

O “NEGÓCIO JURÍDICO” NO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO ROMANO

*Mirian de Lourdes Bonizzoni**

*Kátia Cilene P.G. Alves***

*Marlene A. S. Bittencourt***

RESUMO

Na esteira do desenvolvimento social da humanidade, dissertamos sobre o “negócio jurídico” onde, neste ensaio, abordamos segundo a perspectiva civilista, na parêmia do direito romano e o código civil vigente, os contratos, vistos hodiernamente, numa tópica do vocábulo direito, dos negócios jurídicos, onde destacamos: os requisitos de sua validade, a boa-fé entre os contratantes, a representação legal dos defeitos do negócio jurídico, dos vícios de consentimento: o erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, os vícios sociais: a simulação e a fraude contra credores, finalizando com a ação pauliana.

Palavras-chave: negócio jurídico.

ABSTRACT

In the way of humanity social development, we write about “juridical business” which, in this article, approach according a civil law perspective, in a comparison

* Professora da Disciplina Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Advogada parecerista e consultora jurídica do Escritório L. Bonizzoni Advocacia.

** Alunas da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo.

between Roman Law and Civil Law in a force, the contracts, characterized now a days, in a topic of “Law” word, of the “juridical business” where we stress: The validity requirements, good-will between the contracted, the legal representation, the “juridical business” defects, the vice of consent, the mistake, the intentionality, danger state, the social vices: the simulation, fraud against creditors, finishing with paulian law-suit.

Keywords: juridicae business.

INTRODUÇÃO

Nossa proposta neste trabalho é motivar estudantes e operadores do Direito, mostrando a notável contribuição dos romanos para a humanidade, que perdura por mais de dois mil anos, e cujo legado nos mostra o quanto a eles nos assemelhamos e porque encaramos a antigüidade romana nos dias atuais como um laboratório do Direito.

Elaboramos este ensaio com a intenção de contribuir na busca das origens romanas do Código Civil de um país que se define, juridicamente, como de tradição romanística.

A necessidade de estudar o direito romano se apresenta principalmente quando um país, mais do que adotar um Código Civil, “muda o estatuto”. De um antigo Código “fundado no direito romano”, passou-se a outro, que vai regular o cotidiano do século XXI, que é a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Se as leis da sociedade atual não são as mesmas leis romanas, somente sendo por elas influenciadas, o motivo está em que algo na própria pessoa se transforma e modifica – a inteligência.

Felizmente, o ser humano guarda consigo o passado porque o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é produto e resumo das épocas anteriores.

Além de servir para um conhecimento do Código Civil vigente, esta pesquisa permite o paralelo entre o Direito romano e o pátrio.

É o caso de privilegiar inicialmente uma abordagem tópica, definindo o vocábulo Direito, e partir a seguir para o “negócio jurídico” propriamente dito. Nesse contexto, acostar-se-ão à origem dos atos jurídicos os requisitos de validade, boa-fé, representação legal e convencional, os defeitos do negócio jurídico, a saber: os vícios de consentimento (erro, dolo e coação); ao lado destes (lesão e estado de perigo) e os vícios sociais (simulação e fraude contra credores), bem como as cláusulas que se acrescentam ao negócio jurídico (condição, termo e encargo).

DEFINIÇÃO DO VOCÁBULO DIREITO

O vocábulo “Direito” era desconhecido dos antigos romanos, que entendiam *directus* como um adjetivo que significava “aquilo que é conforme a linha reta”.

Era o vocábulo latino *jus* que definia o Direito para os romanos, que se constituía no complexo de normas de conduta obrigatórias impostas pelo Estado para assegurar a convivência dos grupamentos humanos.

Nas *Institutas*¹ do Imperador Justiniano, encontramos a definição da ciência do Direito como “o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”.

Entende-se por Direito Romano o conjunto de regras jurídicas que vigoraram no Império Romano, desde a fundação da cidade, em 754 a.C., até a morte do Imperador Justiniano, em 565 d.C. Preponderando o individualismo, ante o reconhecimento da liberdade e da propriedade como direitos individuais absolutos do *pater familiae*, consagrou-se a autonomia da vontade do sujeito de direito, que deveria se submeter, no entanto, ao formalismo e à tipicidade dos contratos, resultando, assim, um sistema conservador e preconceituoso que promovia a desigualdade de *status* entre as pessoas.

1. *Jurisprudentia est justis atque injustis scientia* (*Institutas*, livro I, tit. I, § 1º).

REVISTA DA FACULDADE
DE DIREITO

Para o Direito Romano, as virtudes da lei eram: imperar, proibir, permitir e punir (*legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*)².

Hodiernamente, encontramos várias definições para o vocábulo “Direito”, podendo-se destacar, entre outras:

Para Norberto Bobbio,

o Direito é fruto da vida em sociedade e instrumento para que esta seja tão harmoniosa quanto possível, uma vez que as disposições normativas prescrevem comportamentos, que foram eleitos como desejáveis para aquela sociedade, e, se ocorrerem comportamentos indesejáveis, então estes deverão ser objeto de sanção, igualmente prevista no sistema. Assim, o Direito tem função inclusive diretiva para a sociedade, não se restringindo à prescritiva³.

Roberto Senise Lisboa salienta que

Direito é o conjunto de normas jurídicas elaboradas a partir de princípios naturais e da razão humana, que atribui ou autoriza uma série de condutas em sociedade. O Direito é o principal instrumento de controle social dentre as normas éticas existentes porque a sua função é promover a organização, a adequação e a integração da pessoa na sociedade. Não há como se promover a pacificação social sem a existência de normas jurídicas a regularem a convivência entre pessoas. Por isso, afirma-se que o Direito pressupõe a existência da sociedade (*ubi societas, ibi ius*), sendo verdadeira a recíproca segundo a qual apenas há sociedade, como ordinariamente se entende, com a presença de normas jurídicas (*ubi ius, ibi societas*)⁴.

Tercio Sampaio Ferraz Junior assim o define:

2. Modestino, *Digesto*, L. 7.

3. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Di Comunità, 1977. p. 214-215.

4. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 35.

Direito é um sistema normativo, que engloba instituições, com o que visa prescrever comportamentos aos integrantes da sociedade, a qual editou tal conjunto normativo, no interesse do desenvolvimento das relações entre os seus integrantes, inclusive para solucionar conflito entre eles⁵.

Com base nos juristas supramencionados, podemos entender que Direito é a ciência que estuda as regras obrigatórias referentes às relações humanas em sociedade, encaradas sob o ponto de vista legal e doutrinário, alcançando o direito no sentido objetivo e subjetivo.

Em seu sentido objetivo, o Direito, a que se diz de *norma agendi*, apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações das pessoas, visando a ordem e equilíbrio de interesses da própria sociedade.

No sentido subjetivo – *facultas agendi* – mostra-se o Direito como uma prerrogativa outorgada à pessoa, em virtude da qual a cada um se atribui o que é seu (*suum cuique tribuere*), não havendo permissão que outrem venha prejudicá-lo em seu interesse (*neminem laedere*), porque a lei representa a coação, protegendo-o em toda a sua amplitude.

ORIGEM DOS ATOS JURÍDICOS

Em meados do século XVIII, os juristas alemães, baseados em textos romanos, iniciaram a conceituação do ato jurídico lícito.

Os juristas romanos, que eram práticos, não se preocuparam com as teorias dos atos jurídicos, voltando suas vistas para os atos das pessoas em sociedade.

As expressões *actus* e *negotium* encontradas nos textos romanos não tinham significado técnico, e a figura do ato jurídico *stricto sensu* permaneceu na penumbra por muito

5. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 83.

tempo, pois os juristas concentraram sua atenção nos negócios jurídicos; porém, ao elaborar teorias relativas a eles, a doutrina percebeu a existência de atos que não se incluíam na definição de negócio jurídico.

O paulista Vicente Ráo faz a seguinte colocação:

Os efeitos jurídicos das ações voluntárias ora se prendem à vontade do agente e por ela são visados, ora, uma vez a ação voluntariamente praticada, tal ela seja, esses efeitos resultam da liberdade independentemente daquela vontade. Ambas as ações com efeitos jurídicos cabem dentro do conceito de ato jurídico⁶.

O mestre mineiro Franzen de Lima comenta que “as ações humanas que engendram efeitos jurídicos pela manifestação da vontade do agente é que se denominam atos jurídicos, portanto, é a manifestação da vontade, tendo por fim imediato produzir um efeito jurídico”⁷.

O Código Civil não define o ato jurídico, já que a definição legal não apresenta grande relevância dogmática. Em outras palavras, o ato jurídico é um produto da conduta humana, sem que seja necessária a manifestação concreta e explícita da vontade, pois, para a caracterização do ato jurídico, não é necessário que o agente tenha desejado ou previsto os resultados de sua conduta.

NEGÓCIO JURÍDICO

Os juristas romanos não formularam uma teoria do negócio jurídico. Não se encontram nos textos romanos muitas conceituações dele, nem a distinção entre ele e os demais atos jurídicos lícitos.

Ulpiano formulou uma definição romana para o negócio jurídico que, apesar de breve, entendemos correta: “est pactio

6. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 15.

7. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1, p. 22.

duorum pluriumve in idem placitum consensus”, ou seja, é o mútuo consenso de duas ou várias pessoas sobre o mesmo objeto.

No Direito Romano primitivo, todos os atos jurídicos tinham caráter sacramental e rigoroso. Assim, os termos utilizados eram *contractus*, que significa unir, *conventio*, convenção, vir junto e *pacto*, estar de acordo, que eram conceitos equivalentes, significando o acordo de pessoas sobre um objeto.

Os romanistas modernos, examinadas as fontes, concluem que os juristas romanos davam, em algumas categorias, maior valor à vontade interna, ao passo que, em outras, à declaração da vontade Betti sustenta que

o negócio jurídico do período romano clássico, sobretudo do *ius civile*, é um ato de autonomia privada, o qual corresponde a tipos prefixados a que o direito liga efeitos jurídicos, em conformidade com a declaração solene ou à função prática que lhe caracteriza o tipo, o que se modifica no período *justinianeu*, quando o negócio jurídico, embora continue a ser ato de autonomia privada, unifica o conceito de contrato com o de convenção⁸.

Na linguagem tradicional, a palavra “negócio jurídico” é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato. Para Kelsen,

o negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato, as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se da mesma maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial, mas também seu sentido objetivo. Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas pela via jurídico-negocial⁹.

8. BETTI, Emílio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed., 1ª reimpr. Padova: Cedam, 1947. § 54, p. 111-115.

9. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 284.

Para preencher as lacunas do ordenamento, importantíssima foi a intervenção do pretor. As práticas da Idade Média transformaram a *stipulatio* romana na *traditio cartae*, indicando a entrega de documento, passando a ter predominância a forma escrita.

Para Hobbes (autor do *Leviatã*), a lei é a justiça e o monarca é a expressão do justo, portanto o Direito e o justo surgem depois do negócio jurídico, quando as forças se autolimitam e se disciplinam. Contrariamente a essa idéia pessimista, Rousseau, idealizando o contratualismo otimista, vê o homem natural corrompido por um falso contrato social. Intermediando essas duas posições, temos Locke, que entende que o homem no estado da natureza já possui um direito que é anterior ao negócio jurídico – o direito de liberdade – condição para convencionar um pacto.

A grande maioria dos autores¹⁰ manifestam sua aceitação da teoria objetiva de Bülow, em que o negócio jurídico é fundado na autonomia privada, isto é, no poder de autorregulamentação dos interesses em uma “norma” concreta estabelecida entre as partes.

O Código Civil não define negócio jurídico, mas faz nitidamente a distinção entre negócio jurídico e as demais espécies de atos jurídicos, passando então o negócio jurídico a ser o principal instrumento de circulação de bens e valores.

REQUISITOS DE VALIDADE

As fontes romanas são explícitas quanto à invalidade do negócio jurídico, cujo objeto é impossível física ou juridicamente. Partindo das Institutas de Gaio (III, 97 e ss.), observam-se vários exemplos de *stipulationes* inválidas a *stipulatio*, cujo objeto não existe na natureza, ou não pode

10. BETTI, Emílio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. 1950. p. 75; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 28; ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 39.

nela existir, como a que tem por objeto dar algumas nuvens do firmamento (impossibilidade física).

A teoria dos negócios jurídicos não chegou a ser elaborada pelos juriconsultos romanos, pressupondo-se que não tinham uma expressão técnica para a idéia de negócio jurídico. Entretanto, foram previstos seus elementos essenciais, *essentialia negotii*, formando a estrutura do negócio jurídico que, sem eles, não existe.

A regra para o Direito Romano era a forma e, como consequência de sua desobediência, o negócio jurídico era passível de nulidade, pois os rituais substituíam a escrita.

Consoante o artigo 104 do Código Civil, são requisitos imprescindíveis de validade para a existência do negócio jurídico:

- agente capaz;
- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- forma prescrita ou não defesa em lei;
- consentimento.

Ora, a participação do sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica) é indispensável para a configuração existencial do negócio jurídico.

Do mesmo modo, todo negócio jurídico pressupõe a existência de um objeto – utilidade ideal – em razão do qual há a manifestação de vontade das partes.

Temos nessa linha de raciocínio, ainda, a forma que entendemos ser o meio (escrita, oral, silêncio, sinais) pelo qual se exterioriza a manifestação de vontade sobre o objeto.

Posicionamento semelhante tem Vicente Ráo:

E é assim que a forma, conferindo existência à vontade, existência também confere ao ato jurídico, pois o ato jurídico se constitui e compõe pela exteriorização da vontade dos agentes, ou partes, observados os demais requisitos, isto é, os seus pressupostos e os outros elementos essenciais que a lei exige. Nesse sentido, é a forma um elemento essencial do ato jurídico, pois todo ato jurídico há de ter, necessariamente, uma forma¹¹.

11. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 153.

Outro elemento básico do negócio jurídico é a manifestação da vontade, que deverá ser de boa-fé e espontânea, sem vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo) ou sociais (simulação, fraude contra credores), sob pena de invalidade.

Na esteira de Rubens Limongi França, “o consentimento é a anuência válida do sujeito a respeito do entabulamento de uma relação jurídica sobre determinado objeto”¹².

Conforme o artigo 111 do Código Civil, *in verbis*, “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”, entendendo-se que até o silêncio é fato gerador do negócio jurídico quando, em determinadas circunstâncias, não for necessária a declaração expressa da vontade.

Logo, a parêmia “quem cala consente” não tem juridicidade, e assim o silêncio de alguém só terá valor jurídico se legalmente for permitido, como, por exemplo, no artigo 539 do Código Civil, *in verbis*: “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.”

Já no Direito Romano, a regra é “quem cala não afirma nem nega” (D. 50, 117, 142), mas com exceções, quando a lei atribui ao silêncio valor de concordância ou recusa (D. 23, 17, 1; D. 24, 3, 2, 2).

BOA-FÉ NO NEGÓCIO JURÍDICO

No Direito Romano, *fides bona* significava fidelidade à palavra dada com o dever de cumprimento da promessa, o que levou ao reconhecimento jurídico e, portanto, à possibilidade de intentar ação – que não podia basear-se no *oportere* – em certos contratos que não eram conhecidos no antigo *ius civile*

12. LIMONGI FRANÇA, Rubens. Ato jurídico. In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva. v. 9, p. 26.

(locação, compra e venda), mas o foram primeiramente no comércio internacional dos romanos com os estrangeiros, dando-lhes sanção jurídica o pretor¹³. Com o passar do tempo, esses contratos ingressaram no *ius civile* como negócios jurídicos *juris gentium*¹⁴.

A nova função da *fides bona* era a de exigir que os contratantes agissem sem dolo e conforme o critério de relações leais e honestas. A categoria dos *iudicia bonae fidei* já era conhecida no tempo de Plauto, e sua função de repressão do dolo e da desonestidade é da época de Cícero. No Direito clássico, os *iudicia bonae fidei* dão ao *iudex* maior liberalidade de apreciação, transformando-se a função da *fides bona* em meio de alargamento do *officium iudicis*¹⁵, permitindo ao *iudex* levar em consideração o dolo de um dos litigantes, sem a inserção da fórmula *exceptio doli*, bem como fazer, ao determinar o valor da condenação, a compensação dos créditos e débitos do autor e do réu, e incluir na condenação o valor dos frutos e dos juros não convencionados. Com o desaparecimento do processo formulário, a boa-fé no Direito pós-clássico se transformou em cláusula geral de Direito material que domina todo o sistema contratual.

O Código Civil ao dispor em seu artigo 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os

13. Pretor – do latim *praetor* (chefe), originariamente, era a denominação dada, pelos romanos, ao magistrado, eleito pelas centúrias – uma das divisões políticas dos romanos, composta de cem cidadãos – para administrar a justiça. Na linguagem jurídica brasileira, designa o juiz que oficia nos casamentos civis (DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1991. p. 443).

14. Entre os romanos, o *jus gentium* não significava o que se denomina hoje *direito das gentes*, era tido como o direito comum ao gênero humano e que se apresentava como a conseqüência necessária à vida humana e às relações que existem entre as pessoas (DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit., p. 38).

15. *Officium* exprime o dever, a obrigação jurídica ou tudo que se deve fazer por obrigação (DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit., p. 280).

usos do lugar de sua celebração”, não alude nesse dispositivo à boa-fé subjetiva, que é a consideração dos valores morais de honestidade, probidade, mas, sim, à boa-fé objetiva que, como regra, se caracteriza na conduta reta das pessoas de bem, dentro da sociedade, conforme seu momento histórico.

Sempre se tem a boa-fé no sentido de expressar a intenção pura com que as pessoas realizam o negócio jurídico, certas de que estão agindo na conformidade do Direito, conseqüentemente protegidas pelos preceitos legais.

Dessa forma, quem age de boa-fé está ciente de que é agente do negócio jurídico e que ele está sendo executado dentro do justo e do legal, escoimado de qualquer vício que lhe empane a pureza da intenção.

A lei protege todo aquele que age de boa-fé, quer resiliendo o negócio jurídico, em que se prejudicou, quer mantendo aquele que deve ser respeitado, pela *bonae fidei actiones*.

É assim que a boa-fé objetiva no Direito positivo, provada ou deduzida de fatos que mostram sua existência, justifica a ação pessoal, pela qual se leva à consideração do juiz o pedido não apenas da condenação do infrator em perdas e danos, mas para que se anule o negócio jurídico, ou se integre aquele que agiu de boa-fé no direito que se assegurou quando de sua execução, dando maior segurança ao julgador e ao sistema.

Essa boa-fé, com raiz histórica no Direito Romano, deve estar implícita em todo negócio jurídico, no qual as partes devem não apenas cumprir sua obrigação, mas observar os deveres de lealdade e confiança recíprocas.

REPRESENTAÇÃO

Ao contrário do que ocorre no Direito moderno, no Direito Romano não se admitia, em regra, a representação direta – onde o representante age em nome e por conta do representado –, caso em que os efeitos do negócio jurídico recairiam exclusivamente sobre a pessoa do representado (*dominus negotii*).

No período clássico, o *ius civile* somente admitia raras exceções a esse princípio. No *ius honorarium*¹⁶, em hipóteses excepcionais, encontrava-se a admissão generalizada da representação direta. Justiniano também não aboliu a regra, tendo, no entanto, aumentado o número de exceções a ela.

Segundo Abib Neto, entre nós, "a representação é a relação jurídica, pela qual são conferidos poderes por lei ou mandato, a certa pessoa que se obriga, diretamente com um terceiro, por meio de ato que pratica em nome do representado. Representante convencionado é o que é munido de mandato expresso ou tácito, verbal ou escrito, do representado"¹⁷. A representação legal tem os seus requisitos e efeitos regidos pelos artigos 1.634, V, 1.690, 1.747 e os da representação voluntária pelos artigos 653 a 692, todos do Código Civil.

Em seus artigos 115 a 120, o Código Civil trata da representação legal e convencional no negócio jurídico, disciplinando inclusive o negócio jurídico consigo mesmo e o concluído pelo representante conflitante com os interesses do representado.

Em Direito Civil, a representação é propriamente denominada *mandato*, exprimindo, assim, o meio legal ou jurídico pelo qual a pessoa não presente ou incapaz se faz substituir por outrem, como se fosse ela própria, para praticar atos, que tenha autorizado ou que não possam ser praticados por ela.

Temos duas formas de representação, como supracitado: a convencional e a legal. A primeira é constituída por acordo entre as partes, qual seja, pela outorga de poderes conferidos pela pessoa àquela que o vai representar ou agir em seu nome;

16. De *honores*: a magistratura que se formava pela doutrina dos jurisconsultos e jurisprudência dos juizes, mostrando a origem do Direito nos costumes, nas leis, às constituições imperiais, às jurisprudências (DE PLÁCIDO E SILVA, p. 38).

17. NETO, Abib. *Código Civil interpretado e comentado*. São Paulo: Letras e Letras, 2003. p. 81.

a segunda se dá quando a própria lei a promove, determinando os atos que possam ser praticados pelo representante.

DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

A declaração da vontade é o elemento primordial e essencial do negócio jurídico. Nesse aspecto, nossos doutrinadores são unânimes e ainda salientam que é indispensável a presença da vontade e que ela seja natural, pois só assim o negócio jurídico produzirá efeito entre as partes, pois se a vontade inexistir, o negócio será nulo, pois existiu apenas aparentemente, isto é, de fato, e não de direito.

Mas, se existe a vontade e ela não corresponde com o que o agente quer, o negócio jurídico será anulável – por ação de anulação no prazo decadencial de quatro anos – alegando-se vícios de consentimento (erro, dolo, coação) e aproximando-se destes (lesão e estado de perigo).

Existem também hipóteses em que há vontade interior da pessoa e ela corresponde à manifestação exterior, mas é ilícita, de má-fé, prejudicando terceiros e, sendo assim, o negócio jurídico é inválido. São os vícios sociais que, segundo Clóvis Bevilacqua, “contaminam a vontade manifestada contra as exigências da ordem legal, tornando tal elemento volitivo juridicamente inoperante”¹⁸, como a simulação, que o torna nulo (CC, art. 167, *caput*) e a fraude contra credores, que o torna anulável (CC, arts. 171, II, *in fine*, e 178, II), afrontando e comprometendo as regras comerciais do mundo jurídico.

VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

O vício de consentimento é a desconformidade entre a vontade do agente e sua declaração¹⁹, criando uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real

18. BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. § 50.

19. LISBOA, Roberto Senise, *Manual de direito civil*, op. cit., v. 1, p. 523.

intenção de quem a exteriorizou. Esse vício, um defeito do negócio jurídico, permite ao interessado cassar os efeitos do ato com a anulabilidade.

ERRO

Na técnica jurídica, entende-se o erro como a falsa concepção acerca de um fato ou de uma coisa. É a idéia contrária à verdade, e por princípio o erro vicia o consentimento. *Error excludit consensum*.

O Código Civil refere-se expressamente ao *erro substancial*, que se dá quando se executa um ato, na certeza ou com a intenção de praticar outro, recaindo sobre a substância ou essência do negócio. É o *error in ipso negotio*; por exemplo, podemos citar a pessoa que pensa estar emprestando um automóvel e a outra o recebe como presente, ensejando a anulação do ato. Esse erro é substancialmente conforme o pensamento romano (D. 18, 1, 9, 2, que trata da venda de vinagre por vinho).

Quando o erro recai sobre o *objeto* da prestação, diz-se *error in corpore*. E sobre a pessoa, *error in persona*.

O erro recai na qualidade do objeto quando a pessoa adquire uma estátua de mármore, quando na verdade é de granito comum polido. É o *error in substantia*.

E quanto à pessoa, indicando a falsa idéia que se tem acerca do caráter ou das qualidades morais e mesmo físicas. Hipótese de grande relevância são os casos de anulação de casamento, se houver, por parte dos nubentes, erro essencial quanto à pessoa do outro (desonestidade ou esterilidade não confessa). É o *error in persona*.

O erro de direito (*error juris*, D. 22, 6, 9, 5 *in fine*), refere-se ao fato de alguém enganar-se a respeito da existência da regra jurídica, própria ao ato praticado, ou sua interpretação ser equívoca para o negócio jurídico a ser executado. Esse erro não pode ser alegado para invalidar o negócio jurídico, pois há o princípio de que "*nemo jus ignorare censetur*", a ninguém

escusa o erro de direito, ou seja, ninguém pode alegar desconhecer a lei.

O erro de cálculo (*error in quantitate*) refere-se à quantidade, isto é, prometeu-se como devida uma quantia que não o era, podendo haver a retificação do negócio jurídico, onde cabe, conforme fontes romanas, a *conditio* (C. 2, V1), para a liberação da quantia exata.

Dolo

Na terminologia jurídica, dolo é empregado para indicar toda espécie de artifício, engano ou manejo astucioso promovido por uma pessoa, com a intenção de induzir outrem à prática de um negócio jurídico, em prejuízo deste e proveito próprio ou de terceiro (*dolus est consilium alteri nocendi*).

Os jurisconsultos romanos atribuíam o nome de *dolus malus*, que consistia de manobras astuciosas com a intenção de prejudicar alguém.

No Direito Romano, a *fides bona* adotada pelo pretor urbano ingressa no *ius civile* com nova função: a de exigir que os contratantes de um negócio jurídico ajam sem dolo e segundo o critério das relações honestas e leais, dando ao *iudex* maior liberdade de apreciação, permitindo que levasse em consideração o dolo de um dos litigantes, sem a fórmula da *exceptio doli*, bem como, ao determinar o valor da condenação, fazer a compensação dos créditos e débitos do autor e réu, incluindo na condenação o valor dos frutos dos juros não convencionados.

No Direito Justinianeu, alarga-se a esfera das ações *bonae fidei* e se restringe a das ações *stricti iuris*²⁰.

Na acepção civil, o dolo é vício de consentimento, sendo seu elemento dominante a intenção de prejudicar (*animus*

20. *Stricti iuris* – diz-se dos recursos, ou de direito estrito, em virtude do que não se ampliam nem se estendem a casos que não sejam, expressamente, consignados em lei (DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit., p. 271).

dolandì), tendo como requisitos: o ânimo de prejudicar, que a manobra ou artifício tenha sido a causa do negócio jurídico, a relação de causa e efeito entre o artifício usado e o negócio jurídico por ele realizado, e a participação intencional de um dos contratantes no dolo.

COAÇÃO

A coação, no sentido de constrangimento, exprime a ação conduzida por uma pessoa contra outra, no sentido de fazer diminuir a sua vontade ou de obstar a que se manifeste livremente, a fim de que o agente da coação logre realizar o negócio jurídico, de que participa a outra pessoa, consentindo pelo constrangimento ou violência.

Já dizia Ulpiano que "*nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus*"²¹, nada é mais contrário ao consentimento do que a violência e o temor.

O Direito Romano, imbuído do estoicismo filosófico²², era exigente: o medo só se justificava quando capaz de vencer a resistência de um *constantissimus homo*, não a de um tímido pusilânime.

Em Direito Civil, diz-se vício de consentimento porque a pessoa que consente sob coação se encontra sob forte pressão ou violência, física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*), e somente por esse meio se manifestou afirmativamente.

Para se alegar a coação como vício de consentimento, e anular-se o negócio jurídico, deverão estar presentes os seguintes requisitos: a coação deve ser a causa determinante do ato, deve incutir ao coagido um temor justificado, devendo ser o dano iminente, considerável e referir-se ao coagido, sua família ou a seus bens, forçando-o a manifestar um consentimento contra sua vontade.

21. *Digesto*, Liv. 50, tít. 17, frag. 116.

22. Doutrina filosófica da Antigüidade que condicionava a felicidade a uma atitude de coragem impassível diante da dor e do mal.

LESÃO

A lesão, para o Direito Civil, é prejuízo, perda, particularmente nos negócios jurídicos, designando o prejuízo sofrido por uma das partes, quando a prestação que recebe não equivale àquela que foi por ela cumprida. Deve haver pressupostos subjetivos para a vítima da lesão, qual seja, agir sob premente necessidade (premência negocial) ou por inexperiência. Ocorre tão-só em contratos comutativos, porque nestes deve haver presumida equivalência das prestações, como o lucro exagerado de um contratante, ou um verdadeiro disparate do ponto de vista econômico, evidenciando que a vontade está viciada, por pressões de várias naturezas, como nos exemplifica Silvio de Salvo Venosa: “Caracteriza-se a necessidade, numa época de seca, quando o lesado paga preço exorbitante pelo fornecimento de água”²³.

O instituto da lesão já era conhecido no Direito Romano, e equivalia à alienação da coisa por menos da metade do justo preço (*laesio enormis*)²⁴. Segundo a opinião majoritária dos romanistas, teria sido interpolado, tratando-se de invocação justinianéia. Essa lesão enorme ocorreria quando a coisa fosse vendida por menos da metade do seu efetivo valor, podendo-se obter a rescisão da venda, salvo se o comprador preferisse completar o que havia pago para chegar ao *iustum pretium*.

A lei menciona “manifesta desproporção” entre a vítima e a parte que se beneficia e deverá ser apreciada segundo os valores vigentes à época em que foi celebrado o negócio jurídico. Deve-se lembrar que o requisito é subjetivo apenas para a vítima.

Nosso ordenamento jurídico difere do romano, permitindo que o beneficiado “conteste” o negócio jurídico efetuado,

23. VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 531.

24. Encontra-se no Código de Justiniano, mencionado como pertencente às constituições de Diocleciano e Maximiliano (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 398).

impedindo juridicamente sua anulação, se “oferecer um acordo compatível reduzindo o proveito e a parte prejudicada o aceitar”, quando, em se tratando de venda e compra, a diferença entre o preço e o valor da coisa for mais da metade.

Em nosso Direito positivo, ensejam a restituição do bem vendido ou o restabelecimento da situação anterior os seguintes pressupostos, (CC, art. 157, § 2º):

- objetivo: é o lucro exagerado, pela desproporção das prestações oferecidas por um dos contratantes;
- subjetivo: é o que uma das partes se aproveita da outra pela inexperiência, leviandade ou premente necessidade negocial, independente do poder econômico do lesado.

A matéria ainda é polêmica entre nossos doutrinadores e juízes, suscitando controvérsias acerca da vítima pleitear judicialmente “revisão do negócio jurídico”, ao invés de “anulação” e, como o instituto não se restringe apenas à venda e compra, restará a “indenizatória por perdas e danos”.

ESTADO DE PERIGO

O estado de perigo, conforme o artigo 156 do Código Civil, oferece os elementos que permitem conceituar o instituto: “configura-se quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

Essa regra reveste-se na prática de grande importância, e veio atender a um anseio social, tendo em vista que não são raros os casos em que uma pessoa em estado de grande perigo, para salvar-se ou salvar alguém que lhe é caro, acaba assumindo obrigação demasiadamente onerosa, desproporcional à prestação da outra parte. Imagina-se o exemplo de uma pessoa vítima de um infarto que comparece à emergência de um hospital, ficando totalmente à mercê do estabelecimento e, ao receber alta médica, possui um débito superior às suas condições econômico-financeiras.

Nos textos jurídicos romanos, já havia alusão à figura do instituto em estudo, como ensina Sílvio Rodrigues:

A solução romana, para a relação que assim se estabelece entre as partes contratantes, surge extremamente lógica e se encontra em Ulpiano²⁵. Ensina ele, repetindo lição de Pompônio, que não está abrangida pelo edito *quod metus causa* a obrigação assumida por quem, para melhor se defender contra a força de inimigos ou de ladrões, promete alta recompensa a terceiro, a menos que o beneficiário haja enviado, secretamente, essa força para assaltar a vítima, pois se isso não ocorreu, o promissário apenas receberá a paga do seu trabalho²⁶.

Logo, o estado de perigo constitui vício de vontade que macula o negócio jurídico, afetando a sua validade, porque provoca, nas palavras de Tereza Ancona Lopes, “uma frontal ofensa à justiça comutativa que deve estar presente em todos os contratos”²⁷, uma vez que um contratante, aproveitando-se da situação de perigo, de desespero, do outro contratante, auferindo vantagem indevida, impõe obrigação excessivamente onerosa.

Entendemos, nesse caso, haver o chamado dolo de aproveitamento, em que um contratante vale-se da situação de desespero do outro para auferir vantagem indevida. Ou seja, é preciso que haja a má-fé do outro contratante.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam o estado de perigo citando Moacyr de Oliveira, como sendo “o fato necessário que compele alguém à conclusão de negócio jurídico, mediante prestação exorbitante”²⁸. O jurista

25. Digesto, Liv. IV, Tit. 2, frag. 9, § 1º.

26. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 218.

27. LOPEZ, Tereza Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo, n. 68, p. 56, dez. 2002.

28. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*: atualizado até 2 de maio de 2003. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 74.

português Carlos Alberto da Mota Pinto explica com simplicidade e correção o sentido do estado de perigo: “Situação de receio ou temor gerada por um grave perigo que determina o necessitado a celebrar um negócio para superar o perigo em que se encontra”²⁹.

Maria Helena Diniz oferece alguns exemplos de negócios praticados em situações que podem caracterizar a hipótese prevista no artigo 156 do Código Civil: O pai que, tendo o seu filho seqüestrado, paga vultosa soma de resgate vendendo jóias a preço inferior ao de mercado; o doente, em perigo de vida, que paga honorários excessivos para o cirurgião atendê-lo; a venda de casa a preço irrisório ou fora do valor de mercadológico para pagar cirurgia urgente ou débito de emergência; a vítima de acidente automobilístico ou de incêndio que assume negócio exagerado para que seja logo salvo³⁰.

O negócio jurídico efetivado mediante vício de vontade de estado de perigo é anulável, nos termos do artigo 171, inciso II do Código Civil³¹.

Parte da doutrina critica a solução adotada pelo legislador pátrio, argumentando que melhor solução seria reduzir o valor da prestação daquele que se obrigou em estado de perigo, eliminando a excessiva onerosidade e, dessa forma, equilibrando as prestações, sob pena de se estabelecer um enriquecimento sem causa em favor do declarante, que recebeu por um serviço sem ter que fazer nenhuma contraprestação.

A propósito, argumenta Sílvio de Salvo Venosa que “melhor seria a solução aceita pela doutrina de manter o ato, mas reduzir o valor do pagamento ao justo limite pelo serviço

29. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 531.

30. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 401.

31. “Artigo 171 - Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...) II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

prestado”³². Tereza Ancona Lopez entende que “poderia evitar no estado de perigo a anulação do negócio, o que convém muito mais à segurança e à estabilidade dos negócios. Além do que, no estado de perigo, há um serviço que foi efetivamente prestado e que ficará sem o devido pagamento”³³. No mesmo sentido, a opinião de Sílvio Rodrigues:

Com efeito, o autor da promessa anulada enriqueceu indevidamente, pois deixou de pagar um serviço que lhe foi efetivamente prestado; e o outro contratante sofreu um empobrecimento correspondente ao valor do serviço prestado e que lhe não foi pago. De forma que o juiz, invalidando o negócio jurídico inquinado de vício, deverá, não obstante, fixar uma prestação, a ser paga pelo autor da declaração anulada a seu co-contratante, que equivalha ao serviço efetivamente recebido. Se não o fizer, pode a parte prejudicada com a sentença anulatória pleitear, por meio da ação *in rem verso*, referido pagamento³⁴.

A opinião dos autores citados coincide com a disposição do artigo 1.447 do Código Civil italiano, que prevê: “O juiz, ao pronunciar a rescisão, pode, de acordo com as circunstâncias, atribuir uma eqüitativa compensação à outra parte pelo trabalho prestado”.

Entendemos que a solução adotada pelo legislador pátrio, no sentido de considerar anulável o negócio jurídico efetivado em estado de perigo, é a mais correta, pois visa, em última análise, proteger a boa-fé daquele que se obriga em estado de perigo, e punir a má-fé daquele que se aproveita da situação para obter vantagem indevida, mediante a imposição de obrigação excessivamente onerosa.

Por isso, encontramos razão em Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando sustentam que o negócio

32. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 465.

33. LOPEZ, Tereza Ancona. Op. cit., p. 60.

34. RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 223.

jurídico concluído em estado de necessidade é anulável por não atenderem à função econômico-social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil³⁵, e que “havendo conflito entre a vontade individual declarada e o interesse social, deve prevalecer esse último”³⁶.

Interessante questão pode ser ventilada, na controvérsia aqui suscitada, entre o doutrinador Washington de Barros Monteiro³⁷ e o professor José Fernando Simão³⁸. Na mesma situação histórica, cada um expõe, com uma ótica diferenciada, o seguinte episódio:

O ano é 1485, o campo de batalha é em Bosworth, Inglaterra, onde o rei Ricardo III (da Casa de Lancaster – Rosa Vermelha) está no poder e é chamado de “usurpador”. A batalha de Leicester se inicia. As forças do rei Ricardo III são paulatinamente dizimadas, mesmo o rei tendo praticado muitos atos de bravura (...) sentindo que a batalha estava irremediavelmente perdida (...) decide avançar, pessoalmente, contra Henrique Tudor e matá-lo. Montado em seu cavalo, o rei consegue derrubar as forças inimigas e se aproxima do traidor, quando seu cavalo é atingido por uma flecha e Ricardo vai ao chão. Ricardo, diante dessa situação grita: *‘A horse, a horse, my kingdom for a horse!’* (do original de Shakespeare), ou seja, ‘um cavalo, um cavalo, meu reino por um cavalo!’”

Segundo Washington, entendem alguns autores ser uma “coação”, embora considerando os mesmos não se tratar da mesma, uma vez que o constrangimento não emana de um dos contratantes, mas de imprevisível acontecimento em que

35. “Artigo 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

36. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 740.

37. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1, p. 239.

38. SIMÃO, José Fernando. Ricardo III e o estado de perigo como vício de consentimento. Disponível em: <www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 3 mar. 2005.

estes são alheios. Já o professor Simão entende que temos um exemplo clássico de “estado de perigo”, pois, para salvar-se dos perigos evidentes da batalha, Ricardo III oferece todo seu reino em troca de um animal, entendendo que, nos termos do artigo 156, o rei encontrava-se premido da necessidade de se salvar e, portanto, assume obrigação excessivamente onerosa. Certamente, seu reino valia muito mais que um cavalo!

E quem ganhou a batalha de Bosworth Field? Sugerimos a leitura de: PLAYD, Jean. *O sol em esplendor*. Rio de Janeiro: Record.

VÍCIOS SOCIAIS

Consideram-se vícios sociais aqueles em que o defeito do negócio jurídico atinge pessoas estranhas ao ato, aqueles que de boa-fé negociam com um dos agentes simuladores. A norma jurídica protetiva na espécie inspira-se no princípio da aparência. Deve-se entender que um terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado, o que poderá tornar o negócio jurídico nulo.

SIMULAÇÃO

A simulação (*simulatio*) é o artifício ou o fingimento na prática de um negócio jurídico, com a intenção de enganar ou de mostrar o irreal como verdadeiro.

É a simulação vício que nasce com a intenção de ludibriar terceiro em negócio jurídico, havendo conluio das partes que a promovem. Como exemplo, temos a doação que se faz sob a aparência de venda.

Perante o Direito Romano, já era princípio assente que, quando as partes, voluntariamente ou por erro, dão a um ato uma qualificação supondo condições que não se acham reunidas na espécie, o ato não será menos válido ou eficaz, desde que a intenção das partes seja suscetível de ser realizada. Somente quando a simulação era praticada *in fraudem legis*, não se aplicava a regra.

A simulação apresenta-se com as seguintes características:

- em regra, é declaração bilateral da vontade;
- é sempre concertada com a outra parte, ou com as pessoas a quem ela se destina;
- não corresponde à intenção das partes;
- é feita no sentido de iludir terceiros³⁹.

Nossos doutrinadores distinguem duas espécies de simulação:

- simulação absoluta: é aquela praticada com fins ilícitos, cujo resultado é um negócio jurídico fictício, com o objetivo de prejudicar um terceiro, como exemplo, temos as hipotecas de imóveis forjadas em detrimento de credores sem garantia;
- simulação relativa: é aquela praticada para disfarçar o negócio jurídico, seja porque é vedado por lei ou porque não possa ser praticado, embora podendo ser válido e lícito. Como exemplo, quando num negócio jurídico de venda e compra, é estabelecido preço menor ao real, ocultando-se o verdadeiro preço da venda, com a intenção de burlar o Fisco. Há verdade quanto ao negócio jurídico (venda e compra), mas artifício em relação ao seu conteúdo e efeitos que produz.

FRAUDE CONTRA CREDITORES

A fraude contra credores é caracterizada quando o devedor insolvente ou na iminência de se tornar insolvente se desfaz de seus bens para impossibilitar que seus credores tomem esses bens como pagamentos de dívidas. É um artifício ilícito e anulável, previsto nos artigos 158 a 165 do Código Civil vigente. O Código permite aos credores, em detrimento de seus interesses, desfazer os atos fraudulentos praticados pelos

39. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 249.

devedores, por meio da ação pauliana, desde que ocorridos os pressupostos caracterizadores da fraude contra credores.

Na época do Império Romano, quando ainda em vigor a famosa Lei das XII Tábuas, havia grande semelhança entre os aspectos civis e penais da condenação imposta ao devedor, e o procedimento importava em realizar-se a execução, caso o devedor não cumprisse a obrigação de forma voluntária, por meio da autoridade privada, sob a supervisão do magistrado.

Tal materialização, a qual se dava por meio da chamada *actio iudicati*, consistia, em linhas gerais, em estipular-se 30 dias para o cumprimento voluntário, sendo que, findo tal prazo, poderia o credor recorrer à *manus injectio*. Sucedia então a *addictio*, por meio do que, exposto em feira durante três dias, na hipótese de ninguém se apresentar para solver a dívida, passava o credor a dispor de forma ampla acerca da pessoa de seu devedor, podendo, a partir de então, vendê-lo como escravo, ressarcindo-se de seu crédito⁴⁰.

Fala-se inclusive na possibilidade de, em havendo mais de um credor, poderem eles “dividir” o corpo do devedor, o que, apesar de para alguns consistir no direito de vendê-lo, dividindo o preço apurado, para outros, mais radicais, tal direito deveria ser interpretado em sentido literal, traduzindo-se na divisão do próprio corpo do devedor.

O certo é que, por meio da Lex Poetelia, foi encerrado o período de maior gravidade em relação à pessoa do devedor, na medida em que foi abolida a pena capital, assim como o foram os meios de maior exposição vexaminosa, em especial as cadeias e os grilhões, mantendo-se, entretanto, a execução sobre a pessoa do devedor.

Justificava-se, naquela oportunidade, a aplicação das penas ligadas diretamente à pessoa do devedor, na medida em que acreditavam serem aqueles meios eficazes no objetivo final

40. CICERO, Marco Tulio. *Dos deveres*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14-15.

de constranger o réu a pagar, pessoalmente, sua dívida, ou, de forma transversa, sensibilizar componentes daquele grupo a solver a dívida, livrando seu ente de tais castigos.

Em seguida, e de forma bastante semelhante, surgiu, introduzida pelo pretor, a *missio in possessionem bonorum*, com a *bonorum venditio* e a *bonorum proscriptio*. Tal procedimento consistia, inicialmente, em ser transmitida a posse dos bens do devedor a seus credores para que, em seguida, após se proceder a venda daqueles bens, em forma de "universalidade", fossem satisfeitos os devidos pagamentos dos respectivos créditos.

No Direito Romano, é clara uma evolução, pois, ao longo do tempo, o devedor deixou de responder fisicamente por seu débito, passando seu patrimônio, e apenas ele, a garantir suas dívidas. A partir daí, surgiu a possibilidade do devedor tornar-se insolvente, pela doação ou alienação de seus bens, que seriam de seus credores por direito. Logo, o pretor romano precisou inventar um instrumento que invalidasse esse comportamento perante o *jus civile*. A resposta foi conceder aos credores a ação pauliana.

São elementos da fraude contra credores:

- objetivo (*eventus damni*): todo ato prejudicial ao credor, por tornar o devedor insolvente ou por ter sido realizado em insolvência;

- subjetivo (*consilium fraudi*), presunção legal do intuito fraudulento: má-fé e intenção de prejudicar para ilidir os efeitos da cobrança;

- anterioridade do crédito: é fácil a identificação deste requisito, uma vez que é impossível o credor ceder o empréstimo sem antes verificar se o devedor possui bens em face da garantia do negócio. Logo, o crédito deve ser anterior à alienação do bem.

A fraude contra credores é apenas uma espécie de fraude, e a ação para desfazer o negócio jurídico contaminado de fraude é a ação pauliana. Sendo esta julgada procedente e

anulado o negócio jurídico, o bem retorna ao patrimônio do devedor, podendo ser alcançado pelo credor.

A doutrina enumera os seguintes requisitos da ação pauliana:

- o objetivo (*eventus damni*), que é “todo ato prejudicial ao credor, por tornar o devedor insolvente, ou por ter sido praticado em estado de insolvência”⁴¹;

- o subjetivo (*consilium fraudis*), que é a “má-fé, o intuito deliberado de prejudicar (...) sendo suficiente que o devedor tenha consciência de que de seu ato advirão prejuízos”.⁴²

Para concluir este tópico, há que se destacar as palavras de Silvio de Salvo Venosa:

O homem, ávido por proveitos materiais, não mede esforços nem conseqüências para conseguir vantagem, ainda que em prejuízo do próximo. A fraude não é somente fruto da simples desonestidade, mas principalmente resultado de inteligências apuradas e de astúcia. Por isso, pelos princípios gerais de Direito e pela eqüidade, não está o julgador adstrito tão-só à lei para punir e coibir a fraude, em todas as suas formas.⁴³

CONCLUSÃO

Analisamos neste artigo o “negócio jurídico” hodiernamente, destacando as influências que sofreu do Direito Romano.

Na esteira do desenvolvimento social da humanidade, pudemos distinguir que o instituto se modifica a partir da necessidade e do momento vivido pelas pessoas dentro de seus relacionamentos contratuais.

Na concepção tradicional de negócio jurídico, havia a exacerbada preocupação com a segurança jurídica, sendo protegida pela crença de que aquele que é livre não pode, ao

41. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 216.

42. Idem, ibdem p. 216.

43. VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil*: parte geral, cit., p. 523.

submeter-se a um negócio jurídico, deixar de honrá-lo, pois quem diz contratual diz "justo".

O modelo do negócio jurídico passado, que tinha a autonomia da vontade como a única fonte geradora de direitos e obrigações, não corresponde à realidade global de nossos dias, e teve seus princípios alterados.

Segundo a perspectiva civilista, a aplicação ao negócio jurídico dos novos princípios contratuais levou à quebra da hegemonia que era atribuída à autonomia da vontade. Tais princípios encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, seja como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, seja como princípios instrumentais da ótica solidarista, seja como corolários do valor social da livre iniciativa ou, por fim, da condição de princípios componentes da ordem econômica social da qual o negócio jurídico é parte integrante.

Contudo, em pleno século XXI, ainda se sustenta a aplicação do princípio da autonomia da vontade, sem dar a mínima importância a valores e princípios constitucionais que efetivamente vieram a modificar a moldura do negócio jurídico, incluindo-se aí a relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato.

O que importa hoje não é mais a exigência pura e simples do cumprimento das cláusulas contratuais, pois o Estado interventor obriga que as relações sejam pautadas pela confiança, lealdade, boa-fé, não onerosidade excessiva, nem abuso de direito da parte mais forte economicamente sobre a mais vulnerável.

Várias são as possibilidades encontradas para o contratante prejudicado buscar a proteção de seus direitos enquanto pessoa, não apenas nos casos de vício de vontade e consentimento. Para que um contrato "faça jus" à tutela do Direito, é necessário que observe a sua destinação social.

Isso ocorre porque o negócio jurídico contratual, além de desempenhar a função de propiciar a circulação de riquezas – função econômica –, possui uma função social.

A flexibilização e a funcionalização do contrato configuram imperativos, no sentido de sintonizarem a lei ao fato social, na busca da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana, cerne de todo o ordenamento jurídico. Assim, apenas o contrato que cumpre a sua função social merece tutela constitucional.

Por fim, impõe-se uma releitura do Direito Civil e, dentro disso, do negócio jurídico e seus defeitos, quais sejam, os vícios de consentimento – erro, dolo, coação – e, ao lado desses a lesão e estado de perigo, e os vícios sociais – simulação e fraude contra credores –, levando sempre em conta a inteligência da pessoa humana, fim último do trabalho do jurista.