lusitano Carlos Alberto da Motta Pinto quando aponta que "contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leigo na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar."
(GARCIA, Leonardo de Medeiros. Deveres de consideração nas relações contratuais. In https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3465/2481, acesso em 14.08.2019)

2.9. Organização criminosa.

A Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, logo no parágrafo 1º, do seu artigo 1º, dispõe:

"§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas,

ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

Assim, abrange o conceito legal de organização criminosa: a) associação de 4 ou mais pessoas; b) estrutura organizacional com hierarquia entre os agentes; c) divisão de tarefas, ainda que informalmente; d) busca de vantagem indevida.

Segundo Guilherme Nucci[83]: "*Cuida-se de delito de perigo abstrato, ou seja, a mera formação e participação em organização criminosa coloca em risco a segurança da sociedade*". Assim, o bem jurídico tutelado é a chamada "paz pública", que também pode ser denominada como "segurança interna" ou "segurança pública".

Isso porque as organizações e associações criminosas exercem um poder clandestino, mas real sobre seus membros. E podem, ou não possuir finalidade política, com o fito de abalar o monopólio Estatal normativo e coercitivo, criando, dessa forma,

---

[83] NUCCI, Guilherme, *Organização criminosa – Aspectos legais relvantes*. Disponível em https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/organizacao-criminosa-aspectos-legais-relevantes. Acesso em 12/08/2019

um "Estado paralelo", que não se subsumi à normalização tradicional[84].

Há, portanto, uma antecipação da punibilidade, na medida que visa a proteção de um bem jurídico volátil, qual seja, a ordem pública, e justifica-se porque o crime organizado tem como característica marcante a usurpação do próprio poder do Estado enquanto instituição política e jurídica, tornando assim imprescindível a manutenção da tranquilidade pública.

Nesse sentido, afirmou Glaucio Roberto Brittes de Araújo[85], em sua tese de doutorado intitulada "*Imputação de autoria e participação em organizações criminosas*", p. 138, quando cita José Paulo Baltazar Junior:

> "*comungamos do entendimento de José Paulo Baltazar Junior (2008) no sentido de que a proibição de insuficiência é especialmente relevante quanto ao dever estatal de garantir a segurança, bem*

---

[84] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Bem jurídico tutelado nos crimes de organização ou associação criminosa* Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 12 ago 2019. Disponivel em https://conteudojuridico.com.br/coluna/1900/bem-juridico-tutelado-nos-crimes-de-organizacao-ou-associacao-criminosa. Acesso em 12 ago 2019.

[85] DE ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes, Tese apresentada para obtenção de grau de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: "*Imputação de autoria e participação em organizações criminosas*", 2017, p. 138

jurídico que conforma e condiciono exercício dos direitos fundamentais e torna possível o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade. A segurança abrange a proteção de outros direitos, sejam individuais, como vida e liberdade, honra e propriedade, sejam coletivos, como meio ambiente, paz e ordem econômica. Assim, ele atribui à segurança, externa e interna – não apenas a jurídica, no nível normativo, mas dos bens jurídicos contra agressões reais de terceiros – status superior ao de outros direitos fundamentais, incluindo sua dimensão subjetiva, de estar livre do medo. Divergindo das concepções da Escola de Frankfurt, prestigia o papel do Estado no oferecimento de confiança, ao debelar o perigo, ainda que com a ingerência penal. O autor pondera que, mesmo para a ideologia liberal, a segurança contra o Estado não exclui a segurança por meio do Estado. A omissão estatal, por sua vez, caracterizaria quebra do princípio da proteção da confiança, embora o dever de obediência ao direito alcance também os cidadãos, sob a égide do monopólio estatal da força e do princípio democrático."

2.10. Ato administrativo e invalidade.

Ato administrativo é espécie de ato jurídico. Define-o a corrente tradicional como "toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"[86]. Os elementos do ato administrativo, para a corrente tradicional, são os do ato jurídico em geral (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei), além dos motivos e da finalidade do ato, ou seja:

a.1) motivo ou pressuposto: diz respeito aos fundamentos da prática do ato, podendo vir expresso em lei, como nos atos vinculados, ou ficar a critério do agente, como nos atos discricionários. Na primeira hipótese, o agente deve justificar expressamente a existência do motivo para a prática do ato; na segunda, não está obrigado, mas se o fizer ficará jungido ao motivo declarado;

---

[86] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 133.

a.2) agente competente: a capacidade do agente, no direito público, presume-se e expressa-se na regra de competência, isto é, "*o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções*"[87], que é inerente à função pública, e não à pessoa do agente;

a.3) forma prescrita em lei: a liberdade de forma da manifestação da vontade, que é regra no direito privado, é exceção no direito público, em que a Administração deve manifestar-se seguindo procedimentos especiais e valendo-se da forma prescrita em lei. De ordinário, a forma do ato administrativo é a escrita, observadas as disposições da lei específica;

a.4) objeto ou conteúdo: o objeto deve estar relacionado com a específica competência da autoridade e com o grau de opção atribuído (nos atos vinculados, o objeto está determinado no preceito legal, e nos atos discricionários o objeto tem de estar dentro dos limites legais da liberdade apreciativa conferida à Administração);

a.5) finalidade: é "*o objetivo de interesse público a atingir*"[88].

---

[87] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 134.

[88] Idem, p. 135.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo como "declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional."[89]. Para o autor, o ato administrativo contém dois elementos e seis pressupostos.

São seus elementos:

a) conteúdo: isto é, "o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica"[90];
b) forma: "é o revestimento externo do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência"[91].

No plano da validade, há seis pressupostos do ato administrativo:

a) pressuposto objetivo: o motivo da prática do ato;

---

[89] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, p.173-174.

[90] Idem, p.177.

[91] Idem, p.178.

b) pressuposto subjetivo: qual o agente competente para o ato;

c) pressuposto teleológico: a finalidade do ato, ou o bem jurídico almejado;

d) pressuposto procedimental: "os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros *atos jurídicos*, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado"[92];

e) pressuposto causal: é a causa, como "vínculo de pertinência entre o *motivo* e o *conteúdo* do ato. Pode-se defini-la como 'a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato'"[93];

f) pressuposto formalístico: modo específico estabelecido para a exteriorização do ato.

Já Eurico Marcos Diniz de Santi[94] estabelece distinção entre o ato-fato administrativo e o ato-norma administrativo, isto é, entre o ato praticado pela autoridade que consiste em fato jurídico

---

[92] Idem, p.184.

[93] Idem, p.187.

[94] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento tributário, p. 95-110.

que, ao lado de outros fatos jurídicos, integra o suporte fático do fato jurídico suficiente no "processo" de produção do ato-norma; este, por sua vez, é o "produto", vale dizer, é a norma individual e concreta que relaciona à descrição de um fato concreto (motivação) uma relação jurídica intranormativa, em que o Estado, ou alguém por ele, compõe um de seus termos. Assim, sob a denominação "ato administrativo" da doutrina em geral, há, a um só tempo, um fato jurídico e uma norma jurídica.

O ato-norma administrativo tem a estrutura lógica das normas jurídicas, cujo antecedente é a ocorrência de um fato concreto, e cujo prescritor põe relação jurídica entre o Estado e outra pessoa[95], sob regime jurídico administrativo, ou seja, cujo objetivo é a realização, no processo de positivação, das normas gerais e abstratas que observam os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Em razão desta distinção, colocam-se como elementos do ato-norma administrativo aqueles da sua estrutura interna, e como pressupostos os que são externos à estrutura normativa, compondo o fato jurídico suficiente (ato-fato administrativo).

---

[95] Já que é possível relação jurídica administrativa entre dois entes públicos.

Conseqüentemente, são elementos do ato-norma administrativo:

a) no antecedente, descrição do motivo do ato - "motivação" (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

b) no conseqüente, o sujeito ativo (pessoa política, ou pessoa que exerça a função pública) da relação jurídica administrativa, titular de um poder em relação ao sujeito passivo (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

c) ainda no conseqüente, o sujeito passivo dessa relação (pessoa com personalidade jurídica, titular de um dever em relação ao sujeito ativo (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

d) por fim, a conduta prescrita, objeto da relação jurídica administrativa (S_2 está obrigado/proibido/permitido a prestar a conduta P a S_1).

A par dessas variáveis, há ainda três constantes relacionais: duas não modalizadas, que ligam antecedente e conseqüente [um functor que confere validez normativa ("se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2), e o nexo de causalidade jurídica (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2)], e outra modalizada no interior da relação jurídica prescrita no conseqüente,

modalizado em obrigado, proibido ou permitido (S_2 está obrigado/proibido/permitido a prestar a conduta P a S_1).

Por sua vez, os pressupostos fáticos do ato-fato administrativo são:

a) agente público competente: sujeito - produtor do ato-fato que compõe o fato jurídico suficiente para o surgimento do ato-norma administrativo, e ao qual foi cometido poder para praticá-lo;

b) procedimento previsto na norma geral e abstrata: fato singular, ou série de fatos jurídicos, previsto para a formação e expressão da vontade da Administração, que compõe o fato jurídico suficiente necessário para o surgimento do ato-norma administrativo;

c) motivo do ato: fato jurídico, ou série de fatos jurídicos, que geram permissão ou obrigação para que o agente público pratique o ato-fato, compondo igualmente o fato jurídico suficiente para o surgimento do ato-norma administrativo;

d) publicidade: fato jurídico de publicação em meio de comunicação ou de comunicação direta ao interessado,

que coloca o ato-fato no mundo intersubjetivo e lhe atribui juridicidade[96].

Limitando-se, na estrutura da norma jurídica, a "causalidade" (imputação) ao nexo lógico intranormativo que relaciona as proposições (motivação, no antecedente, e relação jurídica administrativa no conseqüente), que é constante lógica, decorre causa não é elemento do ato-norma administrativo, ou da relação jurídica intranormativa (ao contrário do motivo, que integra o ato-fato, e da motivação, que compõe o ato-norma), mas nexo entre o ato-fato e o ato- norma[97].

De modo similar, a finalidade é apenas o nexo lógico entre a norma geral e abstrata disciplinadora da criação do ato-norma (que prescreve a finalidade da relação intranormativa em abstrato, ou seja, os valores tutelados pelo sistema) e a norma individual e concreta (que prescreve o fim da relação jurídica intranormativa – "conteúdo do ato"), o que ocorre no processo de positivação.[98]

---

[96] Já que se sustenta que o direito existe para regular as relações humanas intersubjetivas.

[97] Como coloca o doutrinador, "*esta tese não refuta a importância da "teoria da causa como pressuposto lógico do ato administrativo"*, ao contrário precisa seus termos e sua utilidade. O que naquela era apontado então como "*defeito de "causa", causando sim espécie por sua imprecisão, nesta que propomos diz-se defeito de motivação ou defeito na relação jurídica intranormativa. Com efeito, particulariza o vício, propiciando, assim, seu efetivo controle e determinação.*". SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, p. 102.

[98] "*Finalidade é a cópula deôntica que o ordenamento jurídico – numa síntese de seus princípios e valores (fins) concentrada na*

A doutrina tradicional divide os atos administrativos em atos válidos, nulos e inexistentes.[100] Assim, ato administrativo válido é o emanado de autoridade competente, de acordo com o procedimento previsto, que contém todos os seus elementos; ato administrativo nulo é aquele viciado pela ausência, ou por defeito em seus elementos constitutivos, ou no procedimento de sua edição. Hely Lopes Meirelles não admite a categoria dos atos administrativos anuláveis, embora admita a sua conversão em outro ato válido, para o qual estejam presentes todos os seus elementos.[101] Ato inexistente é o que se reveste de aparência de ato administrativo, mas que sequer se aperfeiçoou, por falta de um ou mais de seus elementos.

---

norma de competência material – transfere para a norma inferior, o ato-norma administrativo, atestando sua adequação e pertinencialidade com os "valores" do sistema jurídico que congrega". SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Op.cit.*, p. 103.

[100] Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.156. Cavalcanti, Themistocles B. Teoria dos atos administrativos, pág. 189.

[101] "*Embora alguns autores admitam o ato administrativo anulável, passível de convalidação, não aceitamos essa categoria em Direito Administrativo, pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa. Daí a impossibilidade jurídica de se convalidar o ato considerado anulável, que não passa de um ato originariamente* **nulo**." (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 156).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro analisa os vícios dos atos administrativos em cada um de seus elementos: a) sujeito (incompetência - usurpação de função, excesso de poder e função "de fato" - e incapacidade); b) objeto (o ato será viciado se não for lícito, ou possível, ou moral, ou determinado); c) forma (omissão, ou observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou validade do ato); d) motivo (inexistência ou falsidade do motivo); e) finalidade (desvio de poder ou de finalidade), dividindo-os entre os sanáveis (caso de nulidade relativa) e os insanáveis (caso de nulidade absoluta).[102]

Celso Antônio Bandeira de Mello distingue os planos de perfeição (existência), em que já foi esgotado o procedimento de produção do ato administrativo; de validade, em que o ato está conforme as prescrições normativas; e de eficácia, em que o ato administrativo está apto a produzir os seus efeitos próprios. Aceita, ainda, a distinção entre atos administrativos anuláveis (que são convalidáveis) e nulos (que não podem ser convalidados), ao lado dos inexistentes.[103]

---

[102] cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 194-205.

[103] "*Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas, portanto, fora do possível jurídico e racionalmente*".

Eurico Marcos Diniz de Santi coloca que o fato exaure-se em sua concretização, mas a sua articulação lingüística persiste. Como a validade refere-se à relação de pertinencialidade da norma a um dado sistema jurídico, apenas a norma (o ato-norma administrativo) pode ser objeto de invalidação. Entende o autor que nulidade e anulabilidade são "técnicas de eliminação"[104] de normas jurídicas individuais e concretas inquinadas pela invalidade (vício nos pressupostos ou nos elementos), em que incide a norma de invalidação. O ato-norma nulo (não passível de invalidação, cujos efeitos são desconstituíveis *ex tunc*) exibe os vícios necessários para configurar o fato jurídico suficiente do ato-norma de nulidade; o ato-norma anulável (passível de convalidação, cujos efeitos são desconstituíveis *ex nunc*) apresenta os vícios necessários para configurar o fato jurídico suficiente do ato-norma de anulação. A sanção de nulidade ou de anulabilidade é opção de valor do legislador, ressalvado que a falta de elementos da estrutura do ato-norma administrativo não é passível de convalidação[105], ao contrário dos vícios nos pressupostos do ato-fato.

(MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, p. 231).

[104] Santi, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento tributário, pág. 113-114.

[105] Já que, segundo o autor, haveria em realidade novo ato. (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, p. 116).

São elementos do ato-norma administrativo de decretação de nulidade aqueles da sua estrutura interna, e pressupostos os que são externos à estrutura normativa, compondo o fato jurídico suficiente (ato-fato administrativo). Conseqüentemente, são seus elementos:

a) no antecedente, descrição do motivo do ato - "motivação", que se refere a vício nos pressupostos ou na relação jurídica intranormativa do ato atacado, (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

b) no conseqüente, o sujeito ativo (pessoa política, ou pessoa que exerça a função pública) da relação jurídica administrativa, titular do poder de desconstituir *ex tunc* a relação jurídica inválida;

c) ainda no conseqüente, o sujeito passivo dessa relação (pessoa com personalidade jurídica, titular do dever de submeter-se à invalidação do ato-norma viciado (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

d) por fim, a conduta prescrita, objeto da relação jurídica administrativa (S_2 está obrigado a prestar a conduta P a S_1) que consiste na submissão à retirada a norma individual e concreta (e nula) do sistema.

A par dessas variáveis, há ainda três constantes relacionais: duas não modalizadas, que ligam antecedente e conseqüente [um functor que confere

validez normativa ("se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2), e o nexo de causalidade jurídica (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2)], e outra modalizada no interior da relação jurídica prescrita no conseqüente, modalizado em obrigado, proibido ou permitido (S_2 está obrigado a prestar a conduta P a S_1).

Por sua vez, os pressupostos fáticos do ato-fato administrativo de decretação de nulidade são:

a) agente público competente: sujeito - produtor do ato-fato que compõe o fato jurídico suficiente para o surgimento do ato-norma administrativo de invalidação, e ao qual foi cometido poder para praticá-lo, ausente qualquer impedimento para a sua realização;

b) procedimento previsto na norma geral e abstrata: fato singular, ou série de fatos jurídicos, previsto para a formação e expressão da vontade da Administração, que compõe o fato jurídico suficiente necessário para o surgimento do ato-norma administrativo de decretação de nulidade;

c) motivo do ato: fato jurídico, ou série de fatos jurídicos, que geram permissão ou obrigação para que o agente público pratique o ato-fato, compondo igualmente o fato jurídico suficiente para o surgimento do ato-norma administrativo invalidante de outro;

d) publicidade: fato jurídico de publicação em meio de comunicação ou de comunicação direta ao interessado, que coloca o ato-fato desconstitutivo no mundo intersubjetivo e lhe atribui juridicidade.

A seu turno, são elementos do ato-norma administrativo de anulação aqueles da sua estrutura interna, e pressupostos os que são externos à estrutura normativa, compondo o fato jurídico suficiente (ato-fato administrativo). Conseqüentemente, são seus elementos:

a) no antecedente, descrição do motivo do ato - "motivação", que se refere a vício nos pressupostos ou na relação jurídica intranormativa do ato atacado, (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

b) no conseqüente, o sujeito ativo (pessoa política, ou pessoa que exerça a função pública) da relação jurídica administrativa, titular do poder de desconstituir *ex nunc* a relação jurídica inválida;

c) ainda no conseqüente, o sujeito passivo dessa relação (pessoa com personalidade jurídica, titular do dever de submeter-se à invalidação do ato-norma viciado (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2);

d) por fim, a conduta prescrita, objeto da relação jurídica administrativa (S_2 está obrigado a prestar a

conduta P a S_1) que consiste na submissão à retirada a norma individual e concreta (e anulável) do sistema.

Além disto, há ainda três constantes relacionais: duas não modalizadas, que ligam antecedente e conseqüente [um functor que confere validez normativa ("se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2), e o nexo de causalidade jurídica (se F, deve-ser a relação R entre S_1 e S_2)], e outra modalizada no interior da relação jurídica prescrita no conseqüente, modalizado em obrigado, proibido ou permitido (S_2 está obrigado a prestar a conduta P a S_1).

Por sua vez, os pressupostos fáticos do ato-fato administrativo de anulação são:

a) agente público competente: sujeito que produz o ato-fato que compõe o fato jurídico suficiente para o surgimento do ato-norma administrativo de invalidação, e ao qual foi cometido poder para praticá-lo, ausente qualquer impedimento para a sua realização;

b) procedimento previsto na norma geral e abstrata: fato singular, ou série de fatos jurídicos, previsto para a formação e expressão da vontade da Administração, que compõe o fato jurídico suficiente necessário para o surgimento do ato-norma administrativo de anulação;

c) motivo do ato: fato jurídico, ou série de fatos jurídicos, que geram permissão ou obrigação para que o agente público pratique o ato-fato, compondo igualmente o fato jurídico suficiente para o surgimento do ato-norma administrativo que anule outro;

d) publicidade: fato jurídico de publicação em meio de comunicação ou de comunicação direta ao interessado, que coloca o ato-fato desconstitutivo no mundo intersubjetivo e lhe atribui juridicidade.

Similarmente, este modo de análise também pode ser aplicado aos atos e negócios jurídicos de direito privado.

2.11. Simulação de negócio jurídico

Simulação é fato jurídico em que uma ou mais pessoas, de comum acordo, formalizam um ato jurídico, negócio jurídico ou contrato cujo objeto nenhuma das partes pretende, ou diverso do que elas querem. A respeito, preleciona a doutrina:

> " *Ao passo que no Código de 1916 a simulação era tratada como causa de anulabilidade (art. 14 7, II), no novo Código aparece como geradora de nulidade (art. 167). Nota-se ainda que, no diploma anterior, a simulação figurava entre os defeitos do ato*

jurídico (arts. 102-105), enquanto no novo texto aparece no próprio capítulo dedicado à invalidade do negócio jurídico. A escolha legislativa, de passar a simulação de causa de anulabilidade a de nulidade, é respaldada na idéia de que tal figura, mais que restrita a atingir interesses privados, ofende o interesse público de correção e veracidade nas relações negociais. A questão não é puramente volitiva, de solução com base apenas na vontade das partes, mas, muito pelo contrário, liga-se à causa do negócio jurídico, pois, como ensina Pugliatti, "o acordo simulatório priva o negócio da sua causa"63.

Simular significa fazer parecer real, imitar, fingir, aparentar. Ou diga-se, como Cabral de Mancada, que "por simulação entende-se o ato de alguém que, conscientemente e com a conivência de outra pessoa, a quem a sua declaração é dirigida, faz conter nesta, como vontade declarada, uma coisa que nenhuma delas quer, ou uma coisa diversa daquela que ambas querem"64.

O princípio da autonomia privada certamente envolve a possibilidade, para as partes, de

determinar o tipo de negócio que desejam celebrar. Todavia, o poder de autodeterminação negocial não compreende a pretensão de simular, que é expressamente vedada pelo ordenamento65.

A lei prevê as seguintes hipóteses de simulação: a) quando os atos ou negócios aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas a quem realmente se conferem ou transmitem (CC1916, art. 102, I; CC2002, art. 167, § 1°, 1), havendo uma interposição fictícia de pessoa; b) quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (CC1916, art. 102, II; CC2002, art. 167, § 1 °, II), isto é, quando a simulação atinge o próprio conteúdo do negócio; c) quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados (CC1916, art. 102, III; CC2002, art. 167, § 1 °, III), ou seja, quando houver falsidade na indicação da data de tais documentos."

(MATTIETTO, LEONARDO. "Invalidade dos atos e negócios jurídicos", in "A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.", TEPEDINO, Gustavo coord., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág. 309-343)

" Como bem afirma Gianfranco Palermo, os atos mediante os quais a fraude ou a simulação se realizam estão longe de constituírem uma "categoria" dotada de caracteres próprios. Em realidade, não existem tais negócios, passíveis de serem isolados mediante análise interna do esquema típico. A qualificação que a eles se pode ofertar decorrerá de particularidades extrínsecas, seja porque viola indiretamente uma norma cogente ou proibitiva (fraude à lei); seja porque causa prejuízo a terceiros, mediante um ardil qualquer (simulação). Caberá, pois, ao intérprete, a tarefa de isolar a desarmonia funcional entre enunciado normativo e ação dos sujeitos.

Todo negócio simulado é, na sua estrutura, um negócio perfeito. É possível que venhamos a identificar um vício de função sobre o comportamento dos sujeitos, não obstante sua correção lógica. Nesse diapasão, entendia Betti que a simulação consistiria numa discrepância entre a causa típica do negócio aparente e a intenção prática perseguida em concreto. Assim, pode-se perfeitamente encontrar funções ilícitas

no exercício de autonomia privada, numa flagrante incompatibilidade com a causa.

Partindo de tal formulação, baseada na divergência de causas, e ajeitando-a segundo uma visão normativista, temos que a presença de duas normas jurídicas, postas pelas partes, com causas que se anulam no seu propósito negocial (simulação relativa); ou mesmo a formulação de um negócio sem causa (simulação absoluta), prestam-se perfeitamente como medida para a definição do que se pretende atribuir para o conceito de simulação. Assim, a relação simulatória rege-se por duas normas jurídicas distintas, a que cria o negócio simulado (i) e aquela que estabelece o "pacto simulatório" (ii), variando segundo a modalidade de composição do ato simulado.

Mediante exercício de autonomia privada, as partes (fonte normativa) criam uma específica relação entre elas, com a finalidade de predispor, perante terceiros de boa-fé, uma aparência de negócio jurídico legítimo, com causa própria, a partir de concurso de declarações de vontade. O texto que o constitui poderá ter qualquer objeto, dentre os permitidos pelo ordenamento,

nos termos da declaração, usada tanto para encobrir outro negócio de interesse das partes (simulação relativa), como para criar uma ficção (simulação absoluta).

Em paralelo, também por um ato de vontade (decisão ou "fonte") das partes, põe-se outra norma jurídica no ordenamento, mediante ato jurídico próprio, cujo programa normativo estabelece uma relação jurídica intra pars, tendo como objeto a manifestação de declaração contrária ao ato aparente e desconhecida aos terceiros de boa-fé. Eis a norma do "acordo simulatório". Pragmaticamente, não é outro senão um ato performativo típico, com função ilocucionária, na medida em que visa a influir no comportamento do receptor, pois todo ato de fala realiza ou tende a realizar a ação nomeada, qual seja, confirmar o conceito do ato aparente na mente dos destinatários. O pacto simulatório é norma porque decorre do exercício de autonomia privada, tal como surge aquela do negócio jurídico simulado, ou mesmo o negócio jurídico dissimulado. Tem-se aqui, de modo inconteste, a presença de uma causa

desconforme com os valores do ordenamento, da boa-fé, especialmente.

Como este negócio normalmente não aparece, cumpre ao terceiro identificar tal vontade normativa mediante competente produção de prova, construindo seus elementos por meio de linguagem própria. Assim, quando prejudicado por essa composição normativa, porque surge o efeito simulatório, em termos jurídicos, faz-se lícito a qualquer sujeito sobre quem possa recair suas conseqüências, (re)constituir, com apoio na linguagem das provas, o pacto simulatório e demonstrar a ausência de causa no negócio jurídico (simulação absoluta) ou a dissimulação de outro negócio jurídico desejado pelas partes (simulação relativa). E nessa ocasião será importante retomar todos os critérios acima relacionados para a interpretação dos negócios jurídicos, compreendendo sua estrutura e sua função, a partir da vontade normativa e da análise dos enunciados das declarações negociais.

Esta proposta tem o mérito de afastar certos dogmas cansados e assim galgar um espaço de maior rigor no trato da definição do pacto de simular. A

formação de um juízo de aparência nos destinatários, mesmo que a significação seja, para os simulantes, distinta, não é mais do que o êxito alcançado com o efeito performativo e ilocucionário do ato negocial combinado com o acordo simulatório. E como parte de um fenômeno comunicativo, o enunciado implica necessariamente a exigência de um reconhecimento do valor probatório atribuível ao acordo simulatório. Como se dessome, o conhecimento da chamada norma jurídica do "pacto simulatório" é fundamental para a qualificação exata do fenômeno simulatório."
(TORRES, HELENO TAVEIRA. "Simulação de atos e negócios jurídicos – pacto simulatório e causa do negócio jurídico" in Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo, Quartier Latin, 2010, pág. 317/319)

Desta maneira, o vício da simulação está na causa. Há um descompasso lógico entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da sua finalidade tipológica, ou seja, na estrutura da norma jurídica, está ausente a "causalidade" (imputação) como constante

lógica entre o ato-fato e o ato-norma[106], nexo intranormativo que relaciona as proposições (motivação, no antecedente, e relação jurídica administrativa no conseqüente).

A finalidade é apenas o nexo lógico entre a norma geral e abstrata disciplinadora da criação do ato-norma (que prescreve a finalidade da relação intranormativa em abstrato, ou seja, os valores tutelados pelo sistema) e a norma individual e concreta (que prescreve o fim da relação jurídica intranormativa – "conteúdo do ato"), o que ocorre no processo de positivação.[107]

A respeito, preleciona MASSIMO BIANCA:

" *In dottrina è prevalsa tuttavia l'idea che la simulazione inciderebbe sulla causa del contratto. Precisamente,*

---

[106] Como coloca o doutrinador, "*esta tese não refuta a importância da "teoria da causa como pressuposto lógico do ato administrativo*", ao contrário precisa seus termos e sua utilidade. O que naquela era apontado então como "*defeito de "causa", causando sim espécie por sua imprecisão, nesta que propomos diz-se defeito de motivação ou defeito na relação jurídica intranormativa. Com efeito, particulariza o vício, propiciando, assim, seu efetivo controle e determinação.*". SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, p. 102.

[107] "*Finalidade é a cópula deôntica que o ordenamento jurídico – numa síntese de seus princípios e valores (fins) concentrada na norma de competência material – transfere para a norma inferior, o ato-norma administrativo, atestando sua adequação e pertinencialidade com os "valores" do sistema jurídico que congrega*". SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Op.cit.*, p. 103.

l'intento effettivo delle parti sarebbe incompatibile con la causa del negozio simulato in quanto escluderebbe l'interesse alla produzione dell'effetto giuridico o la realtà dell'intento típico del negozio o, senz'altro, la sua esecuzione.

Ad un vizio funzionale della causa si richiama anche la teoria precettiva del negozio. ln vivace critica alla concezione volontaristica del contratto si nega che la simulazione attenga alla mancanza di volontà degli effetti. La simulazione, piuttosto, sarebbe data dalla incompatibilità fra la causa típica del negozio e l'intento pratico perseguito in concreto. II richiamo alla nullità del negozio sarebbe dunque inadeguato a spiegare il fenomeno simulatorio.

Neppure questa formula identifica tuttavia rigorosamente il fenomeno della símulazione, che sussiste anche quando l'apparenza non cade sull'elemento causale ma, ad es., sulle parti del contratto (interposizione fittizia) o sull' oggetto dell' attribuzione. Inoltre, l'incompatíbilità tra la causa típica del contratto stipulato e l'intento pratico potrebbe trovare

spiegazione nell'erronea qualificazione giuridica del contratto o nell' erronea adozione di un tipo contrattuale che e inidoneo a realizzare I'intento contrattuale. ln questi casi non vi è simulazione perché le parti non occultano una realtá diversa da quella che appare.

II dato necessario e sufficiente che identifica la simulazione e piuttosto l' apparenza intenzionale di un negozio che per accordo delle parti non corrisponde in tutto in parte al loro reale rapporto. La simulazione integra pertanto un'ipotesi di inefficacia del contratto per volontà delle parti."

(BIANCA, MASSIMO C. Diritto Civile III. Il Contratto. 2ª ed. Milano, Dott A. Giuffrè Edittore, 2000, pág.698-699)

A doutrina distingue a simulação absoluta da relativa. Na simulação absoluta, as partes formalizam um ato ou negócio sem correspondência com realidade fática negocial alguma. Na simulação relativa, o ato formalizado tem à base uma realidade fática negocial diversa da que foi declarada.

" Distinguem-se, como espécies, a simulação absoluta e a relativa. A primeira ocorre quando as partes fingem um ato que é mera aparência, algo que na verdade não existe, que portanto é vazio de conteúdo (colorem habet, substantiam vera nullam). Por exemplo, o devedor simula vender os seus bens a pessoa de sua confiança, em data pretérita, a fim de escapar da cobrança movida por seus credores. Por outro lado, a simulação relativa, também chamada de dissimulação, é aquela em que há um negócio simulado, que camufla um outro negócio, o qual é dissimulado, escondido (colorem habet, substantiam vera alteram). Por exemplo, as partes realizam uma compra e venda, com preço fictício, quando na verdade desejam celebrar um contrato de doação."
(MATTIETTO, LEONARDO. "Invalidade dos atos e negócios jurídicos", in "A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.", TEPEDINO, Gustavo coord., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág. 333)

A estrutura da simulação é a de uma

conjugação de dois atos-fatos: 1) um ato jurídico exteriorizado com conteúdo intencionalmente falso quanto ao ato formalizado, quanto às cláusulas do ato ou negócio jurídico, quanto ao tempo, quanto ao local ou quanto aos sujeitos (ato ou negócio simulado); 2) a ciência da simulação por todos os sujeitos (acordo ou pacto simulatório). A respeito, veja-se:

> *" La struttura della simulazione comprende due elementi: il con tratto simulato, e l'accordo simulatorio. Il* ***contratto simulato*** *è quello fatto per creare la situazione apparente. Negli esempi di cui sopra: la vendita o la donazione; la vendita; la vendita a 500.000 euro; la cessione dell'intera azienda. La sua caratteristica fondamentale e una caratteristica negativa: le parti non lo vogliono effettivamente, o meglio non vogliono i suoi effetti. Però si connota anche in positivo: esso positivamente crea un'apparenza di effetti contrattuali, di cui deve tenersi conto.*
>
> ***L'accordo simulatorio*** *si affianca ai contratto simulato, ed è quello che determina la natura solo fittizia di questo: con esso le parti convengono che il contratto simulato non ha valore,*

perché non vogliono i suoi effetti; ed eventualmente convengono quali sono gli effetti realmente voluti. Negli esempi, dall'accordo simulatorio risulta che le parti, rispettivamente: non vogliono nessun trasferimento dei beni simulatamente venduti o donati; vogliono il trasferimento a titolo di donazione e non di vendita; vogliono la vendita al prezzo di un milione di euro, e non 500.000. Le manifestazioni di volontà che costituiscono l' accordo simulatorio si definiscono ***controdichiarazioni****, in quanto contrastano il senso e il contenuto delle dichiarazioni che formano il contratto simulato.*

Nelle elaborazioni tradizionali di matrice pandettistica, basate sul dogma della volontà, il fenomeno della simulazione era sostanzialmente ridotto all'elemento del contratto simulato, colto nella sua dimensione negativa. Di qui le descrizioni in termini di mera divergenza fra volontà e dichiarazione. fra la dichiarazione di fare un contratto, e la volontà di non farlo. Le elaborazioni successive offrono una più ricca e complessa rappresentazione del fenomeno, valorizzandone gli elementi positivi: quello dell'apparenza

obiettivamente creata dai contratto simulato; e quello dell'accordo simulatorio (della controdichiarazione), come fonte che concorre a conformare situazioni, rapporti ed effetti conseguenti alla simulazione. Il fenomeno della simulazione, e la sua disciplina, si colgono solo se si tengono presenti entrambi gli elementi, e ciascuno in tutte le sue dimensioni. Essi sono le componenti, fra loro strettamente interrelate, di un'unica operazione contrattuale: ciascuno riceve il suo senso dall'altro. E solo per comodità di analisi e di esposizione, che si parla adesso, separatamente, dell'uno e dell'altro.

Il ***contratto simulato*** *pone essenzialmente due questioni. La prima questione è eminentemente pratica, e riguarda i suoi effetti: il contratto simulato produce effetti? Se si, quali? E nei confronti di chi? La seconda questione, eminentemente teorica, riguarda la qualificazione del contratto simulato: nullo, inesistente, o solo inefficace? Se ne discuterà piú avanti.*

L'accordo simulatorio *apre un maggior numero di problemi. C'è il problema della sua natura, da cui*

discende il suo regime: l'accordo simulatorio è negozio, o mera dichiarazione di scienza, o altro? L'accordo simulatorio ha natura negoziale, e piú precisamente - in quanto riguardi la simulazione di un contratto - contrattuale. La sua funzione e conformare in un certo modo (solo negativo, o anche positivo) gli effetti dei con tratto simulato: non troppo diversamente, a veder bene, dalla condizione apposta al contratto. Come della condizione, dell'accordo simulatorio può dirsi che non è il contratto, ma è certamente un elemento del contratto, soggetto pertanto al regime contrattuale, ad es., può essere impugnato per vizio della volontà. Si badi: l'accordo simulatorio ha questa natura, anche se sia formulato in termini apparentemente solo descrittivi o ricognitivi, come ad es. quando le parti dicano che la proprietà è e ***resta*** *del (simulato) venditore. Per produrre l'effetto suo proprio (escludere la realtà dei contratto simulato), l'accordo simulatorio richiede il consenso di tutti i soggetti che sono parti del contratto simulato. Se questo è plurilaterale, e consta di 6 parti,*

tutte e 6 devono partecipare all'accordo simulatorio: se vi partecipano solo in 5, l'accordo simulatorio può rilevare nei loro rapporti interni; ma la parte rimasta estranea ha diritto di considerare il contratto come vero e reale nei confronti di tutti gli altri. Se il contratto è fatto in rappresentanza l'accordo simulatorio deve essere condiviso non solo da rappresentante e terzo contraente, ma anche dai rappresentato. Attenzione, però se l'accordo simulatorio porta maggiori pesi o minori vantaggi a una determinata parte, per la giurisprudenza basta la controdichiarazione proveniente da questa sola parte."
(ROPPO, VINCENZO. Il contratto. 2ª ed. Milano, Dott A. Giuffrè Edittore,2011. pág. 648/650)

No direito privado, uma vez reconhecida a invalidade do ato ou negócio simulado, é possível nova e diversa incidência normativa, em decorrência do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos. Três são as formas descritas na doutrina: a) ratificação; b) redução; c) conversão.

A ratificação consiste na confirmação do ato ou negócio efetivamente pretendido e ocultado. A

norma está enunciada no artigo 172 do Código Civil de 2002: "*Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.*", e pode ser assim enunciada: "Dado os fatos de que o negócio era inválido, que a invalidade era sanável, que as partes confirmaram de modo válido o negócio anterior, e que não houve prejuízo à esfera patrimonial de terceiro, deve ser a relação jurídica nos termos da prevista no negócio originário, com eficácia desde a edição do primeiro."

Entende-se por redução o aproveitamento de parte do ato ou negócio simulado, e a invalidade do restante. É letra do artigo 184 do Código Civil de 2002: "*Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.*", de que se extrai a seguinte norma: "Dado os fatos de que o negócio era inválido, que a invalidade era de parte do negócio, que a parte remanescente constitui negócio jurídico válido, e que não houve prejuízo à esfera patrimonial de terceiro[108], deve ser a relação jurídica nos termos do previsto na parte remanescente do negócio originário, com eficácia

[108] Ainda que não conste no enunciado do artigo 184, entendemos que a lesão a esfera jurídico de terceiro que não os simuladores impede a redução, à vista da tutela da boa-fé.

desde a edição do primeiro."

Por fim, a conversão é a caracterização do ato ou negócio simulado como ato ou negócio diverso e válido. É o que dispõe a norma construída a partir do enunciado do artigo 170 do Código Civil de 2002: "*Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.*". Ou seja, "Dado os fatos de que o negócio era inválido, que a invalidade era insanável, que os atos-fatos compõem o suporte fático suficiente de outro negócio, e que não houve prejuízo à esfera patrimonial de terceiro[109], deve ser a relação jurídica nos termos do outro negócio, com eficácia desde a edição do primeiro."

FRAUDE À LEI.

A fraude à lei está prevista como causa de invalidade de ato ou negócio jurídico no Código Civil:

"*Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:*

[109] Ainda que não conste no enunciado do artigo 170, entendemos que a lesão a esfera jurídico de terceiro que não os simuladores impede a conversão, à vista da tutela da boa-fé.

(...)
VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;"

A fraude à lei compõe o antecedente de norma de nulidade:

"dado que presente vício (objetivo de fraudar lei imperativa) nos pressupostos ou na relação jurídica intranormativa do ato atacado, deve ser a relação jurídica em que os sujeitos da relação viciada têm o dever de submissão ao poder do Estado, a requerimento de terceiros, retirar a norma individual e concreta do sistema jurídico.".

A respeito, preleciona HELENO TAVEIRA TORRES:

" No contexto atual, quase sempre a noção de fraude à lei é usada na acepção de violações indiretas de normas, encobertas por outras normas, de forma ardilosa, mediante atos unilaterais ou bilaterais, de tal modo que o sujeito possa fugir à aplicação de normas imperativas. Esta atitude, em termos jurídicos, recorda a metáfora que a

doutrina civilista segue usando, ao dizer que a fraude à lei não é mais que uma tentativa de contornar ou evitar urna norma, chegando ao mesmo resultado por caminhos diversos daqueles que esta previu e proibiu. Eis porque se diz que a fraude constitui uma violação indireta da lei, uma alusão do seu conteúdo, ou como diz Ferrara:"(...) que se procura fugir à aplicação da mesma dando uma larga volta em seu redor para evitar toda a suspeita", numa espécie de alusão às táticas de guerra, quando se procura envolver o inimigo pelos flancos, sem atacá-lo de frente.
(...)

O instituto da fraude à lei é o instrumento mais elaborado que o ordenamento pôde contar para o controle do exercício de autonomia privada com criação de negócios jurídicos dotados de vícios de causa. Para seu aperfeiçoamento, exige a presença de lei cogente (fraudável), que veda a aquisição de certo efeito; e mais a predisposição de certo instrumento negocial, típico ou atípico, mas desprovido do seu efeito típico e causal, por agirem, as partes, com

acordo mais amplo, expressão da liberdade de determinação da vontade, carente de tutela pelo ordenamento, porque voltado para obter o resultado vedado pela lei cogente. Por isso é que se diz que o ato que se pratica é legítimo, real e eficaz; mas por ser desprovido da causa que aparenta servir-lhe de objeto, o regime de fraude à lei permite sua qualificação de invalidade, ao se reportar aos efeitos da lei violada.

A fraude à lei, alcançada pelo exercício de autonomia privada, sob uma seqüência coordenada de atos ou sob a forma de um negócio jurídico, típico ou atípico, por que visa a evitar, com este, a incidência de norma cogente, há de ser sempre conseqüência do uso de um instrumento negocial sem causa. Nisso consiste o cometimento de infração indireta da lei, pois o que importa é saber qual a finalidade positiva ou negativa objetivada pela lei que fora superada pela manobra do agente da infração, o que se vai resumir num negócio jurídico carente de causa jurídica. Por isso, o instrumento típico ou atípico adotado, ou mesmo uma

seqüência de atos (step-stone transactions) tem por fim alcançar o efeito que estaria vedado ao interessado, sem incorrer nas sanções previstas, tal como predispostas pelo ordenamento. E nessa comparação entre instrumento e efeito alcançado, vê-se, pois, que o negócio jurídico em questão será desprovido de causa, ou a possuirá, mas eivada de ilicitude.

(...)

A simulação pode ter como finalidade atingir um determinado escopo fraudulento, mas certamente este não é o principal móvel que anima seus atores, na criação de uma falsa aparência social do negócio jurídico. Por isso não se deve confundir simulação com fraude à lei. Como dito acima, o negócio fraudulento quer-se como se realizou, com todas as conseqüências que possam advir pela escolha da forma adotada (Bähr}, porquanto vise a uma infração indireta da lei; diverge, por isso, dos negócios jurídicos simulados, praticados com pacto simulatório distinto do que se apresenta, com o fim de causar nos terceiros de boa-fé uma aparência diversa do negócio real ou mesmo uma ficção de negócio jurídico.

É dizer, na simulação está uma intenção de prejudicar os terceiros que se confiaram no ato aparente, mediante o acordo de simular firmado entre as partes; o que não ocorre com a fraude à lei, na qual é tudo diverso, pois basta que se constate a infração ou violação indireta da lei, para que se tenha por caracterizada a fraude. Por conseguinte, quando válido o negócio dissimulado, aplica-se o princípio de preservação, como modo de conferir proteção ao direito dos terceiros; enquanto na fraude à lei isso não se vê, por ser de plano declarado nulo, caindo, com ele, todos os direitos que terceiros, de boa ou de má-fé, tenham adquirido. Para se caracterizar a fraude à lei basta que se tenha lei vedando expressamente um determinado agir, na constituição de situações negociais."

(TORRES, HELENO TAVEIRA. "Simulação de atos e negócios jurídicos – pacto simulatório e causa do negócio jurídico" in Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo, Quartier Latin, 2010, pág. 336/339)

Em âmbito do direito público, parece-nos que, em razão do princípio da legalidade estrita e da moralidade, os atos e negócios simulados e praticados em fraude à lei não podem ser aproveitados, pois há desvio de finalidade. O ato ímprobo é nulo, e não pode gerar obrigação para administração, nem vantagem para o outro contratante, dada a indisponibilidade do interesse público. Neste sentido afirma EDMIR NETTO DE ARAÚJO:

> *Tradicionalmente, se apontava como nulidades os casos de vícios de competência, de forma, de abuso de poder e violação de regra de direito. Mas essa singela indicação que, ao que parece, que não se referia à separação entre nulidade absoluta e relativa, é posição que excluiria a ratificação, por exemplo, e não incluiria a incapacidade absoluta do agente, dentre outras imperfeições. Mesmo o vício de forma pode ser essencial ou não essencial.*
> *Evoluindo, a doutrina passou a considerar nulos os atos que a lei assim os declare e aqueles em que é racionalmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo (o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior. Os*

exemplos: atos de objeto (conteúdo) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; ou com falta de causa (que é o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato, sua correlação lógica).

Abrangeriam, portanto, os defeitos decorrentes da não-correspondência da declaração com seus pressupostos, e a ilicitude do próprio conteúdo da declaração.

Por outro lado, são anuláveis os atos que a lei assim os declare e os que podem ser praticados novamente, mas sem vício, como os expedidos por agente incompetente, os editados com vício de vontade e os produzidos com defeito de formalidade não legalmente essencial."

(ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006. P.476)

O princípio da moralidade, como acima exposto, irradia seus efeitos não só em relação aos agentes públicos, como também aos candidatos a cargos públicos eletivos. Assim, não é aceitável, nesta seara, o costume do candidato, de modo despreocupado, aceitar

que a dívida seja paga por terceiro que na seqüência, por si ou por interposta pessoa ou empresa, celebra contratos com a pessoa jurídica de direito público comandada pelo candidato vencedor. Não vale aqui o ditado "cavalo dado não se olha os dentes".

A simulação, portanto, caracteriza ilícito que compõe norma jurídica de invalidação de outra norma jurídica individual e concreta.

Neste sentido:

" *Situação distinta é a manifestação viciada. Houve manifestação (a vontade, como elemento, está presente), mas ela é diferente do real interesse do agente. Nesse caso, a vontade é analisada como requisito de validade do ato. O negócio existe, mas como a vontade manifestada é defeituosa, o ato pode ser invalidado. Na coação, como adiante se verá, a vontade externada pelo sujeito é distinta daquela que ele efetivamente deseja. Um fator externo impeliu o autor a apresentar uma vontade viciada, que não reflete seu verdadeiro interesse.*

3062

Como se sabe, nem toda manifestação de vontade será capaz de gerar efeitos jurídicos. Apenas aquelas cercadas de circunstâncias sociais, direcionadas em conformidade com os valores do ordenamento jurídico, estarão aptas a produzir resultados jurídicos. Muitas vezes, a vontade tem repercussões contrárias ao melhor interesse da sociedade e acabam por lesar terceiros. É o que vai ocorrer na fraude contra credores, tema examinado a seguir, em que se realiza um negócio que prejudica o crédito de terceiro de boa-fé e, por isso, o ordenamento jurídico admite que o negócio seja anulado."
(CASTRO NEVES, JOSÉ ROBERTO DE. "Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002", in "A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.", TEPEDINO, Gustavo coord., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág. 291-308)

2.12. Concurso de crimes.

Havendo pluralidade de crimes, idênticos ou não, resultantes de uma ou mais condutas do mesmo

agente, cabe o estudo de hipótese de aplicação do concurso de crimes.

Assim, se no caso em concreto identificarmos pluralidade de condutas e, como resultado, a pluralidade de crimes, ainda que idênticos, o sistema penal pátrio recomenda a cumulação das penalidades aplicáveis a cada um dos crimes, em face do concurso material.

De outro giro, no concurso formal, ou seja, quando uma única conduta resulta numa pluralidade de crimes praticados, a pena é aplicada a apenas ao crime mais grave (com a maior penalidade prevista), sendo considerados os demais crimes como causa de aumento da pena.

Por fim deve ser observada, além da pluralidade de crimes da mesma espécie, a característica subsequencial desses delitos, como se os demais crimes fossem uma continuidade do primeiro, estaremos diante de crime continuado, hipótese em que permanecerá a penalidade mais grave, aumentada de um sexto a dois terços.

Anote-se ser possível, em concurso de crimes, que parte tenha sido cometida em concurso formal, e parte em concurso material, caso em que se aplica apenas a majorante do crime continuado:

"Se, entre os componentes do crime continuado, houver também o concurso formal, aplica-se apenas o aumento decorrente da continuidade delitiva. Entendimento diverso geraria o bis in idem."
(CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. I. Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 2015)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXAME PERICIAL QUE ATESTA A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE DISPAROS PELA ARMA DE FOGO UTILIZADA NA AÇÃO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE QUE SE IMPÕE. CONCURSO FORMAL. CRIME CONTINUADO. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA PELOS DOIS INSTITUTOS. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. OBJETIVO DO CONCURSO IDEAL: PREVENIR INTENSA PUNIÇÃO DO AGENTE MERECEDOR DE CENSURA MENOS GRAVE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.
1. Efetuada a perícia oficial na arma de fogo utilizada para a prática do delito de roubo e demonstrado não haver potencialidade ofensiva - ineficiência para realizar disparos e produzir tiros

-, a circunstância referente ao inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal não pode ser aplicada. Precedentes.

2. "'[N]ada impede que entre dois ou mais delitos componentes da continuação haja concurso formal. Nesse caso, incide um só aumento de pena, o do delito continuado, prejudicado o do art. 70 do CP [relativo ao concurso formal]' ([Damásio de Jesus], Comentarios ao Codigo Penal-Parte Geral; Sao Paulo, Saraiva, 1985, 29 vol., p. 684)." Isso porque o objetivo do legislador foi o de "prevenir o apenamento intenso do indivíduo merecedor de censura menos grave que se tivesse cometido iguais delitos por meio de ações distintas", e pelo fato de que "a regra do concurso ideal só há de ser aplicada quando efetivamente trouxer proveito ao réu, devendo ser afastada quando lhe acarrete prejuízo" (STF, RE 101.925/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJ de 14/03/1986).

3. Outrossim, "Esta Corte já se posicionou no sentido de que, nas situações em que configuradas as duas hipóteses de aumento da pena concernentes ao concurso formal e à continuidade delitiva, admite-se apenas