perquirir se tem ou se não tem; o que interessa é saber se o devedor insolvente ou levado à insolvência fez um negócio gratuito, se ele fez uma liberalidade que prejudicou o credor. Essa dispensa é feita porque nessa hipótese, quando esse negócio é um negócio gratuito, ele tem a marca da liberalidade. Ou seja, alguém deu alguma coisa e não recebeu nada em troca. Aí se faz uma ponderação entre essa situação de liberalidade e a situação do credor que teve o prejuízo. E o legislador ponderando isso, que ele irá beneficiar o credor. Se o credor desfizer a liberalidade, o terceiro não terá nenhum prejuízo concreto porque ele não deu nada em troca. Preferível privilegiar a situação do credor.

Aí o legislador diz “transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida”, e a remissão de dívida é um negócio marcado pela liberalidade.

Por outro lado, existem situações em que o concilium fraudis é presumido. Ou seja, eu entendo que o concilium fraudis é requisito, mas naquela circunstância fática acontecida, que o legislador capitula, a gente já configura que aquela situação já preenche a situação do concilium fraudis.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Então, eu estou tratando de um negócio oneroso que configura o evento danoso, e, além do evento danoso, estou dizendo que essa insolvência é conhecida, ou seja, preenche-se o concilium fraudis. Essa insolvência é conhecida em quais situações? Quando ela é notória ou quando o sujeito tinha condições, motivos para saber que o devedor estava insolvente.

Aqui se faz uma distinção entre PRESUNÇÃO ABSOLUTA e PRESUNÇÃO RELATIVA. Na presunção absoluta, se eu estou presumindo de modo absoluto que existe concilium fraudis, esse existe e pronto; não tem discussão. Quando o legislador diz que quando a insolvência for notória, tem concilium fraudis. Presume-se que há concilium fraudis e pronto, acabou. Ex.: na comunhão parcial de bens, presume-se de modo absoluto que tudo que foi adquirido de modo oneroso durante o casamento contou com esforço comum.

Por outro lado, na presunção relativa, estou presumindo que há concilium fraudis, mas eu admito que seja discutido se há ou se não há concretamente. Na presunção relativa você conta com uma ajuda da lei. Aqui tem concilium fraudis, mas eu admito que a outra parte prove que não tem, admito discussão.

Essas presunções relativas tem uma importância muito grande no ônus da prova no processo civil, porque a presunção relativa serve para inverter o ônus da prova. O que é isso? Se você está pretendendo o reconhecimento judicial de que houve uma fraude contra credor, você autor do processo quem tem o ônus, a obrigação de fazer prova daquilo que é necessário para constituir o seu direito. Você quem tem que fazer prova de que houve um evento danoso e de que houve um concilium fraudis. Isso é uma situação normal. Mas

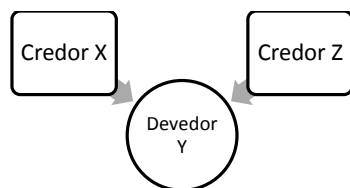
a partir do momento em que o autor conta com uma presunção legal relativa ao seu favor, ele não precisa fazer essa prova do concilium fraudis. Mas se essa presunção é relativa, eu admito que a outra parte, os réus provem que não houve o concilium fraudis, que eles estavam de boa-fé. Então, nessa situação do art. 159 existem presunções de concilium fraudis. Essa primeira presunção da insolvência notória, é uma presunção absoluta. Já na parte final, “(...) ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante (...)”, é uma presunção relativa. O que acontece é que, p. ex., X entrou com uma ação poliana para reconhecer uma fraude contra credor, provou o evento danoso, e, quanto ao concilium fraudis, ele fala que é presumido porque o terceiro é irmão do devedor em pauta, tinha condições de saber que o seu irmão estava insolvente. E esse terceiro que terá que provar que não sabia da insolvência do devedor.

Resumindo. FRAUDE CONTRA CREDOR. → Preciso de EVENTO DANOSO e CONCILIIUM FRAUDIS, ou seja, preciso que o negócio que eu estou reputando fraudulento tenha causa prejuízo para o credor, pois esse negócio reduziu o credor a insolvência ou agravou a insolvência dele. Além disso, é preciso de concilium fraudis, ou seja, que os envolvidos nesse negócio fraudulento tenham conhecimento da insolvência. Esse concilium fraudis é dispensável quando eu trato de negócios que tenham a marca da liberalidade, e ele é presumido quando estou diante de uma insolvência notória (PRESUNÇÃO ABSOLUTA) ou quando tinha condições de saber (presunção relativa).

Além dessas situações gratuitas e onerosas, o legislador ainda entra mais no detalhe de outras situações, que são:

Art. 162. O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

Ou seja, eu tenho uma situação em que eu tenho um crédito de X com Y, e Y também deve para um terceiro Z que também é credor de Y. Só que o crédito de X vence em 2016, enquanto que o crédito de Z só vence em 2019. Aí, Y, quando tinha que pagar X, antecipa o pagamento de Z. Configura-se uma situação de FRAUDE. Art. 162.



Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Mesmo quadro. Y dá uma garantia para reforçar o crédito de Z; hipoteca uma casa em benefício de Z. Essa hipoteca é uma hipoteca que acaba prejudicando o recebimento do crédito de X. Presume-se que isso também é fraudulento em razão do art. 163.

Mas aí supondo que eu vou fazer um negócio com alguém que é insolvente, mas eu quero fazer esse negócio, ele é muito interessante etc. E eu vou deixar de fazer esse negócio porque alguém pode no futuro vir alegar fraude contra credores e prejudicar esse negócio? Tem alguma solução jurídica para isso? Tem. Art. 160.

Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente (ou seja, o preço correspondente ao preço daquela coisa), desobrigar-se-á (ou seja, esse terceiro não sofrerá consequências de fraude) depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.

Como que funciona isso? Joana está insolvente, está vendendo a sua casa e Julia sabe da insolvente, receia que talvez alguém venha depois e alegue que isso é fraude, porém quer muito comprar a casa. O que se faz? Julia, ao invés de entregar o dinheiro para Joana, deposita judicialmente e cita os interessados (a vendedora, os credores ou citação por edital – dos credores).

Uma questão muito importante. Essa fraude contra credores, o que consiste nesse reconhecimento da fraude? Qual a consequência da fraude contra credor? Bom, nós sabemos que a fraude contra credor está capitulada no CC como ANULABILIDADE. Já sabemos que quando se reconhece um anulabilidade, art. 182 (Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente), reestabelece-se o estado anterior. A partir do momento em que se reconhece essa fraude, eu tenho um decisão na ação pauliana, o que acontece é que se estabelece o status quo de modo que se desfaz esse negócio entre um devedor e um terceiro, e eu vou desfazer esse negócio. O patrimônio que tinha ido para o terceiro volta para o devedor, o preço para o terceiro, e o credor teria condições de ir atrás daquele patrimônio para satisfazer seu crédito.

Esse é o posicionamento claro da lei e é reproduzido por muitos doutrinadores. Porém, há doutrinadores que defendem que a hipótese aqui não seria de anulação, de invalidade, mas sim uma hipótese de eficácia. Então, aquele negócio existiria, seria válido, mas seria ineficaz perante o credor que foi prejudicado. E nesse caso significa que é como se ele não existisse para o credor. Sabemos que o credor pode buscar apenas o patrimônio do devedor para responder pelo seu crédito. Porém, eu vou permitir que o credor vá atrás da coisa estando ela com um terceiro, porque eu tornei isso ineficaz. E aí é muito comum encontrarmos na jurisprudência essa fala de que reconhecida a fraude contra credor, o negócio com o terceiro é ineficaz frente ao credor. É até comum que essa fala nos julgados seja veiculada de modo irrefletido, porque atendendo-se teoricamente ao que temos disciplinado na lei, a hipótese está aqui.

Mas qual a diferença prática? Acaba sendo a solução mais adequada, na prática, tratar como ineficácia. Porque X, credora, entrar com uma ação pauliana que tem como objetivo o reconhecimento da fraude contra credor. Aí o juiz vai reconhecer essa fraude, e anula o negócio fraudulento. Antes que X execute esse patrimônio, aparece um credor mais rápido e pega o patrimônio. Aí X, que teve o trabalho de entrar com a ação pauliana, não assegurou diretamente receber esse crédito.

Penhora ato processual executivo por meio do qual pega determinado bem específico e vincula ele à satisfação de um crédito específico. E um mesmo bem pode ser

o mesmo objeto de várias penhoras de vários credores. Só que existe uma ordem dessas penhoras; quem chegou primeiro bebe água limpa.

Então, quando você diz que é ineficaz, você acaba permitindo, pelo reconhecimento da fraude, que você satisfaça o direito do credor até o limite. Uma possibilidade que se tem é, mesmo falando de anulabilidade, o juiz tem condições de determinar atos que garantam a efetividade da decisão judicial. Então, ainda que o juiz fale em anulabilidade, ele pode determinar anulabilidade, mas já estou determinando uma penhora, uma constrição para garantir que o credor receba. Ineficácia garante uma efetividade da posição do credor. Porque o credor, quando busca o reconhecimento da fraude, ele quer satisfazer o seu crédito. Ele tem que agir na medida do que for necessário para satisfazer esse crédito.

Seja pelo caminho teórico legal da anulabilidade, seja entendendo que é ineficácia, eu tenho que dar um jeito de satisfazer o crédito dele.

Ação pauliana = ação que visa o reconhecimento da fraude contra credor.

Ação pauliana. Tecnicamente, na perspectiva de processo civil, não é um procedimento especial; ela segue o rito comum – você tem a petição inicial, a contestação, a ação probatória, a sentença, tudo no rito das chamadas ações ordinárias. O nome ação pauliana foi um nome que surgiu exatamente esse procedimento, esse processo com o acontecimento de uma fraude contra credores. Mas a ação pauliana em si, como processo, como procedimento, ela não tem requisitos específicos.

Como em qualquer processo, na ação pauliana, você tem que alegar os fatos e os direitos que amparam o seu pedido. Ex.: o meu pedido é de reconhecimento de fraude contra credor. O que eu preciso de demonstrar para que essa fraude seja reconhecida? Os requisitos do direito material do CC. Você não vai encontrar a ação pauliana no código de processo. Então, se alguém te pedir uma inicial numa ação pauliana, colocar os requisitos da fraude contra credor. Porque a ação pauliana não tem requisitos procedimentais específicos, então, temos que nos atentar ao que o direito material diz, inclusive a consequência da consequência da decisão judicial em uma ação pauliana, não é o processo que vai dizer qual é a consequência. É mais um vez o direito material, o código civil que vai colocar a consequência, aquilo que discutimos na semana passada – isso está capitulado como anulabilidade, mas têm aqueles que entendem que é mais adequado qualificar como situação de ineficácia. Esse estudo é uma discussão de sede de direito material.

Um último ponto, é que quando começamos a falar de fraude, iniciou-se o assunto com um GÊNERO DE ALIENAÇÕES FRAUDULENTAS. E agora que vimos a fraude contra credor, parece oportuno retomar a primeira conversa. Quando estamos falando de fraude contra credores, vimos os requisitos objetivo (evento danoso) e subjetivo (concilium fraudis). O evento danoso, na fraude contra credor, consiste no negócio fraudulento, ou seja, o negócio que leva o devedor à insolvência. E não há nenhuma especificidade sobre a situação desse devedor para além disso, de que ele foi conduzido à insolvência ou de que a sua insolvência foi agravada pelo negócio.

Na fraude à execução, temos um evento danoso com esse contorno, mas ele tem um plus que é o fato desse devedor está sendo demandado judicialmente pelo credor. Então, não

é qualquer devedor, não é qualquer circunstância. O evento danoso na fraude EXIGE que o credor esteja demandando o devedor judicialmente num processo de execução, ou mesmo que seja num processo de conhecimento. Um breve esclarecimento – processo civil, tradicionalmente dividimos em processo de conhecimento e processo de execução; ou já mais recentemente, falamos da fase de conhecimento do processo e da fase de execução, a fase de cumprimento do processo. Na fase de conhecimento, não se sabe quem tem razão. O juiz ainda não disse de quem o direito é; não existe um lado certo, por isso o juiz vai acertar o direito. Por isso, chama conhecimento, porque o juiz vai acertar o direito. A partir do momento em que o juiz realiza uma decisão, temos aquilo que se chama de título executivo. Aqui no caso o título executivo judicial, e aí se o devedor não cumpre a decisão judicial, inicia-se o processo de execução ou a fase de execução do processo.

Quando falamos de fraude à execução, podemos ser levados ao erro de pensar que ela só ocorre quando estamos diante de uma situação tecnicamente falando de execução, tecnicamente falando de execução. E não é correto é pensar assim. A fraude à execução acontece também quando estamos nessa situação de conhecimento, quando o juiz ainda não determinou que o fulano tem um crédito em favor do ciclano.

E aí o novo CPC trouxe uma alteração importante no tema de fraude à execução, que é algo que se debate muito quando se fala em fraude à execução, que é tema do CONCILIIUM FRAUDIS que também é exigido na fraude à execução. E muito se discute sobre esse concilium fraudis, porque a gente que ele toca à boa-fé, ao conhecimento, à ciência da situação. E aí o novo CPC, exatamente para dar mais segurança às relações, ele previu que a gente fala de fraude à execução se aquele processo era objeto de registro. Sendo mais clara. → Maria tem uma casa e vendi essa casa pra Rayara. E aí aparece um credor de Maria alegando que essa alienação foi fraudulenta, porque já tinha um processo contra ela e essa alienação agravou a insolvência dela ou levou ela à insolvência. Fraude à execução = venda que foi feita na situação. Só que para dar mais segurança à essa situação, o novo CPC exige que aquela parte que demanda a ação judicial vá ao registro de imóveis e averbe a existência da ação. Essa averbação não é penhora, não é bloqueio, mas serve ao escopo de dar publicidade. O credor está processando Maria; ele rastreia todos os bens da Maria e averba junto ao cartório que ele tem um processo contra. Pois se, um dia, alguém for comprar algum bem da Maria o comprador não pode alegar que não sabia. É uma averbação de existência de um processo. Essas averbações não podem ser deliberadas; devem seguir um critério, sejam proporcionais ao crédito em execução.

Fato é que essa averbação tem um condão de afastar a boa-fé, e, por conseguinte, configurar o concilium fraudis, de modo que, para que se configure a fraude à execução, necessário que se tenha esse registro. Ao passo que se esse registro não existe, eu sigo presumindo a boa-fé. Aí o esforço daquele que pretende a fraude à execução tem que ser muito maior para provar. Porque a prova que a lei estabelecer como a aquela firme é o registro.

A fraude à execução pode acontecer ainda que o processo esteja na fase de conhecimento apenas. Então, para que nos falemos em fraude à execução, é preciso ter um processo no qual estou discutindo aquele crédito. E houve uma alienação fraudulenta em prejuízo do crédito que está sendo discutido naquele processo.

Fraude contra credor x Fraude à execução. O fato de que o evento danoso na fraude à execução exige que exista um processo judicial em que o credor está demandando o devedor. Esse processo judicial pode ser uma execução propriamente dita ou pode ser um processo de conhecimento.

Registro. Medida preventiva. Tem que ser adotada forma parcimônia.

O processo que se exige a fraude à execução pode ser de execução quanto de conhecimento.

Aula dia 21/10

Simulação.

Estamos discutindo sobre situações que se analisam uma perspectiva do plano da validade. Vimos o plano da existência, da eficácia e da validade. E nós estamos tratando de adjetivos que os elementos de existência recebem. E no que diz respeito à simulação, ainda estamos analisando no que diz respeito à validade. E aí vamos ver se aquela declaração de vontade foi uma declaração válida = livre, conforme à boa-fé. E a boa-fé, conforme visto, exige que haja uma correspondência entre a vontade declarada e a realidade. Aí vimos a situação do erro, em que o sujeito emite uma declaração de vontade diferente do que é o real. Ou no dolo, em que o sujeito é induzido ao erro, ou seja, é levado a achar que é uma coisa quando na verdade é outra.

Por que recapitulamos esses dois vícios? Porque o que acontece na simulação é também uma divergência entre a vontade declarada e o real. Também há essa dissonância. Só que essa desconformidade se dá na simulação de modo INTENCIONAL. Essa é a grande marca da simulação, que individualiza a simulação. No erro, o sujeito NÃO sabe que ele está em erro. E no dolo, tem-se um agente que age com dolo, mas induz outrem a erro. Então, ele induziu aquela pessoa a manifestar uma vontade diferente do real. Quando falamos de simulação, é INTENCIONAL NA PERSPECTIVA DE TODOS OS INDIVÍDUOS. Todos os envolvidos sabem que aquela vontade declarada não corresponde à real.

A simulação é distinguida pela doutrina em simulação absoluta e simulação relativa.

A simulação absoluta é no sentido de simulação completa. E isso quer dizer que o negócio como um todo não corresponde à verdade, e na verdade, no real, não há negócio. Como assim? Ex.: X faz um negócio simulado de compra e venda com Y das cotas societárias; e aí duas fazem o instrumento, mas isso tudo é simulado. X não concedeu as cotas para Y, Y não pagou o preço; os dois fizeram isso para prejudicar alguém ou para apresentar para alguém que X não era sócia, p. ex. Mas, no plano da validade, que tem que ser o lugar pra chegar se há uma aderência da declaração de vontade com a validade, eu verifico que não tem, porque na realidade, declarou-se uma compra e venda, mas não se ansiava por essa. Não existe nada. Observe que na simulação, a estrutura envolve duas vontade. Tem aquela declarada e a real. Na situação da simulação absoluta, a vontade declarada é de um negócio, e não-declarada é de um não negócio.

Na simulação relativa, no plano real existe também um negócio, então, eu declarei o negócio x, mas, na realidade, eu tenho um negócio y. Ex.: sujeito faz uma compra e venda, só que é uma doação. Simulou-se uma compra e venda, então, altera-se a natureza do

negócio. Ex. 2: X faz um termo de concessão de dívida; fala para Y que deve pra esse 100 mil reais, dando o pagamento, mas, na verdade, X não tinha nenhum crédito com Y, de forma que esses 100 mil reais é doação. Mas existe, no plano real, um negócio jurídico que era a doação. Ex. 3: Compra e venda no leasing, porque no leasing não se paga ICMS. Ex. 4: X vai fazer um empréstimo para Y mútuo, e é um mútuo veneratício, ou seja, vou receber um mútuo por esse empréstimo, Y vai pagar juros. Só que X não pode cobrar de Y impostos que são além do que a lei permite, senão isso é usura. Mas aí para mascarar um juros abusivo, um mútuo agiotante, faz-se um termo de confissão de dívida. Uma roupagem para transferência de alta quantia, mascarar a agiotagem.

Ex. 4: Condição resolutiva suspensiva que sabem que não vai acontecer. Coloca a resolução de modo simulado. Colocou-se no negócio apenas para dar uma satisfação externa.

- Na simulação relativa, todos os indivíduos sabem o que está acontecendo.
- O plano da existência não analisa o real. Para ser válido, tem que repercutir na realidade.
- Na perspectiva objetiva, a simulação toca algum elemento daquele contrato, daquele negócio. Então, é uma cláusula, alguma declaração que consta naquele negócio, alguma condição.

Outro exemplo de simulação relativa muito comum diz respeito à data. Realizar um negócio antedatado ou pós-datado. O que é isso? Surge uma controvérsia, uma discussão sobre determinada situação. X e Y estão separando e Y quer a sua metade das cotas societárias que ele tinha direito. E X vem com um contrato que ela fez de alienação das suas cotas societárias. Vendi essas cotas societárias, só que eu vendi depois do divórcio de fato, só que se coloca o documento com uma data anterior, uma data como se tivesse sido vendido no curso do casamento. Ou então, aquela situação de declarar que o contrato foi feito em data posterior, o famoso caso do contrato de gaveta; faz um contrato e fica com ele lá; no dia em que aparece algum problema, coloca-se a data.

E é exatamente para evitar essas simulações ou tentar evita-las, que temos, no que toca os negócios que envolvem registros públicos, a regra básica de registro que é o princípio dos registros sequenciais – existe uma sequência a ser observada -, e aí o cartório de registro de notas, o cartório de registro de imóveis, tudo que chega no cartório recebe um número de protocolo, e segue uma ordem cronológica. O cartório tem um livro que é checado pelo Estado; o cartório tem selos que têm datas e são documentos tao rigorosos quanto uma nota de dinheiro. Então, você não tem condições, ou não deveria ter, de chegar no cartório e falar que está fazendo uma compra e venda de um imóvel hoje e pedi que ela seja colocada como realizada há um ano atrás.

Podemos dizer que a simulação é o GÊNERO que significa “vontade declarada diferente da real”. Mas a simulação pode ser dividida em dois tipos: 1) Inocente – fiz só porque eu não queria aparecer de algum modo; ex.: só uma artista famosa que quer comprar uma cobertura sem que ninguém fique especulando, de modo que um laranja é usado e esse compra o apartamento; mas isso vai prejudicar alguém? Fere algum dispositivo cogente? Não. Só fez porque não queria se expor. Ou então, X quer fazer uma doação para Y, mas não quer que ninguém fique especulando nada. Prejudicou alguém? Não. Violou algum dispositivo de lei? Não. Então, foi inocente, ou seja, nenhum terceiro foi prejudicado ou

qualquer disposição foi violada. Ao passo que a 2) Não inocente prejudica um terceiro e/ou viola disposição de lei. Então, quando X faz uma doação pra um amante, simulando um negócio oneroso ou usando um laranja para tal situação. É um negócio simulado não inocente, ainda que concretamente esse negócio não tenha causado prejuízo para o cônjuge, porque era um bem particular. Ainda assim, é uma violação de lei.

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Outra situação vedada: quando excede a parte que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor no testamento. Ou seja, quando ofende a parte disponível no patrimônio. → Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.

Ou. → Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador. É a chamada Doação Inoficiosa.

São exemplos de situações vedadas em lei, de simulações não inocentes.

Controvérsia. Que controvérsia que existe acerca da simulação inocente? Porque o CC de 1916 tinha um art., o art. 103, que previa que a simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente quando não houver intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposições de lei. O que o legislador estava dizendo no CC de 16 que é inválida a simulação não inocente. No caso de simulação inocente, era válido o negócio.

O CC de 2002 não reproduziu esse art. 103. Sem correspondente. E aí se estabeleceu a seguinte controvérsia: aqueles que dizem que a simulação como simulação ilícita, que ocasiona a invalidade são ambas (inocente e não inocente) – onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo – v. aqueles que mesmo no CC de 2002 continuam entendendo que a simulação inocente é lícita. Os que defendem que a simulação inocente é lícita é na perspectiva da fidelidade; não faz sentido, tem que preservar o negócio.

E aí um ponto muito importante na simulação diz respeito à consequência do reconhecimento. Já sabemos que a consequência do reconhecimento da simulação é uma invalidade. Um negócio que por ser descolado da realidade, por ser uma declaração de vontade dissonante da real, ela é inválida. Mas qual tipo de invalidade? Sabemos que existem dois tipos de invalidade, a nulidade e anulabilidade. O art. 182 colocam que, na realidade, o reconhecimento de ambas levará à mesma consequência – o reestabelecimento do status quo. Mas se diferencia – na nulidade os legitimados são os interessados, enquanto que na nulidade, todos são legitimados. Numa temos prazo decadencial (anulabilidade) e no outro (nulidade) não tem prazo.

O CC de 16 tratava a simulação como hipótese de anulabilidade. Então, era um vício social ao lado da fraude contra credores. Já foi comentado que estamos falando de vício social porque a vontade em si não teve a sua liberdade atingida, mas foi contrária à boa-fé, pois foi algo diferente da realidade. Então, contrariou-se uma perspectiva de boa-fé da

realidade. Mas a fraude contra credor é um vício social que apenas o credor, o prejudicado, pode suscitar.

No CC de 02, o legislador vem alçar a simulação a um patamar de maior gravidade, na perspectiva do CC de dar maior robustez à boa-fé. Atender a evolução que a teoria do direito civil sofreu, sobretudo no âmbito da boa-fé nesse âmbito. Para não admitir esse negócio simulado, o código fala que essa simulação é NULA. Na prática, nulo e anulável sofrem reestabelecimento ao status quo, mas tem aquela diferença quanto ao efeito do tempo, aos legitimados, à possibilidade de ratificação. Então, sendo no CC-02 nulidade, passando qualquer tempo, pode suscitar. O juiz pode reconhecer de ofício a simulação, ou o MP pode suscitar etc.

Só que existe ainda uma divergência no que diz respeito à possibilidade dos simuladores alegarem a simulação. Isso porque sendo anulabilidade no CC 16 está mais que óbvio que só os prejudicados podem suscitar. E sem dúvida, no CC de 02, é nulidade. Então, os doutrinadores vão afirmar que já que é nulidade qualquer um pode suscitar, inclusive os simuladores. Outro, a Ex. do Caio Mário que diz que o simulador mesmo nesse cenário de nulidade não pode suscitar o vício, porque acabaria com um princípio básico da boa-fé que é “não poder valer da minha princípio da torpeza”.

Art. 167. É **nulo** o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Comentado [RS3]: Nulidade absoluta.

Importante ficarmos atentos a uma especificidade da nulidade quando se trata de anulação. Sabemos que nulidade reestabelece o status quo (ART. 182), só que essa nulidade da hipótese de simulação tem uma especificidade que é a parte final do art. 167. “(...) *mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma*”. O legislador está falando que, a despeito de ter uma simulação, não será reestabelecido o status quo. Eu vou preservar o negócio jurídico real se for possível fazer isso, e será possível se esse negócio real for válido. Ex.: o termo de concessão de dívida é nulo, mas eu vou manter os efeitos da doação, porque ela é válida. Isso é muito diferente de reestabelecer o status quo, porque nesse não havia nada. Na situação específica da simulação não é propriamente o art. 182; eu vou aplicar o art. 167. Mais uma vez aquela regrinha básica de hermenêutica. → O especial prevalece sobre o geral. Tem uma regra especial de nulidade quando diz respeito à simulação.

Observe que essa parte final do art. 167 **SÓ** faz sentido na nulidade relativa. Porque na nulidade absoluta, na real não há negócio, não tem o que manter. Nulidade absoluta. → Vale o art. 182.

O parágrafo primeiro do art. 167 traz as hipóteses de simulação relativa.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes. – não é suscetível de convalidação.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Simulação e reserva mental.

Quando estudamos interpretação dos negócio jurídicos, foi destacado que interessa nos negócios a vontade DECLARADA; não vamos fechar os olhos para a vontade real; tanto não fechamos os olhos para a vontade real que aqui, no plano da validade, existe grande preocupação com ela. Quando eu vou interpretar o negócio jurídico, irei partir da vontade declarada. Se tiver um vício, um defeito, aí é outra coisa. Mas na interpretação de um negócio válido, considera-se a vontade declarada.

Aí vimos que se eu faço uma manifestação de vontade diferente do que eu verdadeiramente quero, mas faço o que a gente chama de reserva mental, não interessa essa reserva mental, mas o que foi declarado. Ex.: X doa para F, mas faz uma reserva mental de que não está doando nada não, que irá cobrar algo em troca depois. Isso está no íntimo de X, F não sabe disso, e o que vale é o declarado.

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Se a outra parte envolvida no negócio sabia que vontade declarada de X era alterada intencionalmente, F foi cúmplice disso, o que é isso? SIMULAÇÃO. Então, vale o negócio declarado se estou diante de uma reserva mental = uma parte reservou só para si a verdadeira vontade.

Sendo um negócio simulado, segue para o art. 167. → Art. 167. É **nulo** o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Comentado [RS4]: Nulidade absoluta.

Reserva mental pura e simples. → Primeira parte do art. 110.

Aula tdgp II – 04 de novembro

Estamos falando do plano da eficácia. Nos referindo aos efeitos do NJ, e aí já foi falado que podemos nos referir aos efeitos em um sentido lato (efeitos fáticos, jurídicos), mas aqui, para o assunto no plano da eficácia, o que interessa são os efeitos jurídicos específicos de dado negócio jurídico. DIZ RESPEITO ÀQUELE EFEITO QUERIDO PARA DETERMINADO NEGÓCIO. Ex.: empréstimo – o que se espera é uma transferência de posse. São as consequências que se esperam daquele negócio. E, quando se fala de NJ, esses efeitos tocam a geração de direitos e obrigações. Então, é gerar um

direito de propriedade para um, gerar um direito de posse para um, gerar uma obrigação de pagar para outro.

No plano da eficácia é que tem pertinência os chamados elementos acidentais do NJ que são aqueles elementos cuja ausência não desnatura o negócio. E falamos primeiro da CONDIÇÃO que é um dos elementos acidentais de um NJ. Qual o conceito de condição? O conceito usado aqui é um conceito analítico – condição é um fato jurídico necessariamente futuro, incerto e decorrente da vontade das partes. E vamos usar uma palavra que frequentemente se vê quando se fala de condição que é a “se”. Ex.: eu vou doar meu patrimônio para minha amiga quando ela se casar. O casamento é o evento futuro incerto e que, no caso da condição, toca necessariamente a vontade das partes.

Vontade das partes. Quando falamos de condição, para que seja tecnicamente esse elemento referente ao plano da eficácia, precisamos de dizer respeito a um fato jurídico que foi previsto como condicionante, que vincula a geração dos efeitos apenas pela vontade das partes, só porque as partes quiseram. Não foi a lei quem determinou.

O CC de 1916 diferenciava CONDIÇÃO LEGAL de CONDIÇÃO DECORRENTE DA VONTADE, e o CC 2002 suprimiu essa diferença, porque não faz sentido. A condição legal, tecnicamente, não é essa condição no plano da eficácia. Ex.: X precisa de fazer um contrato de compra e venda de um imóvel. → O contrato precisa ser por instrumento público. Tecnicamente, no sentido jurídico, esse contrato por instrumento público não é uma condição, é um requisito, uma exigência legal para que aquele negócio tenha validade. Então, quando falamos de condição no sentido técnico, jurídico, no sentido de se referir ao plano da eficácia (ou seja, fato jurídico futuro e incerto, ao qual está vinculado os efeitos daquele NJ) estamos de algo que decorre apenas e tão somente da vontade dos indivíduos. Se a lei fala assim estamos na VALIDADE, não na eficácia.

Outra característica que repercute no conceito é o FUTURO. Quando falamos de condição em um NJ, invariavelmente estamos falando de negócios jurídicos de EXECUÇÃO FUTURA OU DIFERIDA. Se tenho um negócio jurídico de execução imediata, acabou. Faz sentido prever uma condição quando se quer que os efeitos do NJ estejam condicionados a uma situação futura. E necessariamente a condição tem que tocar um fato futuro; ex.: se a minha amiga casar no futuro. Não se pode usar como condição um fato pretérito ainda que se desconheça esse fato pretérito – ex.: x e y celebram um NJ hoje e estabelece que x fará uma doação para y se tiver ganhado no sorteio que correu na quarta da mega-sena. No momento em que X firmou o negócio, ele tinha condições de saber se havia ganhado ou não; não faz sentido. A CONDIÇÃO EXIGE QUE SE TRATE DE UM FATO FUTURO.

O que é mais importante é o fato de ser um EVENTO INCERTO. Isso significa que não sabemos se aquele fato jurídico que elencamos como determinante para a geração de efeitos vai ou não vai acontecer. Há uma diferença substancial entre saber se o fato vai ou não acontecer e saber quando o fato vai acontecer. Porque existem fatos que sabemos que vão acontecer, apenas desconhecemos quando – o ex. mais recorrente é a morte. Então, é muito comum essa previsão. → “Quando o sujeito morrer”. Essa previsão não é condição, tecnicamente, pois o evento vai acontecer, CERTAMENTE, apenas não se sabe quando (isso é TERMO, não é condição). Necessariamente, isso toca a INCERTEZA.

Porque se disse que esse assunto é muito importante? Porque quando se trata de uma condição que é chamada de SUSPENSIVA, a condição suspensiva é aquela que faz com que o NJ não gere os seus efeitos enquanto não implementada essa condição. IMPLEMENTAR = ocorrência desse fato jurídico = o fato jurídico que vincula os efeitos aconteceu. No caso da condição suspensiva, os efeitos daquele NJ estão SUSPENSOS até que se implemente a condição.

Como relacionar a incerteza com a matéria? A partir do momento em que se vincula a geração dos efeitos do NJ a uma ocorrência futura, mais do que a possibilidade da parte me exigir alguma coisa estar suspensa, o próprio direito em si NÃO EXISTE; existe uma expectativa de direito. ex.: contraprestação do êxito em uma causa judicial – suspensiva. O direito só é adquirido quando se implementa a condição.

Ex: Honorários pró-labore. 25 mil reais na sentença, outros 25 mil só no acordo. O advogado já tem direito aos 50 mil reais, mas a exigibilidade é que foi diferida no tempo pelos marcos temporais certos colocados (que é o termo). A contraprestação do êxito na causa judicial não existe – só será implementado quando a condição suspensiva se realizar. A condição suspensiva gera uma expectativa de direito.

Isso é importante porque vamos estudar PRESCRIÇÃO. Essa diz respeito à sua possibilidade de exigir em juízo alguma coisa. Se o advogado não pode exigir a contraprestação do êxito, não há sentido na parte alegar que houve prescrição. Prescreve a partir do momento em que a pessoa detém o direito.

CONDIÇÃO RESOLUTIVA. Também é evento futuro, incerto, decorrente da vontade das partes. Porém como a expressão já designa, a condição resolve, ou seja, ela encerra. Então, a condição resolutive encerra o NJ. A partir da implementação da condição resolutive, o negócio jurídico deixa de gerar efeitos. O negócio já está gerando efeitos, só que se coloca, prevê um prazo determinado para encerramento do negócio.

A condição pode ser classificada em condição POSSÍVEL E IMPOSSÍVEL.

Quando se fala de condição, necessariamente, para que ela possa ter aplicação jurídica, ela precisa de ser possível fática e juridicamente. Ex.: eu vou doar pra você uma casa quando nevar em BH em dezembro. → Impossível. A diferença do termo para a condição é que um é certo e outro é incerto.

A impossibilidade pode ser FÁTICA ou JURÍDICA. É algo que faticamente não tem condição de acontecer; e quando falamos de impossibilidade jurídica, vamos confundir com a ilicitude. Condição impossível juridicamente é uma condição ilícita, não admitida pelo ordenamento jurídico.

Se nos depararmos com uma condição impossível, o que fazer? → Ordenamento Jurídico:

Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados:

I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; - ou seja, se eu tenho uma condição suspensiva que é impossível fática ou juridicamente, o negócio jurídico é inválido como TODO. Porque o NJ só geraria efeitos diante daquele fato e como esse é impossível, compromete-se inclusive no plano da validade. Efeitos + validade.

II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;

III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

Art. 124. Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível. → Ou seja, se eu prevejo uma condição resolutiva que é impossível, isso é considerado como inexistente naquele negócio, ignora-se e o NJ gera efeitos independente daquela condição resolutiva.

Independente da impossibilidade ser superveniente ou não, interessa saber 1. Se ela é impossível, 2. Se é condição suspensiva ou resolutiva. Se é superveniente ou não, não é importante para a resolução do problema. Então, se eu estou falando de uma condição suspensiva que configura impossibilidade de modo superveniente, compromete-se a validade do NJ, e se for resolutiva, ignora-se o fato.

Outra classificação da condição que é importante: CONDIÇÃO LÍCITA x CONDIÇÃO ILÍCITA. Por óbvio, só se admite uma condição lícita. Condição ilícita = desconforme ao ordenamento jurídico. Para além daquelas condições desconformes ao ordenamento, o código civil quis deixar claro situações em que eu tenho uma ilicitude, incompreensível ou contraditória. → Art. 123, III - as condições incompreensíveis ou contraditórias. → Incompreensível pela sua própria redação, e contraditória no sentido de que ela contradiz os efeitos do próprio negócio. Ex.: X vai doar determinado bem em usufruto para Y se quando Y receber esse bem não usar e não fruir dele. Isso é contraditório.

Outro tema de ilicitude que o CC prevê é a condição chamada puramente potestativa que é ilícita. O adjetivo potestativo está se referindo a algo que decorre puramente e estritamente da vontade; arbítrio. É o famoso “se eu quiser”. E quando se fala de condição puramente potestativa, referimo-nos àquela condição que decorre pura e exclusivamente da vontade de uma das partes. Quando falamos de condição válida e lícita, falou-se das partes, plural. Não pode se ter algo que seja de uma das partes exclusivamente; isso é potestativo.

Puramente potestativo x Simplesmente potestativo. Existem situações em que se tem uma condição que se vincula à vontade de uma das partes. Porém, se vincula a vontade de uma das partes e há outro acontecimento que não está na esfera exclusiva daquela parte. Exemplo da doação subordinada à condição suspensiva do casamento da minha amiga. Eu não tenho condições de interferir em nada no casamento dela. Aí alguém pode falar que é potestativo porque toca unicamente a vontade de casar da minha amiga. Só que ela não consegue casa sozinha; não é a pura vontade dela. Muito embora, a outra parte não tenha condições de interferir nesse fato jurídico que foi colocado como condição, não está na vontade exclusiva, completa da outra parte – ela precisa associar aquilo à vontade de outrem etc. Diferente se estivesse prevista uma condição que toca exclusivamente o querer da outra parte. Ex.: se o fulano quiser, se assim aprovar ... Ou seja, algo que diz respeito unicamente ao sujeito. Uma condição potestativa nesse sentido de ilícita é aquela em que o fato jurídico está circunscrito completamente à vontade de uma das partes. O ordenamento jurídico não admite que a geração de efeitos esteja vinculada completamente à vontade das partes.

A condição simplesmente potestativa É LÍCITA. A doutrina usa o simplesmente para dizer que se tem a vontade só de um, mas é necessário outra coisa (ex. do casamento que a amiga precisa do outro para realizar).

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. – CONCEITO.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. – **CONDIÇÃO PURAMENTE POTESTATIVA.**

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa. – o EXEMPLO DO HONORÁRIO.

Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis. – Eu tenho um NJ e ele tem uma condição suspensiva. Antes da condição suspensiva se implementar, eu faço alterações naquele NJ. Essas alterações desse negócio só serão válidas se compatíveis com a condição suspensiva. → Não posso mudar o negócio de modo a esvaziar a condição suspensiva. Isso é segurança jurídica. A partir do momento em que se tem uma condição suspensiva, gera-se uma expectativa de direito, e aí eu posso fazer alterações? Pode, desde que elas NÃO desnaturem aquele direito que se tem expectativa.

Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido. – Então, na condição resolutiva, o direito já existe.

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé. – ATO JURÍDICO PERFEITO, CONSAGRADO, CLÁUSULA PÉTREA. Ex: eu tenho um negócio jurídico de execução diferida, aí se implementa uma condição resolutiva – daqui para frente não tem mais negócio. Pego essa condição resolutiva e imprimo a ela efeitos retroativos, e apago o passado? Não. A CONDIÇÃO RESOLUTIVA COLOCA UM “PONTO FINAL”, MAS ELA NÃO APAGA O PASSADO, pois tem que se preservar o ato jurídico perfeito. #

Observar a grande diferença de uma implementação de uma condição resolutiva para o reconhecimento de uma invalidade. Implementação de uma condição resolutiva. → Plano da Eficácia. Não ocorre nada daqui pra frente, porém se preserva tudo que aconteceu pra trás. Agora se é INVALIDADE, seja nulidade absoluta ou relativa, reestabelece-se o status quo (“borracha no passado”).

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-

se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento. – BOA-FÉ. Nós temos uma condição resolutiva nesse negócio, e, a partir do momento em que se implementar essa condição resolutiva, você deixa de usar a coisa, p. ex., e aí você começa a atuar para impedir um implemento dessa condição resolutiva. E a ordem jurídica não pode favorecer uma situação como essa. Tratar como se a condição tivesse sido implementada e fim. Fazer prevalecer a boa-fé. Da mesma forma em sentido inverso, pois irá ser entendido que a condição não acontece se ela tiver sido implementada maliciosamente por aquele que fosse favorecido pela condição. → O fato jurídico acontece, mas por interferência de má-fé, para que o sujeito não se beneficie da própria torpeza.

Ônus da prova. Como a condição suspensiva é necessária para que o direito surja, ela é fato constitutivo do direito do autor. Então, o advogado, o autor da causa, quando for cobrar os honorários, tem o encargo de provar que o êxito aconteceu para provar que o seu direito existe. A condição suspensiva quem prova é o autor. Já a condição resolutiva impede o direito do autor coloca o encargo de prova sobre o réu.

TGDP II

Plano da eficácia. Estamos nos referindo àqueles efeitos jurídicos próprios dos negócios jurídicos. E vimos a condição que é um fato jurídico que diz respeito aos efeitos do negócio, na medida em que pode condicionar a existência daqueles efeitos. E um ponto muito importante é que a condição toca um evento futuro incerto.

Retornando a isso porque vamos falar de outro fato jurídico pertinente aos efeitos do negócio que também diz respeito a um evento futuro, só que diferentemente da condição, o TERMO diz respeito a um evento futuro CERTO. Então, existe certeza quanto à ocorrência daquele fato. Assim, quando se fala de um efeito do negócio jurídico vinculado ao termo, sabemos que aquele efeito acontecerá no futuro, certamente ocorrerá.

Essa certeza tem um consequência muito relevante – quando eu tenho um negócio jurídico vinculado a um termo, o direito sobre o qual esse NJ diz respeito ELE JÁ EXISTE NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO. Aquele termo diz respeito à uma exigibilidade do direito, porque o direito já existe. Diferente da condição suspensiva explicada na aula passada, já que como o evento é incerto, pode ser que ele não aconteça, de modo que ainda não há que se falar em direito.

É muito comum que esse termo diga respeito a uma data específica.

Termo inicial e Termo Final. O termo inicial – a partir daquele fato fixado como termo inicial se iniciarão os efeitos do NJ, AO passo que o termo final estabelece a data final dos efeitos do NJ.

Termo incerto diz respeito a um fato jurídico que CERTAMENTE vai acontecer, mas nós não sabemos a data, o momento em que isso vai acontecer. Ex.: morte. A certeza é a ocorrência do fato e não quando o fato irá se dar.

Prazo é exatamente esse lapso temporal entre o início e o fim.

Contagem de prazo.

Art. 134. Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo. – Se eu tenho um NJ que não tenho termos fixados, a execução já exigível de imediato, salvo se naquela circunstância concreta é possível se inferir o contrato. Ainda que as partes não tenham previsto, pode ser que no caso de alguma discussão, controvérsia, uma das partes defenda a existência de um prazo, de um termo inicial, de um termo final, porque aquilo derivaria de boa-fé, é algo passível de ser exigível.

Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. – Essa é uma regra vigente no PC. Você exclui o dia do início e inclui o dia do vencimento. Isso significa que eu tendo um contrato de pintura de um apartamento para ser executado no prazo de 10 dias, p. ex., começando a partir do dia 9 de novembro. NÃO se conta o dia 9/11 como dia 1, mas sai dia 10/11. Dia 19/11 pode ser um dia de execução do contrato também. Só se pode dizer que se descumpriu a obrigação se a casa não estiver devidamente pintada no dia 20/11. Então, sempre que se fala de prazo prescricional, exclui-se o 1º dia e se inclui o dia final.

§ 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil. – O prazo do direito material/do direito civil flui direto (dia útil, dia não-útil, feriado). Só que o vencimento do prazo, supondo que ele dê em um domingo, eu prorrogo isso para segunda-feira, e na terça-feira posso checar o cumprimento. O QUE INTERESSA É O VENCIMENTO.

§ 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia. – Então, se o contrato diz que deve ser cumprida a obrigação em meado de fevereiro = 15 de fevereiro.

§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. – firmamos um contrato dia 9 de novembro. Esse contrato terá vigência pelo prazo de um ano. Qual é o termo final do contrato? 9 de novembro de 2017. Se faltar a exata correspondência – 29 de fevereiro/2016, vence 1/03/2017.

§ 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes. – tem uma regra interpretativa quanto aos prazos. Havendo dúvida na interpretação do prazo, beneficia-se o devedor, o herdeiro em uma situação de testamento.

Encargo. É o último tema que a doutrina traz quando se fala de plano de eficácia, mas a rigor não se enxerga o encargo como da mesma família da condição e do termo, porque o encargo não está vinculando a geração de efeitos.

O encargo diz respeito a uma obrigação que uma das partes no negócio tem que cumprir. Se o sujeito não cumpre o encargo, há um descumprimento do NJ e não uma não-geração de efeitos.

O encargo é qualquer tipo de obrigação? O encargo é aquela obrigação que se amolda ao esquema LIBERALIDADE-ÔNUS. A rigor, a obrigação do encargo é mais um ônus do que propriamente uma obrigação. Qual a diferença entre obrigação e ônus? Quando se fala de obrigação, acabamos utilizando essa expressão no sentido de uma correspondência, equivalência entre prestação e contraprestação. Já o encargo não tem essa correspondência; é o mínimo se comparado à obrigação, então não configura uma contraprestação. É um encargo, que poderia se dizer ser um ônus. A partir do momento em que não tem essa sinalagma, essa correspondência, esse muito mais representa uma liberalidade – o sujeito está fazendo algo gratuito. Descumprimento do encargo é descumprimento do contrato; quem for o interessado, reclamará pelo cumprimento do encargo. Teremos a liberalidade independentemente da existência do encargo. Porque a onerosidade exige prestação e contraprestação; continua uma doação. Só que a doação unilateral passa a ser uma doação bilateral quando existe o encargo.

Se o encargo não é cumprido o negócio NÃO pode ser anulado. O encargo não está no plano de validade. Não cumprir o encargo é descumprir o contrato.

Quando eu falo de revogação, estou falando que houve um descumprimento na execução daquele negócio. Ex. da doação com encargo – verificar que se ao longo da execução o encargo foi cumprido.

Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva. – o que interessa é que O ENCARGO NÃO SUSPENDE O AQUISIÇÃO NEM O EXERCÍCIO DO DIREITO. O encargo não vincula nem a aquisição nem a exigibilidade do direito.

Art. 137. Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico. – se estou tratando de um encargo ilícito ou impossível, a rigor, eu considero que aquilo ali é não escrito. “Vou deixar uma mansão para X, e X tem que levar minhas cinzas para a Lua”. → Se o motivo impossível é determinante para a execução do negócio, o negócio tem que se invalidado, porque a liberalidade só foi feita porque se tinha em vista aquele ônus, aquele encargo.

PRESCRIÇÃO.

Fator tempo. As relações humanas e consideram invariavelmente o fator tempo. O tempo tem uma função muito relevante porque ele pode estar aliado tanto à aquisição quanto à extinção do direito. Temos condições de estabelecer relações cujos efeitos se dão de imediato, ou no futuro ou diferidos no tempo.

O fator tempo está umbilicalmente atrelado a noção de segurança jurídica, porque quando se fala de segurança jurídica estamos nos referindo a uma certa previsibilidade dentro de uma ordem jurídica em específica. Antes, a segurabilidade estava muito atrelada à lei, e isso foi transcendendo para uma perspectiva de previsibilidade estabelecida em um quadro constitucional. E essa segurança jurídica toca diretamente ao fator tempo porque o tempo pode afetar a previsibilidade.

Existem vários institutos jurídicos que dizem respeito à segurança jurídica. Isso porque vamos ver, no PC, a coisa julgada = decisão de mérito = decisão fica imutável. Isso é para que você tenha uma segurança jurídica. É um instituto da segurança jurídica.

Veremos institutos de direito material, que é a prescrição e a decadência, que procuram dar essa previsibilidade no que toca o fator tempo.

18/11

Prescrição.

Conceito. Prescrição é a perda, a extinção da pretensão relacionada a um direito em razão do decurso de um certo lapso temporal. Então, no conceito de prescrição, temos invariavelmente um lapso temporal e associa-se o transcurso desse tempo a uma conduta, que é uma conduta de inércia. Isso quer dizer que o sujeito tem um direito, esse direito é exigível, a outra parte não cumpre e o sujeito não cobra o direito, fica na inércia e isso implica a prescrição. Essa prescrição da qual estamos falando é chamada prescrição extintiva, que no conceito trazido, ela extingue a PRETENSÃO. Perder a pretensão é diferente de perder o direito.

Pretensão tem haver com “exigibilidade”. Quando estudamos termo, a professora deu o exemplo de prestação dos serviços advocatícios, e os honorários de pró-labore estavam vinculados a um termo; então, 10 mil à vista e 10 mil no momento da sentença. O advogado tinha o direito de crédito, mas esse direito não era exigível quanto àquela parcela cujo termo ainda não se implementou. Quando chega a data da sentença, o direito passa a ser exigível, e há um INADIMPLEMENTO, ou seja, o sujeito tem que pagar 10 mil reais na data da publicação da sentença, e aí nasce para o advogado a chamada PRETENSÃO = direito material de cobrar um direito que eu tenho. Então, enquanto não chegou a data da cobrança, existe o direito de crédito, mas não existe a pretensão, de modo que a prescrição não corre.

Pretensão é diferente de direito. A prescrição implica perda da pretensão, ou seja, se passou aquele prazo prescricional, e eu não cobrei, eu perdi aquele direito material de cobrar. O pagamento depois do prescricional não pode ser alegado como pagamento de algo que não existia, porque era devido, o direito existia; o direito é uma coisa, enquanto a pretensão é outra. A pretensão é uma faceta desse direito. E por que dessa diferença ser tão significativa? porque no CC16 não trazia de um modo claro de prescrição e decadência, qual era o conceito desses institutos. E até a disciplina da decadência, não havia uma disciplina clara no CC16, muito embora a doutrina reconhecesse uma diferença desses dois conceitos. E a doutrina enfrentou dificuldades porque não tinha respaldo legal para entender a diferença entre esses dois institutos. A doutrina fez um trabalho de distinção desses dois institutos e o CC02 abraça essa diferenciação. E a diferença começa no conceito e reverbera nas regras.

Na decadência, o decurso do tempo somado à inércia gera perda do direito; perde-se o direito, diferente da prescrição, em que se perde a pretensão, mas continua havendo o direito. ex.: pago o fisco, mas já caducou o tributo; aí existe a possibilidade de reaver o dinheiro porque o prazo de decadência já transcorreu.

PRESCRIÇÃO. Tenho uma pretensão; aí passa um tempo e eu não exerço a pretensão nesse tempo, não tem caso interruptiva ou suspensiva, o que resulta em prescrição (perda da pretensão).

Qual o termo inicial do prazo prescricional? O surgimento da pretensão.

Pretensão é diferente de DIREITO DE AÇÃO. Essa é uma expressão de sede processual, e, no direito brasileiro, todo cidadão tem direito de ação = direito de acionar o judiciário. Art. 5º, inciso XXXV da CF:

ART. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Pode ser que X entre com uma ação de cobrança contra Y, e o juiz determine que esse direito de cobrança não existe, mas, mesmo assim, X exerceu um direito de ação. O direito de ação tem conteúdo processual e não se confunde com o direito material. Pretensão é um conceito de direito material; só tem pretensão quem tem o direito material. A todo direito existe uma ação que o corresponda; todo direito tem uma pretensão que ocorre quando esse direito se torna exigível. Agora, o direito de ação, na perspectiva processual, todos têm, mesmo não tendo o direito material.

Pode ser que eu exerça o direito de ação sem ter a pretensão.

Prescrição e decadência é um tema que diz respeito a direito material, e a prescrição não fulmina o direito material. A partir do momento que a prescrição se consuma, ela vira para o devedor um direito de não ser cobrado, mas ele pode renunciar aquele direito, e ele tem também o direito de pagar aquela dívida prescrita se ele quiser pagar. A prescrição está, invariavelmente, ligada a um direito privado, o que exige que aquele interessado alegue a prescrição. Houve uma alteração do CPC de 1973, e o CPC de 2015 perdeu a oportunidade de corrigir o assunto, admitindo que o juiz reconhecesse de ofício uma prescrição. Em processo civil, a possibilidade de reconhecimento de ofício de determinada demanda (reconhecer de ofício é sem provocação de qualquer uma das partes) é essencialmente ligada às matérias de ordem pública; a alteração que ocorre no CPC contraria a natureza da prescrição, porque eu estou dando a oportunidade do juiz reconhecer de ofício a prescrição, sendo que o devedor poderia não querer que se reconhecesse a prescrição. Pode ser que o magistrado desconhecia uma causa interruptiva ou suspensiva. O juiz não pode fazer isso sem oportunizar às partes esse contraditório (art. 10). No código de processo de 1973 que não tinha essa colocação clara, o que os doutrinadores vinham falando é que era necessário conceder o contraditório prévio. De todo modo, ainda era um alerta.

A rigor, alegue uma prescrição, não espere a vigia de um juiz.

Pode entrar com a ação sim, isso é um direito constitucional, a possibilidade de êxito é remota porque há uma prescrição no caso e se essa prescrição for suscitada, ela será reconhecida. A prescrição sendo reconhecida, o direito não morreu, mas é como se o direito tivesse sido totalmente esvaziado, dependendo da boa vontade do outro querer pagar.

Todos os direitos correm o risco da sua faceta de pretensão ser perdida pelo decurso do tempo somado com a inércia? Primeiro, existem direitos prescritíveis, outros decadenciais e outros que não sofrem esse efeito do tempo (direitos imprescritíveis em sentido lato).

Um direito para ser sujeito à prescrição precisa ser um direito que tenha em si a possibilidade, o potencial de gerar uma pretensão. Aí estamos falando de um direito que exige da outra pessoa uma conduta, um comportamento (pagar, fazer ou não alguma coisa etc.). Então, para se falar de um direito prescritível, fala-se de um direito que tem como outro lado da moeda uma obrigação de outra pessoa, porque para o meu direito poder ter

uma pretensão, é porque estou exigindo de outra pessoa alguma coisa. Isso é diferente do chamado direito potestativo = um direito que o sujeito tem, e que não exige do outro qualquer conduta, comportamento. É o direito ao meu nome, ao meu estado como pessoa, que são direitos que eu tenho e fim. Ainda que esse direito pode reverberar em consequências patrimoniais, o direito de filho é algo que eu tenho em si. Os direitos potestativos são esses e não geram uma pretensão, pois deles não se exigem algo de outra pessoa. Os direitos potestativos, como não geram a possibilidade de exigir de outrem qualquer coisa, não são prescritíveis, mas ele se sujeitam à decadência. Por isso na decadência o conceito é de perda do direito, porque a decadência toca ao direito potestativo.

Hipóteses de decadência, que são as hipóteses dos artigos 178 e 179 do CC02.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Aquilo é decadência porque o meu direito de pretender o reconhecimento de um erro, de um dolo ou uma fraude contra credor existe por si, não tem uma contrapartida. Se eu não exerço no prazo, ele caduca.

Direitos sujeitos à prescrição tem essa faceta de exigir uma pretensão.

Causas prescrites e interruptivas se aplicam à prescrição, mas não se aplicam à decadência.

Tem direito que não sofre efeitos do tempo. São os direitos imprescritíveis, e são a exceção. Isso porque o legislador postulou que esses direitos são muito importantes. Ex.: reconhecimento de vínculo de filiação.

Art. 37, § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Na lei de improbidade está que prescreve a pretensão relacionada à improbidade adm. No prazo de 5 anos. Só que o parágrafo 5º do art. 37. → “(..) ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” → O entendimento majoritário permanece de que ressarcimento ao erário é imprescritível.

Ações de ressarcimento. Se eu estou em uma ação de improbidade administrativa, a causa de pedir é um ato ímprobo. Aí tem as sanções todas, entre elas a sanção de ressarcimento. Não é tecnicamente uma ação de ressarcimento, é uma ação de improbidade administrativa; a lei improbidade administrativa diz que a ação de improbidade administrativa prescreve em cinco anos. Aí eu posso salvar a ação de improbidade, falando que ok, todas as ações prescreveram, mas só a de ressarcimento fica? É o que tem sido majoritariamente feito, mas tem autores defendendo que não, a ação morre como um todo.

Um outro exemplo é que já foi falado que ação de reconhecimento de paternidade que é imprescritível. Só que a pretensão de petição de herança prescreve (direito de reivindicar uma herança e que a pessoa não foi arrolada para receber o seu quinhão hereditário). Como fica a situação daquela pessoa que não tinha sido reconhecida como herdeira? Como conciliar a situação da imprescritibilidade com a prescritibilidade da pretensão de herança, ou seja, qual o termo do prazo prescricional de petição de herança numa situação em que o herdeiro vai ter que passar por uma investigação de paternidade? se eu disser que o termo inicial é o dia em que ele for reconhecido como herdeiro, então é como se estivesse tornando imprescritível também a pretensão e petição de herança, ou o termo inicial é a data da abertura da sucessão. Existe essa controvérsia.

Prescrição e renúncia.

Aula dia 23/11

Esse lapso temporal tem um início e tem um fim. O início é um termo inicial, e o fim é um termo final.

Termo inicial. Para que o prazo prescricional tenha início, é fundamental que tenhamos a pretensão, porque eu tenho de agir, de exercer a pretensão por um dado tempo e aí a pretensão irá se extinguir. Termo inicial do prazo prescricional é quando surge a pretensão. E aí retornamos ao conceito de pretensão: é diferente de direito, é exigibilidade mais inadimplemento.

Enquanto não implementado o termo fixado, não pode contar prazo prescricional. Com muito mais razão, não há que se falar de prazo prescricional em uma situação de condição suspensiva. Na condição suspensiva, nem direito existe ainda, existe a mera expectativa de direito.

Sempre termo inicial está ligado à pretensão.

Teoria da Actio Nata. Essa expressão é uma expressão em latim que quer dizer nascimento da ação. Tem origem romano, porque lá no direito romano eles não tinham aquela percepção da diferença do direito de ação para o direito material, igual fazemos hoje em uma ótica de processo. Para eles, ação estava diretamente ligada ao direito material. Só tinha ação quem tivesse direito material. A palavra ação era sinônimo de

pretensão. Actio nata é sinônimo de pretensão. Segundo a teoria da actio nata, o termo inicial do prazo prescricional é quando o titular do direito tem conhecimento do início da pretensão. Naquele mesmo prisma de boa-fé, eu não poderia exigir do sujeito agir se ele nem soubesse que ele tinha uma pretensão. Essa teoria é encapada pela doutrina em grande parte. A jurisprudência tem acolhido em algumas situações a teoria da actio nata. Duas situações em que essa teoria da actio nata é acolhida pela jurisprudência: seguro, e de doença laboral. Na segunda, você tem uma doença que surgiu na realização dessa atividade laboral, mas essa doença não se manifestava; e aí essa doença foi se manifestar 5 anos depois. Quando essa doença se manifestar é que começa a contar o prazo para que a pessoa peça indenização. Agora, o seguinte alerta é que o se encontra de aplicação, na jurisprudência, dessa teoria da actio nata é basicamente essas duas situações. Porque a rigor, o início da contagem do prazo prescricional é esse entendimento tradicional, é o surgimento da pretensão.

A teoria da actio nata tem como razão de ser evitar uma situação perversa, só que dependendo da situação concreta, valer-se da teoria da actio nata, do conhecimento da pessoa, também vai existir uma situação perversa também, pois se acaba por esvaziar a prescrição. Acaba tornando o termo inicial do prazo prescricional um direito potestativo.

Alegação da prescrição.

A prescrição extingue a pretensão e não o direito, o beneficiário da prescrição pode se valer da prescrição ou negar/renunciar a prescrição. Aí, por conta disso, o art. 193 do CC fala que:

Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

O art. 194 falava que a prescrição poderia ser reconhecida de ofício (~~Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz~~). É um complemento da ideia do que está no art. 193. Essa era o entendimento alinhado com a ideia da prescrição como extinção da pretensão e não extinção do direito como um todo. Ocorre que em 2006 aconteceu uma alteração no CPC, em uma linha de promover mais efetividade, celeridade e permitiu ao juiz reconhecer de ofício a prescrição. Art. 219, parágrafo 5º do CPC de 1973.

E a crítica mais contundente sobre esse reconhecimento de ofício é porque tinha-se uma ideia, em processo civil, de que os juízes poderiam oportunizar previamente as partes que se manifestassem sobre aquela questão. E isso é algo muito problemático. Existem causas prescritivas e interruptivas da prescrição, e pode ser que o juiz reconheça de ofício uma prescrição sendo que tinha uma causa prescritiva ou interruptiva da qual ele não tinha conhecimento. Tentando salvar a possibilidade de um juiz reconhecer de ofício a prescrição, muitos doutrinadores começaram a escrever que o juiz poderia fazê-lo, mas tinha que dar um contraditório prévio (contraditório substantivo ou verdadeiro) àquele que tenha efetivas condições de influir no convencimento do juiz. Como estamos hoje? O CPC de 2015 mantém a possibilidade do juiz reconhecer de ofício a prescrição, mas tem regras bem claras a respeito do contraditório, e uma delas é que mesmo nesse caso o juiz tem que estabelecer contraditório prévio. Então, aquilo que a doutrina já vinha falando foi abraçado pelo novo CPC.

Causas suspensivas e causas interruptivas.

A partir do momento em que se dá início ao prazo prescricional, ele vai fluir. É possível que aconteça algum fato que paralise o transcurso desse prazo ou até que, ainda que aconteça que o nascimento da pretensão obste que o curso do prazo tenha início? Quando falamos de prescrição, a resposta é sim. Na decadência, teve início o prazo decadencial, esse vai e não para. Aqui na prescrição, é possível que aconteça um fato condão de impedir o fluxo do prazo prescricional. Esses fatos são categorizados pelo legislador em duas espécies: suspensivos e interruptivos.

Nas chamadas causas suspensivas, elas acontecem, e, a partir do momento em que elas se cessarem, eu vou contar o prazo prescricional pelo remanescente. Volto a contar o remanescente.

Na causa interruptiva, ela acontece, e enquanto ela dura, o prazo está interrompido. No dia que voltar a fluir o prazo, recomeça a contagem, zera.

Ambas as espécies, suspensivas e interruptivas, são aquelas que o legislador taxativamente elenca como causas. Como a interruptiva é mais grave, porque começa a recontagem do prazo, veremos que as hipóteses estão ligadas a atos judiciais, atos mais contundentes, robustos. Já as hipóteses suspensivas, a grosso modo, estão ligadas a situações extrajudiciais.

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. → Essas três hipóteses do art. 197 têm a mesma razão de ser. O legislador estava atento às relações íntimas, pessoais entre os envolvidos e entendeu que não era razoável impor que a esposa acionasse o marido numa demanda judicial para que o prazo prescricional não se consumasse ou que o filho tivesse que acionar o pai ou vice-versa etc. A ideia do legislador é não criar um conflito no âmbito dessas relações, e, para que isso não ocorra, não vamos contar o prazo prescricional. A causa suspensiva vai interromper o curso do prazo (namorados por dois anos, casam ...) ou até impedir que o prazo flua.

*Durante a união estável, essa também é causa suspensiva.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; (absolutamente incapazes – menor de dezesseis anos)

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; A TRABALHO!

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Ex.: situação de vários credores, eu tenho até credores solidários, mas o crédito é divisível. Um dos credores é absolutamente incapaz; dos outros pode consumir toda a prescrição, mas a dele nem começou a correr. Isso porque o art. 201 diz que: “Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível”. Ou seja, se eu tenho obrigações divisíveis, como essa questão da suspensão está ligada a aspectos pessoais, casado, filho, tutor, menor, então eu não benefico. O que suspende para um irá suspender para outro, só se for indivisível.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva; - Nem direito tem, quiçá pretensão.

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção. – evicção = X celebra um contrato oneroso de compra e venda com Y e X compra um bem de Y. X é acionada judicialmente e perde o bem que comprou de Y e a causa da perda é uma causa que já existia quando as duas partes celebraram uma compra e venda. Então, X tem o direito de evicção de ir em Y e pedir a indenização.

Causas interruptivas. Elas têm impacto mais grave porque permitem a recontagem do prazo.

Art. 202. A interrupção da prescrição, **que somente poderá ocorrer uma vez**, dar-se-á: Destaque porque no código de 1916 não existia essa regra. Então, era possível interromper a prescrição várias vezes.

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; - eu tenho o curso com 5 anos, e, com quatro anos, a parte sai da inércia e exerce a pretensão em uma ação judicial. Não basta unicamente ajuizar a ação para interromper. A hipótese de interrupção é o despacho do juiz que ordena a citação. Citação é o ato processual de chamamento do réu ao processo, é a primeira comunicação ao réu do processo. É a citação que forma a relação jurídica processual. Então, para que o processo judicial tenha o condão de interromper a prescrição, o réu tem que ser cientificado de que uma pretensão está sendo exercida contra ele. Muito embora o legislador fale desse “despacho do juiz”, esse despacho retroage a data do ajuizamento da ação. Porque o legislador fala despacho do juiz ordenando a citação e não da data do ajuizamento propriamente? Porque uma pessoa pode entrar uma ação manifestamente descabida. Ex.: mandado de segurança só pode ser ajuizado até 120 dias contados da ciência do ato impugnado pelo interessado. Aí passou 180 dias e eu entro com o mandado de segurança. O juiz vê de cara que não cabe o mandado. De cara o juiz indefere o pedido.

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; - Protesto é um tipo de ação judicial.

III - por protesto cambial; - é o protesto feito no cartório de protesto.

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; - X é credor de um falecido, cujo inventário está incurso (liquidar o ativo,

estimar o passivo e dividir entre os herdeiros); X pode ir no inventário e falar que tem um crédito e quer habilitar, esse tipo de pedido interrompe prescrição.

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; - isso é geralmente notificação para notificação em mora, mas tem que ser notificação judicial.

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. – O devedor está reconhecendo que deve.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Aula 25/11

Prescrição. Surge como instrumento para garantia de estabilidade.

Artigos 205 e 206, CC.

Decreto 20910/32 – Fazenda Pública.

Aplicação do prazo prescricional.

Prescrição. É importante lembrar que ela surge como um instrumento para garantia de uma instabilidade, para previsibilidade das relações. A prescrição é a perda da eficácia da pretensão. Uma das formas de obter segurança jurídica é estabelecer prazos prescricionais. Incidência de prescrição a partir do momento em que existe pretensão. E se eu não faço nada durante o tempo da pretensão, isso leva a impossibilidade de exercer aquele direito. As previsões para a incidência de prazo prescricional estão nos artigos 205 e 206 do CC, além do decreto 20910/32 para dívidas com a Fazenda Pública.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

➔ Se não houver prazo menor fixado lei, o prazo está fixado genericamente em dez anos.

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

OBS.: Quando o código fala de pretensão de reparação civil, o prazo é de três anos. Existiu uma discussão uma discussão se ela é extracontratual ou contratual. Se eu falo de responsabilidade civil contratual, estou falando do cumprimento do contrato, e esse não tem hipótese específica e eu caio nos dez anos. Agora se eu entendo que a hipótese contratual está dentro desse inciso, caio no período de três anos. Majoritariamente, a doutrina fala que como o código não especifica, logo é qualquer tipo de reparação civil na qual aplicar-se-ia o prazo de três anos. A pretensão de reparação civil seja ela contratual ou não, ela é de três anos.

Código de 2002, vigência em janeiro de 2003. Redução dos prazos prescricionais. O código de 1916 tinha previsões relativas a prescrições totalmente diferentes; o prazo prescricional para os casos sem determinação específica era de 20 anos, p. ex. Todas as previsões do CC02 foram no sentido de encurtar os prazos prescricionais. Conforme dito, a prescrição é um instrumento de segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade, e as relações jurídicas no início do século passado eram totalmente diversas daquelas estabelecidas nesse século. Hoje existe uma proliferação de contratos que antes não havia.

Prescrição aquisitiva da propriedade. – usucapião.

O decreto 20910 vai tratar de prazos relativos à fazenda pública, e fala desses prazos exigíveis pela fazenda pública. 5 anos para exigir a fazenda o pagamento de qualquer valor. Surge uma construção doutrinária e jurisprudencial a partir do princípio da isonomia e segundo o qual se a fazenda só pode ser executada em cinco anos, ela só pode executar em cinco anos também. E hoje, por aplicação do p. da isonomia, eu tenho o poder de demandar e ser demandado no prazo de cinco anos.

Para aplicar o prazo prescricional, serão necessárias três fases:

1. Identificação da natureza do prazo prescricional.
2. Prazo prescricional. – estabelecer o prazo aplicável.
3. Definir o termo inicial (a quo) da contagem do prazo prescricional.

Direito intertemporal. Em determinadas situações é preciso fazer a regra de transição entre os códigos de 1916 e 2002. Toda lei quando altera determinado regime jurídico no nosso ordenamento, ela vem com previsão de formas de incidência na vida prática considerando a lei anterior. No código civil, é preciso de aplicar isso às situações antes da entrada em vigor desse código de 2002.

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, (os casos) quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Ex.: X tinha uma obrigação que era pra ser cumprida em 1996. Era uma pretensão que prescrevi com 20 anos, mas a prescrição foi reduzida para 10 anos. Verificar quanto tempo passou até a vigência da lei atual.

Janeiro de 2003. Entrada em vigor do CC. Passaram-se 7 anos (1996-2003). Não é metade dos vinte anos. Então, aplica-se os dez anos do CC02. Teria mais três anos e somaria os dez anos.

Ex.: obrigação cujo prazo prescricional era de 10 anos e o CC02 passou a colocar 5 anos. 1996 esse prazo começou a correr.

Janeiro de 2003. Passaram sete anos. Mais da metade dos dez anos. Aplica-se, então, o prazo de dez anos do código anterior.

Ex.: antes da vigência do código a prescrição já teria acabado. Recomeça a contagem toda.

Prescrição intercorrente. Surgiu na Lei de Execução Fiscal. Quando temos uma pretensão da fazenda pública de pagamento de tributo, fisco o que acontece: X não paga o IPTU, a prefeitura, então, emite a chamada certidão de dívida ativa concluindo que a pessoa é devedora de valor tal, na data tal, seguindo tais dispositivos legais. Juiz, X deve 10 mil reais de IPTU. Na execução, existe um documento que coloca um sujeito na posição de credor e outro na posição de devedor. Esse documento pode ser uma sentença, ou um título de crédito particular. E pode ser a CDA que coloca a fazenda na posição de credora

e um sujeito como devedor. A lei de execução fiscal prevê essa hipótese em que o título executivo era uma CDA e o credor era a fazenda pública. Lei 6830.

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. – a fazenda está tentando achar bens no nome de X, não achou ainda, pode suspender o prazo;

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. – a Fazenda pede suspensão, o juiz defere o pedido e suspende. Esse prazo é de um ano no máximo.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. – determinou a suspensão, a Fazenda pública recebeu a notificação, passa um ano e não encontra bens. O juiz intima a fazenda pública comunicando do transcurso do caso de um ano. Se a FP não faz nada, transcorrido o prazo prescricional de 5 anos, o juiz vai extinguir aquela execução pela chamada prescrição intercorrente. Intercorrente porque ela se deu no curso de uma ação de execução. Isso existia só para lei de execução fiscal, mas o código civil trouxe a mesma forma para qualquer tipo de execução. A execução fiscal é a CDA, e qualquer outra execução que estamos falando é contrato, título de crédito, etc., daquilo que é reconhecido pelo direito como título executivo judicial ou extrajudicial.

Decadência.

Conceito: perda do próprio direito potestativo pelo seu não exercício em determinado prazo quando se estabelece. Lapsos temporal para tanto.

Faz perecer o próprio direito, estando atrelado aos direitos potestativos. Isso porque, sendo exercidas através de mera manifestação de vontade do próprio titular, independe da manifestação de terceiros.

Direito potestativo: prerrogativa de impor a outrem unilateralmente a sujeição ao seu exercício (ex.: anulação de contrato). Um direito que independe da manifestação da outra parte. Não tem um descumprimento.

Os prazos de decadência. Ex.:

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Na decadência, o direito é perdido. Não existia um prazo para exercer uma pretensão em face de alguém, existia o direito.

Espécies:

- ➔ Legal: fixados em lei sendo de ordem pública irrenunciáveis.
- ➔ Convencional: de ordem privada, prazo acordado entre as partes. Garantia de determinado produto, p. ex., uma televisão com garantia de 5 anos.

Esses prazos, em princípio, não são interrompidos ou suspensos, exceto se estiver falando de direito relativo à absolutamente incapaz. Interrupção – suspende e zera; a Suspensão – suspende e volta a contar o prazo.

	Prescrição	Decadência
Objeto	Extingue a pretensão	Extingue o direito.
Prazo	Fixado por lei. Pode ser suspenso e interrompido.	Fixado por lei ou convenionado pelas partes. Não suspende nem interrompe, via de regra (lembrar os absolutamente incapazes)
Análise pelo Juiz	Pode ser conhecida de ofício (art. 219, CPC73)	Legal: pode ser conhecida de ofício. Convencional: não pode ser conhecida de ofício.
Arguição	Somente em instituições ordinárias	Idem
Renúncia	Pode ser renunciada após consumação.	Legal: não admite renúncia.

Isso é diferente do processo de conhecimento de alguém que bate no carro de X. X tem que ir no juiz, mostrar, para reconhecer Y como devedor etc. ➔ Passar por um accertamento do direito; reconhecer isso judicialmente para colocar Y na posição de devedor e X na posição de credor.

