



APOSTILA DE TEORIA GERAL DOS FATOS JURÍDICOS

Professora: Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas¹

¹ Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Instituto J Andrade e da Faculdade Del Rey. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Tutora de Direito do Consumidor e de Temas de Propriedade Intelectual e Industrial na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br.

TEORIA DO DIREITO SUBJETIVO

- **Direito objetivo:** norma agendi.

Para Washington de Barros Monteiro: “o direito objetivo é o conjunto das regras jurídicas; direito subjetivo é o meio de satisfazer interesses humanos (hominum causa omne jus constitutum sit)”. O segundo deriva do primeiro.

- **Direito subjetivo:** poder ou uma faculdade advinda de uma regra interposta pelo Estado. **Direito subjetivo:** facultas agendi, apresenta-se como uma faculdade que o titular deste tem de usá-lo ou não na proteção do bem jurídico garantido pela norma agendi, podendo até mesmo dispô-lo, pois este tipo de direito tem como prerrogativa sua a potencialidade de uso ou não pelo seu titular.

A Relação Jurídica, seus Elementos e sua Ligação com o Direito Subjetivo:

A relação jurídica corresponde às relações intersubjetivas que acontecem sempre entre dois ou mais sujeitos. Ela existe, pois o homem, por ser um animal social, necessita estar sempre se relacionando com o próximo para a garantia de sua própria sobrevivência. Neste contexto, o direito exerce um papel fundamental, pois é ele quem vai regular estas relações jurídicas, atuando, dessa forma, como um apaziguador social e como uma forma de controle deste mesmo meio.

Relação jurídica é o meio pelo qual o direito subjetivo se realiza.

Relação processual: juiz partes # **Relação pública:** Estado é parte # **Relação privada:** entre particulares

- **Relação jurídica:** é o vínculo jurídico entre pessoas, em virtude do qual uma das partes terá um direito subjetivo e a outra um dever jurídico em relação a determinado objeto.
- **Elementos essenciais** para a sua formação, são eles: os sujeitos, o objeto e o vínculo jurídico

Sujeitos: ativo: direito subjetivo: correspondem a aqueles que possuem direitos oriundos da relação

Passivo: dever jurídico: são aqueles sobre os quais recai um dever decorrente da obrigação assumida pela relação.

- **Objeto:** mediato: finalidade
Imediato: coisa

- **Vínculo Jurídico: liame jurídico**

Portanto, inseparáveis são os conceitos de direito subjetivo, relação jurídica, sujeitos e objeto.

Classificação de direitos subjetivos:

1 – Espécies:

a) Direito subjetivo propriamente dito: direito a uma prestação. Neste caso, o titular depende de uma conduta do sujeito passivo que possui um dever a uma prestação de dar fazer ou não fazer alguma coisa.

b) Direito Potestativo: aquele exercido pelo titular per si, não é necessária a aceitação da outra parte.

O Dever Jurídico Subjetivo: dever e obrigação – corresponde ao sentido oposto de direito subjetivo. É a situação onde a pessoa é obrigada a dar fazer ou não fazer algo em benefício de outrem por determinação do direito objetivo.

Espécies de dever jurídico:

- a) Contratual
Extracontratual ou legal
- b) Positivo – exige uma ação
Negativo – exige uma omissão ou abstenção da conduta.
- c) Permanente: não se extingue com o cumprimento
Transitório: se extingue com o seu cumprimento

O direito objetivo garante o exercício do direito subjetivo, que gera o dever jurídico.

FATO JURÍDICO:

- **Teoria do Fato Jurídico:**

Fato jurídico em sentido amplo é todo acontecimento natural ou humano apto a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, ou seja, que deflagra efeitos jurídicos, que tenha relevância para o Direito.

Ex.: uma chuva no mar é um fato comum, não jurídico; mas uma chuva na cidade que destrói casas e provoca grandes danos é um fato jurídico.

Um fato jurídico cria, modifica ou extingue direitos.

O fato jurídico em sentido amplo pode ser classificado em:

a) Fato jurídico em sentido estrito: é o acontecimento natural, relevante para o direito, que pode ser:

- **ordinário:** comum, previsível (ex.: nascimento, morte natural, chuva de verão, etc.);
- **extraordinário:** inesperado, imprevisível (ex.: nevasca em Salvador).

Obs.: os fatos jurídicos em sentido estrito não podem ser estudados sob o prisma da validade (não se pode falar que tal fato é nulo ou anulável);

b) Ato-fato jurídico: (desenvolvido por Pontes de Miranda) – consiste em comportamento que, embora derive da atuação humana, é desprovido de vontade consciente em direção ao resultado que se pretende atingir. Embora o CC não haja contemplado o ato-fato em norma específica, a doutrina trata da matéria (Marcos Bernardes de Mello).

Obs.: natureza jurídica da venda de um doce a uma criança de 5 anos de idade: trata-se de um contrato de compra e venda; há um menor absolutamente incapaz, assim, o negócio jurídico é nulo, mas socialmente aceito.

Mas, segundo o prof. Jorge César Ferreira, com base em Pontes de Miranda, exemplifica também o ato-fato na compra de um doce por criança de tenra idade (que não tem consciência do ato) enquadra-se melhor na noção de ato-fato e não na de contrato. E, sendo um ato-fato, não há que se falar em nulidade, porque em atos-fatos não se investiga, analisa a validade. Esse exemplo não se aplica a um jovem de 15 anos, que tem consciência econômica da compra de um doce.

c) Ações humanas: são a categoria mais ampla de fatos jurídicos e se desdobram em:

- ✓ **Lícitas:** é o que se chama tecnicamente de “atos jurídicos” (em sentido amplo). Ato jurídico, espécie de fato jurídico em sentido amplo, é toda ação humana lícita que deflagra efeitos na órbita jurídica.
- ✓ **Ilícitas:** é o que se chama de “atos ilícitos”, onde também se agrega o chamado “abuso de direito”.

Obs.: há quem diga que as ações humanas ilícitas sejam também uma espécie de atos jurídicos; mas esta não foi a opção do legislador do CC, que colocou em títulos diferentes os atos ilícitos (foi tratado em uma categoria própria, a parte), sendo a expressão ‘ato jurídico’ designada para o ato que é lícito, para as ações humanas que são lícitas.

A despeito da polêmica, entendemos na linha de Vicente Rao, Flávio Tartuce, José Simão, e Veloso, que ato jurídico é a ação humana lícita, não se confundindo com o ato ilícito, categoria própria com caracteres específicos. Os atos ilícitos serão tratados nas aulas de responsabilidade civil.

E, seguindo a doutrina dualista, o novo CC, diferentemente do CC/16 que era unitarista, subdivide os atos jurídicos em:

- atos jurídicos em sentido estrito; e
- negócios jurídicos.

- **Ato Jurídico em Sentido Estrito e Negócio Jurídico:**

Ambos são espécies de ato jurídico em sentido amplo.

O ato jurídico em sentido estrito, também chamado de ato não negocial, previsto no art. 185, CC, traduz um simples comportamento humano, voluntário e consciente, cujos efeitos estão predeterminados na lei (não existe liberdade negocial, autonomia voluntiva); os efeitos jurídicos são produzidos e deflagrados pela própria lei, não há escolha. Este tipo de ato pode ser exemplificado nos meros atos materiais e nos de comunicação.

Ex.1: o ato de fixação do domicílio é um ato jurídico em sentido estrito – o ato de fixação é voluntário, consciente, mas a aquisição do domicílio ocorre por força da lei (o efeito decorre da lei);

Ex.2: a aquisição da propriedade de um fruto pela sua percepção (quando alguém apanha um fruto numa árvore); ou pela caça ou pesca, da mesma forma – nesses casos não há liberdade na escolha do efeito do ato que se realiza.

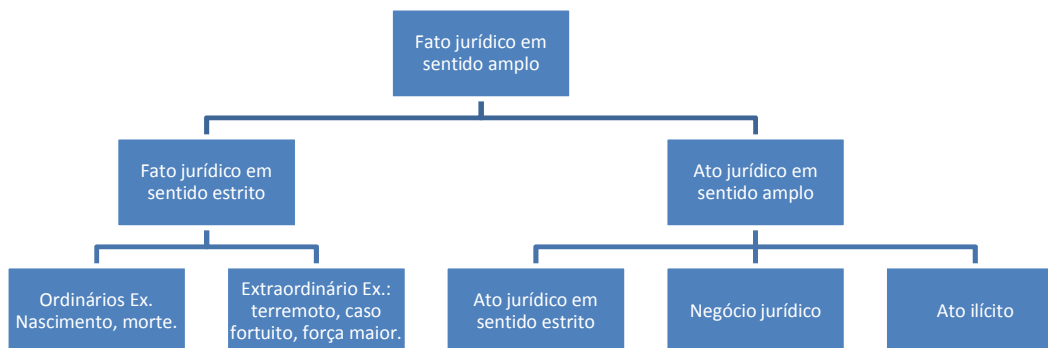
Ex.3: especificação: a transformação de matéria bruta em obra final transfere a propriedade por especificação.

Ex.4. efeito jurídico de uma intimação ou protesto é a comunicação. O efeito jurídico é dado pela lei.

→ A diferença entre eles, portanto, está na liberdade, autonomia privada, que existe no negócio jurídico, ainda que em menor ou maior grau, enquanto no ato jurídico em sentido estrito não.

O negócio jurídico, por sua vez, pedra de toque das relações econômicas mundiais, é, na sua essência, de estrutura mais complexa do que o ato em sentido estrito. Isso porque, no negócio temos uma declaração de vontade emitida segundo o princípio da autonomia privada, pela qual o agente disciplina efeitos jurídicos possíveis escolhidos segundo a sua própria liberdade negocial.

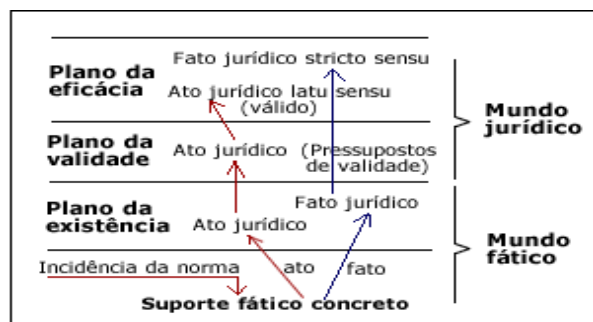
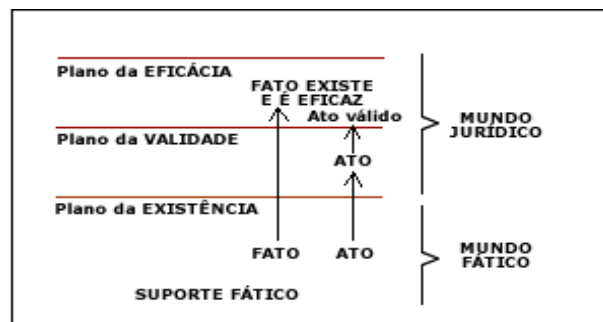
- **Classificação dos fatos jurídicos**



- ❖ **FATOS JURÍDICOS QUE PASSAM PELO PLANO DE VALIDADE: ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico**

- ❖ Algumas modalidades de fatos jurídicos (no sentido amplo) estarão sujeitas a análise de sua validade, ou seja, de sua adequação aos preceitos do Ordenamento Jurídico. Serão submetidas a tal apreciação somente os fatos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos¹. Estes têm o elemento volitivo como integrante constitutivo e, portanto, representam um interesse do declarante de obter uma consequência vantajosa.
- ❖ **O Ato jurídico em sentido estrito** tem por elemento nuclear do suporte fático a declaração unilateral de vontade, cujos efeitos jurídicos são invariáveis, pois estão prefixados pelas normas jurídicas, portanto, não cabe às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas. Fiúza explana que os efeitos são mais da lei do que da vontade, já que a vontade seria simples manifestação.
- ❖ Exemplos: 1 - Registro de um filho – vontade do pai em registrar + efeitos da lei; 2- Autorização da cirurgia de um filho – ação necessária
- ❖ **Já negócio jurídico**, seria toda manifestação de vontade, ato de autonomia privada, voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas. Exemplos: 1 – contrato; 2 - Autorização da própria cirurgia – ação livre; 3 - testamento
- ❖ Portanto, o que diferencia o negócio jurídico do ato jurídico, é que no ato jurídico a ação humana não será ato de autonomia privada, pois esta se trata de auto-regulação de interesses privados, dentro dos limites da lei. Afinal, “o que não está proibido está permitido”. Para Fiúza, os efeitos do ato jurídico vêm mais da lei do que da vontade. Para ele, a lei seria causa eficiente dos negócios jurídicos, a necessidade o motivo determinante e a vontade o instrumento de exteriorização e de realização da necessidade. (FIUZA,

❖
❖ **4 - REPRESENTAÇÃO DOS PLANOS DE EXISTÊNCIA, DE VALIDADE E DE EFICÁCIA DOS FATOS JURÍDICOS:**



5 - PLANO DA EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

- ❖ O Plano da Existência é aquele no qual ingressam todos os fatos e atos jurídicos. É ontológico, ou seja, existencial, ou do ser. No plano da existência se inicia a vida do fato jurídico. Aqui somente se indaga se o fato jurídico existe, ou seja, se o suporte fático da norma jurídica se concretizou, se todos os elementos previstos pela norma se realizaram.
- ❖ O negócio inexistente é aquele que não chegou a ser negócio jurídico, seria aquele que não reúne os pressupostos de sua existência, o suporte fático foi insuficiente para existir.
- ❖ No caso dos testamentos, vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria prevista em lei, visando a obtenção de efeitos jurídicos. Marcos Bernardes de Mello nos ensina que o elemento nuclear do negócio jurídico é a manifestação consciente de vontade, dentro dos limites da lei. Para ele, o testamento só existe se todos os elementos do suporte fático estejam caracterizados. Não basta que a pessoa exteriorize sua vontade dispondo sobre seus bens para depois da morte, porque a lei exige que seja feita em formas predefinidas.
- ❖ Maria Berenice Dias afirma que “O testamento existe quando corresponde a uma das espécies de testamento previstas em lei, tanto a modalidade ordinária, quanto excepcional” (Dias, 2008, p. 444).
- ❖ Rolf Madaleno dá os seguintes exemplos de testamento inexistente:

- O testamento religioso, lavrado perante o padre da paróquia frequentada pelo testador;
 - O testamento falsificado material e intelectualmente, quando alguém se apresenta como sendo a pessoa do testador;
 - O testamento cerrado celebrado por procuração;
 - O testamento gravado em fita de vídeo;
 - O testamento público não formalizado perante a pessoa do tabelião ou do seu oficial ajudante (MADALENO, 2007, P. 278).
- ❖ Já Eduardo Zannoni dá o exemplo de testamento inexistente como “aquele firmado pelo titular do Registo Civil de Imóveis”, no lugar do Registro de Notas (ZANNONI, 2000, p. 72).

Marcos Bernardes divide o suporte fático em:

- ❖ Plano da Existência: onde estão os elementos nucleares: Agente, vontade manifestada, objeto e forma; Plano da Validade: elementos complementares: Agente capaz, vontade manifestada livremente, objeto lícito possível, determinado ou determinável, e por fim: forma prescrita e não defesa em lei; Por fim, o Plano da Eficácia tem os elementos integrativos: condição, termo e encargo lícitos.
- ❖ Assim, o testamento existe quando há agente, vontade manifestada, objeto e forma, ou seja, quando se amolda aos tipos previstos em lei. Será válido caso atenda os pressupostos de validade, verificando se o agente era capaz, se a vontade não foi viciada, se o objeto era lícito e também, se a forma testada obedeceu à prescrição da lei. Por fim, o testamento será eficaz a partir da morte do testador e do registro do seu testamento.
- ❖ Então, conclui-se que para o negócio jurídico possa produzir o resultado desejado, faz-se necessária sua passagem pelos planos de existência, da validade e da existência. Contudo, o testamento é um exemplo de negócio jurídico que pode existir, ser válido e temporariamente ineficaz, pois depende da morte do testador para adquirir eficácia.

6 - PLANO DA VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

- ❖ O plano da validade se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou a inexistência de elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos, que influem na sua perfeição. Só passam por este plano aqueles negócios jurídicos que tem a vontade como elemento do suporte fático.
- ❖ Validade para Marcos Bernardes serve para denotar a perfeição dos atos jurídicos em face do direito positivado de certa comunidade.
- ❖ Em primeiro lugar, o testamento existe depois se passa ao plano da validade, onde sofrerá uma triagem para serem classificados como válidos, ou nulos, ou anuláveis,

conforme haja ou não deficiências nos elementos complementares do suporte fático. Os testamentos somente têm acesso ao plano de eficácia, após o exame da validade.

- ❖ Para Marcos Bernardes de Mello:
- ❖ Plano da validade, portanto, se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou a inexistência de déficit nos elementos nucleares do suporte fático os atos jurídicos que influem na sua perfeição. (MELLO, 2009, p. 2)
- ❖ Rolf Madaleno pronuncia que, para se reconhecer como válida a manifestação de vontade, dois princípios devem convergir: o da autonomia privada e a boa-fé. A inobservância desses princípios no momento de testar, também pode levar o testamento à invalidade.
- ❖ Portanto, no Plano da Validade avalia-se a perfeição dos elementos nucleares do suporte fático e os elementos complementares, são os pressupostos de validade, isto é, a qualificação dos pressupostos de existência.

❖ NEGÓCIO JURÍDICO:

É a categoria mais importante de atos jurídicos.

Foi desenvolvida pelo Direito Alemão.

→ Conceito: é uma declaração de vontade emitida com base na autonomia privada, e por meio da qual o agente auto-disciplina os efeitos jurídicos que pretende atingir.

É a manifestação de vontade que produz efeitos desejados pela parte e permitidos pelo direito.

Caracteriza-se, assim, pela autonomia privada e pela liberdade negocial (dirigismo contratual e liberdade na escolha dos efeitos que se pretende atingir).

Exs.: contrato, testamento, etc.

Quanto ao contrato de adesão: segundo Georges Ripert, em sua obra “A regra moral nas obrigações civis”, diz que o contrato de adesão é muito mais fruto de uma autoridade privada do que de uma autonomia privada. Mas mesmo nos contratos de adesão existe alguma liberdade, alguma autonomia, ainda que seja tão somente a de escolher aderir ou não ao contrato. Negócio jurídico sem autonomia não é negócio jurídico. Se a autonomia privada e a liberdade negocial desaparecem, o próprio negócio jurídico desaparece. A autonomia mínima é indispensável para a existência do negócio jurídico, porque não há negócio jurídico sem liberdade.

Obs.: a autonomia privada, núcleo do negócio jurídico, encontra-se hoje condicionada a parâmetros constitucionais de ordem superior, a exemplo dos princípios da função social e da boa-fé objetiva (que são elementos de contenção do negócio jurídico - ☺ aula de contratos).

• Teorias explicativas do Negócio Jurídico:

Temos basicamente 2 Teorias explicativas do negócio jurídico:

1) Teoria da vontade interna ou voluntarista: baseada na teoria alemã (WILLENSTHEORIE). É a teoria mais tradicional; esta teoria afirma que a base, o núcleo do negócio jurídico é a intenção do declarante; o negócio jurídico se explica pela vontade do agente, pela sua vontade interna (que se sente). Há forte influência dessa teoria no CC/2002: ☺ art. 112, CC:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

2) Teoria da vontade externa ou da declaração ou objetiva: (ERKLÄRUNGSTHEORIE) esta segunda teoria afirma que o núcleo do negócio jurídico não é a vontade interna,

mas sim, a vontade externa que se declara; assim, o negócio jurídico se explica na declaração.

Ocorre que nenhuma das duas Teorias, isoladamente, tem razão; as duas teorias, em verdade, se harmonizam.

NJ = vontade interna + vontade que se declara.

Até porque se não houver essa harmonia entre a intenção e o que se declara, ou seja, se aquilo que se pensou não coincide com aquilo que se declarou, pode ocorrer vício da vontade.

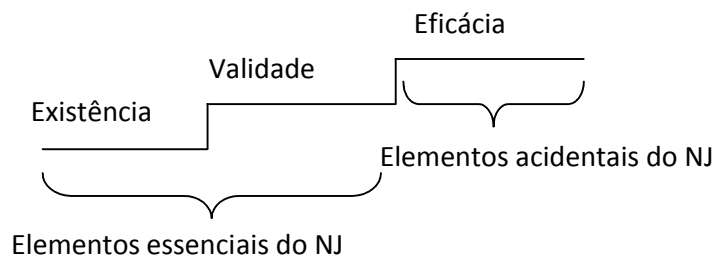
Teoria da Pressuposição: foi desenvolvida por Windscheid, no séc. XIX; segundo esta teoria, o NJ somente seria considerado válido e eficaz se a certeza subjetiva do declarante, ao realizar o ato, não se modificasse. Ex. dado por Antunes Varela: um cidadão empregado celebra um contrato de locação em uma casa na praia, para passar férias (pressupondo que naquele período estaria de férias), mas seu patrão não lhe dá férias no período, ou seja, a certeza do momento da intenção não se manteve.

- **Planos de análise do Negócio Jurídico:**

→ Esquema: 3 planos de análise do negócio jurídico



“Escada Ponteano” (Teoria de Pontes de Miranda):



- **Plano da existência**: é o elemento substantivo do negócio. Nesse primeiro plano, analisa-se a substância do negócio, os pressupostos do negócio ou elementos constitutivos do negócio

jurídico, sem os quais, ele é um nada. Os elementos que integram a existência de um negócio jurídico são 4:

- a) A manifestação de vontade (que resulta da vontade interna + a vontade externa);
- b) O agente emissor da vontade;
- c) O objeto do NJ; e
- d) A forma.

Faltando qualquer desses requisitos o negócio é inexistente (e a inexistência pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, e não há prazo para isso) – não há nem mesmo que se falar em nulidade, o NJ é mesmo inexistente.

- Vontade: ex.: a coação física neutraliza completamente a vontade;

Obs.: no que tange à manifestação de vontade, o silêncio pode, como tal ser compreendido? O silêncio é manifestação de vontade? É requisito de existência? “Quem cala, consente?” Resposta: em linha de princípio, lembra-nos Caio Mário, o silêncio é a ausência de manifestação de vontade. No entanto, excepcionalmente, nos termos do art. 111, CC, o silêncio pode traduzir vontade. Ex.: art. 539, CC – silêncio como forma de aceitação. Veremos mais adiante que o silêncio pode também significar quebra de boa-fé objetiva por dolo negativo (☺art. 147).

OBS. Pergunta do concurso de delegado de Polícia Civil: “Quem cala, consente”. Este ditado popular tem respaldo no direito civil? Em outras palavras, em caráter excepcional, admite-se que o silêncio seja considerado forma de celebração do negócio?

- Agente: sem o agente, não há negócio.

- Objeto: todo negócio jurídico pressupõe um objeto, sem o objeto o negócio jurídico não existe.

- Forma: sem uma forma o negócio não existe. Vicente Ráo foi um dos autores que melhor tratou a forma como requisito do negócio jurídico. Forma significa o meio pelo qual a vontade se exterioriza, ou seja, o revestimento exterior da vontade. Todo negócio, pois, pressupõe uma forma: oral, escrita, mímica ou de sinais, etc. Essa forma não se confunde com a vontade externa, apesar de se tocarem em um ponto (mas a vontade não é só a forma externa, mas a interna também).

*Atentar para a diferença entre pressupostos de existência e de validade.

▪ **Plano de validade:** É o plano qualificativo do negócio, porque, em verdade, esse plano não estuda a estrutura do negócio (que está no plano da existência); o que se analisa aqui são os pressupostos de validade do negócio, os pressupostos que qualificam o negócio, que dão aptidão para que ele possa produzir efeitos. É um plano adjetivo, ao passo que o plano de existência é um plano substantivo.

Faltando um pressuposto de validade o negócio é inválido (nulo ou anulável).

Pressupostos: ☺ art. 104, CC (este art. é muito criticado pela doutrina porque disse menos do que deveria dizer) + aspectos ausentes incluídos pela doutrina: (os pressupostos de validade complementam os de existência):

- | | | |
|---------------------------|---|--|
| - manifestação de vontade | } | → totalmente livre e de boa-fé |
| - agente | | → capaz e legitimado |
| - objeto | | → lícito, possível e determinado, ou ao menos determinável |
| - forma | | → livre* <u>ou</u> prescrita em lei |

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Os vícios do negócio (erro, dolo, coação) atacam a qualificação da vontade, do agente, do objeto e da forma, ou seja, atacam os pressupostos de validade do negócio jurídico, por isso dão ensejo à nulidade ou anulabilidade do negócio. O dolo, por ex., ataca a boa-fé, e, por consequência, torna o negócio inválido. A coação moral ataca a manifestação da vontade, portanto, o negócio será inválido. Em suma, os defeitos do negócio jurídico geram a invalidade do negócio.

Obs.: em geral, na doutrina civilista, licitude significa legalidade e adequação ao padrão médio de moralidade. Ou seja, respeitável parcela da doutrina, consoante podemos observar do pensamento de Orlando Gomes, lembra que a licitude do objeto, para efeito de validade do negócio jurídico, envolve adequação à lei e ao padrão médio de moralidade. Deve-se tomar cuidado com o conceito de padrão médio de moralidade.

(*) No direito brasileiro, a regra é a liberdade da forma nos negócios jurídicos (☺ art. 107, CC: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”) – contudo, em duas situações o legislador prescreve a forma do negócio jurídico: ou para efeito de prova em juízo (ex.: art. 227, CC – NJ acima de 10 salários mínimos exige prova escrita e não somente testemunhal) ou como requisito de validade do negócio (art. 108, CC).

Nos casos em que a lei prescreve uma determinada forma não para efeito de prova, mas como requisito de validade do próprio negócio, se não observada tal forma, o NJ será inválido. Quando a lei exige a forma como requisito de validade do negócio, o NJ é solene ou ad solenitatem - ☺ art. 108, CC: “Não dispondo a lei em contrário*, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”.

*OBS. Excepcionalmente, admite-se forma particular, nos NJ que têm por objeto imóvel superior a 30 salários mínimos, a exemplo da situação da promessa de compra e venda (arts. 1417 e 1418). A escritura pública só é exigida para os negócios jurídicos de compra e venda definitivos. O EN 289 estabelece que este valor de 30 salários mínimos é o declarado pelas partes e não o arbitrado pela administração pública para fins tributários.

Portanto, em regra, a forma é livre e não solene (art. 107, CC).

Exceção: forma solene ou forma convencional.

A solenidade pode ser:

a) ad solenitatem: interfere na validade do ato (seu desrespeito é caso de nulidade absoluta) -

☺ art. 166, IV;

b) ad probationem: relativa à prova do ato, sob pena apenas de se ter dificuldade para se provar em juízo que o negócio foi realizado (o negócio é válido). A forma é exigida para efeito de prova.

Obs.: se a questão falar só em “solenidade” (sem especificar), está se referindo à 1ª espécie (ad solenitatem).

▪ **Plano da eficácia:** aqui estuda-se os elementos que interferem na existência jurídica do NJ. São também denominados de acidentais (podem ocorrer ou não). Neste 3º plano, lembra-nos Antônio Junqueira de Azevedo, que é estudada a eficácia jurídica do negócio e os elementos acidentais que nela interferem. São eles:

- condição
- termo
- modo ou encargo

Obs.: quadro sinóptico (caderno do prof. André Barros):

Existência	Validade	Eficácia
(são substantivos)	(são adjetivos)	Cláusulas que irão alterar a eficácia natural do negócio:
<ul style="list-style-type: none"> - Partes - Objeto - Vontade - Forma 	<ul style="list-style-type: none"> - capazes e legitimadas - lícito, possível, determinado (determinável) - livre - prescrita ou não defesa em lei 	<ul style="list-style-type: none"> a) condição b) termo c) modo ou encargo (podem existir ou não)

Passa-se a estudar os defeitos do negócio jurídico, que compõe o plano de validade, antes de estudarmos o plano de eficácia.

- **DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO:**

1) ERRO:

É disciplinado a partir do art. 138, CC.

- **Erro x Ignorância:** O erro é um estado de espírito positivo, é uma falsa representação positiva da realidade (falsa percepção da realidade), em outras palavras, uma atuação positiva em equívoco; ao passo que a ignorância é um estado de espírito negativo, traduzindo desconhecimento (completo desconhecimento da realidade).

O erro é causa de anulação do negócio jurídico (o erro, se substancial, torna o negócio jurídico anulável).

A doutrina clássica, interpretando o art. 138, CC, costumava afirmar que o erro para anular o negócio jurídico deveria ser: substancial ou essencial e escusável (perdoável, já que a lei não tutela os negligentes). Ocorre que a doutrina moderna não concorda com esse segundo requisito, por ser ele muito subjetivo. A doutrina moderna, à luz do Princípio da Confiança, e, considerando a dificuldade na análise da escusabilidade do erro, tem dispensado este segundo requisito (☺ En. 12 da 1ª JDC). Para se invalidar um negócio, basta que se demonstre a substancialidade do erro.

- Seguindo a doutrina de Roberto de Ruggiero (prof. da Universidade de Roma), em sua obra Instituições de Direito Civil, podemos identificar basicamente 3 espécies de erro:

- 1) Erro sobre o negócio: incide na estrutura da declaração negocial manifestada. A parte imagina ter celebrado um negócio, mas celebrou um outro.
- 2) Erro sobre o objeto: é o mais comum; incide sobre as características ou identidade de objeto do negócio; e
- 3) Erro sobre a pessoa: incide sobre o declarante (ex.: celebrar contrato com o irmão gêmeo idêntico daquele com quem se pretendia celebrar). Obs.: A principal aplicação do erro sobre a pessoa será estudada no direito de família quando estudarmos os arts. 1.556 e 1.557, CC, que cuidam “da anulação do casamento por erro sobre pessoa”. Em outras palavras, existe especial aplicação do erro invalidante como causa de anulação do casamento. Ver jurisprudência no material de apoio.

Vale lembrar, nos termos do art. 144, CC, que não havendo prejuízo, não há o que se invalidar (Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante).

Contudo, não se pode esquecer do Erro de Direito: aquele que envolve a má interpretação da norma jurídica.

- **Questão especial de concurso:** O erro de direito é causa de invalidade do negócio jurídico? O CC brasileiro adotou o erro de direito?

O CC/16 não contemplava o erro de direito, pois é uma teoria que não agradava a Clóvis Beviláqua. Todavia, a doutrina passo a passo foi mudando esse pensamento, a exemplo de Eduardo Espínola, Carvalho Santos e Caio Mário, para admitir a tese, desde que não significasse oposição ou recusa ao império da lei.

O erro de direito, regulado no art. 139, III, traduz causa de invalidade do negócio jurídico incidindo no campo de atuação permissiva da norma, ou seja, consiste em um erro sobre a ilicitude do fato. À luz do Princípio da Boa-fé, o novo Direito Civil passou a admitir explicitamente o erro de direito, aquele que, sem traduzir intencional recusa à aplicação da lei, incide no âmbito de atuação permissiva da norma. Em outras palavras, é um erro de interpretação quanto à ilicitude do ato. O erro de direito, portanto, não significa a intenção de não cumprir a lei, mas sim um erro sobre a interpretação da norma.

- **Erro x Vício Redibitório:** o erro atua no psiquismo do agente, invalidando o negócio jurídico; o vício redibitório, por sua vez, é defeito da própria coisa, sendo, portanto, exterior ao agente. Além disso, o vício redibitório gera responsabilidade civil, mas não invalida o negócio. O vício redibitório é um defeito oculto na coisa que diminui o seu valor e prejudica a sua utilização.

2) DOLO:

O dolo, causa de invalidade do negócio jurídico (anulação), consiste no erro provocado.

É o artifício malicioso empregado por uma das partes ou por terceiro, com o propósito de enganar a outra parte do negócio, causando-lhe prejuízo. É o ardil, o engodo.

O dolo gera a anulação do negócio jurídico.

Quem conhece erro, conhece o dolo (a essência é a mesma). “Dolo é o erro provocado”. É o erro carregado de má-fé (quem erra, erra sozinho; no dolo o erro é induzido por outrem).

O direito romano consagrou clássica distinção entre dolos bônus e dolos malus:

a) dolus malus: que vicia o negócio; é aquele em que há a intenção de prejudicar;

b) dolus bonus: não vicia o negócio; é aceito socialmente. É muito utilizado como técnica de publicidade (não há ilicitude nenhuma em o anunciante realçar as características do produto – é a “lábria do comerciante” – desde que não se torne publicidade enganosa, que é dolus malus). A linha entre dolos bônus e técnica de publicidade é bastante tênue.

Obs.: a mensagem subliminar, aquela que atua inconscientemente em face do consumidor, induzindo-o a determinado comportamento, pode traduzir comportamento doloso e prática comercial abusiva, situações juridicamente reprováveis.

Na forma do art. 145, CC, o dolo invalidante é apenas o principal (essencial), de maneira que, nos termos do art. 146, CC, se o dolo for meramente acidental não invalida o negócio, repercutindo apenas nas perdas e danos.

- ✓ **O dolo principal:** ☺ art. 145 – é aquele que ataca a sua causa, a sua substância, sua essência; ele anula o negócio;
- ✓ **O dolo acidental:** ☺ art. 146 – é meramente acidental, ou seja, não anula o negócio, apenas gera a obrigação de pagar perdas e danos, pois ataca apenas aspectos secundários do negócio (o negócio seria realizado, embora por outro modo).
- ✓ **Dolo negativo: art. 147, CC** – traduz quebra de boa-fé objetiva por omissão dolosa da vontade. É a omissão intencional de manifestação de vontade em prejuízo da outra parte: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.
- ✓ **art. 149, CC:** “O dolo do representante legal das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve, se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos”.
- ✓ **Dolo recíproco ou bilateral:** havendo dolo bilateral, nos termos do art. 150, CC, “deixa-se como está”, não podendo nenhuma das partes alegar a sua torpeza em juízo, para não coroar a esperteza recíproca. Não há compensação de dolos. “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização”.
- ✓ **Dolo de terceiro: art. 148, CC** – “Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de 3º, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento (...)”, ou seja, o negócio só será anulado se o terceiro sabia ou tinha como saber do dolo. “(...) Em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou” - Não se pode esquecer que a anulação só ocorrerá se o beneficiário soubesse ou tivesse como saber do engodo; em caso contrário, o negócio é mantido e apenas o terceiro responde pelas perdas e danos. Se anulado o NJ, cada um dos responsáveis responde por perdas e danos na medida de sua culpa. Ex. dois fazendeiros. Um terceiro sugere a compra de um gado a um dos fazendeiros, dizendo que o gado está saudável, sendo que o gado está doente. O NJ só será invalidado se constatar que o fazendeiro proprietário soubesse ou tivesse como saber que o terceiro mentiu a respeito da situação do gado.

3) COAÇÃO:

Enquanto o dolo se caracteriza pelo ardil, a coação se caracteriza pela violência psicológica. Em outras palavras, podemos conceituá-la dizendo: a coação (moral), causa de invalidade do NJ (anulação) opera-se quando uma das partes é vítima de violência psicológica para realizar NJ que a sua vontade interna não deseja efetuar (art. 151, CC). A coação é ameaça.

Aqui se fala em coação moral, que embaraça a vontade.

Lembra-nos Francisco Amaral que a coação é sinônimo de violência, ou seja, é a violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar negócio jurídico que a sua vontade interna não deseja celebrar.

A coação gera a anulação do negócio jurídico.

Lembrar que a coação física está no plano de existência.

Ex.: flanelinha que pede pra olhar o carro e diz que custa R\$ 3,00 e que ali o pessoal costuma arranhar o carro é exemplo de coação moral.

- ✓ **art. 151, CC:** é norma explicativa, porque conceitua o instituto – “A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens”. © P.U.: se disser respeito a pessoa não pertencente à família, mesmo assim pode caracterizar coação.
- ✓ **A coação deve ser apreciada segundo o caso concreto. art. 152, CC** – “No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela” (não é o caso, aqui, de valer-se do conceito de homem médio).
- ✓ **Temor reverencial e ameaça de exercício regular de direito:** Não se deve confundir coação com “temor reverencial” (salvo se, segundo Pontes de Miranda, com o temor reverencial vier o plus da ameaça) ou com “ameaça do exercício regular de direito” - art. 153, CC. O temor reverencial é o respeito à autoridade instituída, que poderá ser familiar, profissional, eclesiástica, enquanto que a ameaça do exercício regular de direito seria por exemplo, ameaçar o devedor a promover o despejo em falta de pagamento dos alugueis.
- ✓ **Coação de terceiro:** arts. 154 e 155, CC – é uma situação parecida com a que ocorre no dolo de terceiro, mas aqui não há o engodo e sim a ameaça. Havendo coação de terceiro, o negócio é anulado, desde que o beneficiário saiba ou tenha como saber do vício, respondendo solidariamente pelas perdas e danos (lembrar que no dolo não há essa previsão de solidariedade); caso não saiba ou não tenha como saber, o negócio é mantido, respondendo apenas o terceiro pelas perdas e danos. Ex. dois fazendeiros. Terceiro coage um dos fazendeiros para que compre o gado doente.

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

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

4) LESÃO:

A lesão não estava prevista no CC/16, trata-se de inovação do CC/02.

- ✓ **Conceito:** A lesão, causa de invalidade do negócio jurídico, consiste na desproporção existente entre as prestações do negócio jurídico, em face do abuso, da necessidade ou inexperiência de uma das partes, que assume obrigação excessivamente onerosa.

A tônica da lesão, o que está por trás dela, é o abuso do poder econômico, o interesse econômico, especialmente. O contrato de adesão é um terreno fértil para isso. Esse defeito tem uma característica multidisciplinar.

A lesão, no direito romano, subdividia-se em lesão enorme (quando a desproporção do contrato fosse superior à metade do preço justo) e lesão enormíssima (quando a desproporção fosse superior a 2/3 do preço justo).

O CC/16 não tratou da lesão. A primeira lei no Brasil que se preocupou com a lesão foi uma lei criminal (a Lei 1.521/51) – Lei de Economia Popular, que, em seu art. 4º, tipificava o crime de usura (que traduzia uma lesão).

Antes do CDC e do NCC, ausente uma norma de direito privado que cuidasse da lesão, havia entendimento no STJ (☺ Resp. 434.687/RJ) no sentido de que negócio com lesão seria nulo por ilicitude do objeto. Este panorama mudou quando entrou em vigor o CDC, porque esta foi a primeira grande lei de direito privado que combateu a lesão (arts. 6º, V; 39, V; e 51, IV, CDC). A principiologia de ordem pública, característica do CDC, faz com que a lesão seja tratada, neste diploma, como causa de nulidade absoluta. Ou seja, no CDC, por conta da vulnerabilidade do consumidor, a lesão é causa de nulidade (e não de anulação) absoluta do negócio de consumo (é princípio constitucional de defesa do consumidor). No CC brasileiro, para negócios civis em geral, a lesão é mera causa de anulação do negócio jurídico (☺ art. 157).

Elementos essenciais da lesão:

a) **Objetivo/material:** é a desproporção entre as prestações pactuadas; o desequilíbrio prestacional.

b) **Subjetivo/imaterial:** a doutrina o desdobra em abuso da necessidade ou da inexperiência de uma das partes. Alguns autores mais tradicionais costumam colocar aqui ainda o chamado “dolo de aproveitamento”, que é a intenção de explorar, de prejudicar, de se aproveitar. Assim, enquanto uma das partes sofre o abuso, pela sua necessidade ou inexperiência, outra atua com o dolo de se aproveitar. Atualmente, o dolo de aproveitamento não tem sido exigido para configuração da lesão (Moreira Alves). O art. 157 acolheu o

posicionamento de Moreira Alves, pois não exige o dolo de aproveitamento. No CDC também não se exige o dolo de aproveitamento.

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

O Código utilizou um sistema aberto. O juiz tem uma discricionariedade (regrada) para apreciar a lesão. O código não utilizou nenhum critério matemático para se aferir a desproporção (☺ §1º: “Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico”).

À luz do Princípio da conservação, o §2º do art. 157 admite que as partes possam reequilibrar o negócio, evitando a sua anulação. Se há revisão, não há o que se anular: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

- ✓ **Lesão x Teoria da Imprevisão:** o que há de comum entre elas é o desequilíbrio negocial, uma das partes assume obrigação onerosa; mas, a lesão é marcada pelo desequilíbrio que nasce com o próprio negócio jurídico, configurando-se causa de invalidade; enquanto a Teoria da Imprevisão pressupõe contrato válido na sua origem que se desequilibra depois. Vale dizer, na Imprevisão o desequilíbrio é superveniente. Ademais, a aplicação da Teoria da Imprevisão não desemboca na invalidade, ou se resolve o contrato ou se revisa o contrato.

5) ESTADO DE PERIGO:

- Trata-se de uma aplicação do Estado de Necessidade ao Direito Civil. De todos os defeitos, é o defeito que demonstra maior desespero do agente.

Conceito: configura-se quando o agente, diante de situação de perigo de dano material ou moral conhecido pela outra parte, assume prestação/obrigação excessivamente onerosa (art. 156).

Diverge da coação na qual há uma violência moral, uma ameaça partindo da outra parte. Diverge ainda da lesão, porque nela não se está correndo risco à saúde, à vida, ou à integridade moral ou psicológica. O estado de perigo é, pois, mais grave. No estado de perigo o agente está diante de um dano mental, à saúde física, à vida, etc. Ex. pessoa que tem seu filho seqüestrado e precisa urgentemente de dinheiro. Aqui não há uma simples necessidade, uma simples inexperiência.

art. 156, CC: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”. Quando se tratar de pessoa não pertencente à família o juiz decidirá de acordo com as circunstâncias (P.U.).

OBS. O estado de perigo causa a anulação do negócio jurídico, embora a doutrina de Mário Delgado, cristalizada no EN 148, admita que a anulação poderá ser evitada, se o negócio jurídico for revisado.

→ O reconhecimento do estado de perigo e da lesão no NCC significa o respeito ao Princípio da Função Social, como forma de coibir abuso de poder econômico.

Perfeita a aplicação do estado de perigo: opera-se na exigência de determinados hospitais para a emissão de cheque caução ou assinatura de termo contratual como condição para o atendimento de emergência.

A jurisprudência brasileira tem aplicado o estado de perigo para coibir este tipo de cheque caução (AP Cível 833.355-7 Tribunal de Alçada de SP). E mais recentemente em linha semelhante o próprio STJ no REsp 796. 739/MS. Vale mencionar ainda o Resp. 918.392/RN, que aplicou a teoria em favor de um segurado e familiares compelidos a assinar um termo contratual. Neste julgado, o STJ assentou que a seguradora também tem que cobrir a colocação de stent. Desde a Resolução 44/03, a ANS tem combatido esta prática, que pode inclusive, nos termos dessa resolução, resultar em representação ao MPF (☺ material de apoio).

6) SIMULAÇÃO:

No CC/16 gerava anulação do negócio jurídico. A gravidade da simulação é tal, que o NCC (☺ art. 167) estabelece que esse defeito é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico, ou seja, sempre torna o negócio jurídico nulo (deve-se propor uma ação declaratória de nulidade, que é imprescritível).

Obs.: No que tange ao direito intertemporal, caso o negócio jurídico haja sido celebrado antes da entrada em vigor do código novo, aplica-se, neste aspecto de validade, o regramento do código anterior, de maneira que o negócio seria anulável (ver sobre esta temática o art. 2.035, CC/02).

Na simulação, celebra-se um negócio jurídico que tem aparência normal, mas que, em verdade, não pretende atingir o efeito que juridicamente devia produzir.

Causa Simulandi: **causa da simulação**

*Burlar a lei

*Fraudar o fisco

*Prejudicar credores

*Guardar em segredo o verdadeiro negócio jurídico.

Existem duas espécies de simulação, e em qualquer dos casos o negócio jurídico simulado será nulo:

a) **Simulação absoluta**: é aquela em que se celebra um negócio jurídico destinado a não gerar efeito algum (há a aparência de um negócio normal, mas as partes não desejam

celebrar negócio algum; é tudo mentira). Ex.: homem que simula um negócio com outra pessoa, mas o negócio na verdade não existe (simula uma compra e venda para terceiro, mas na realidade não transfere a propriedade); marido, prevendo separação celebra um contrato com amigo, visando transferir bens do patrimônio, mas que na verdade não visa atingir efeito jurídico algum, apenas a guarda dos bens.

b) Simulação relativa: é aquela na qual as partes celebram um negócio destinado a, como uma máscara, encobrir outro negócio cujos efeitos são proibidos por lei (nem tudo é mentira). Pode se dar também por interposta pessoa. Ex.: homem casado, que não pode doar bens à concubina, mas simula uma compra e venda para mascarar a doação. No caso da simulação relativa, à luz do Princípio da Conservação, se o juiz puder, aproveitará o negócio dissimulado, se não houver ofensa à lei ou a direito de terceiros - Enunciado 153 da 3ª Jornada e art. 167, CC – “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na sua substância (objeto lícito, possível e determinado) e na sua forma”. Ex. simulado um comodato para encobrir uma locação; se o juiz entender que a locação atende os requisitos da lei, poderá ser aproveitada. No exemplo dado acima, se o casamento for nulo, a doação à concubina poderá ser aproveitada. Na simulação relativa subjetiva, a mentira está nas partes (ex.: “laranja”); na simulação relativa objetiva o que é falso é o objeto, a condição, a data, o preço, etc.

*Em ambos os tipos, é causa de nulidade absoluta, a diferença está no aproveitamento do negócio.

Assim, conclui-se que:

- ✓ **Negócio Jurídico Simulado** – Destinado a enganar alguém. **NULO sempre.**
- ✓ **Negócio jurídico Dissimulado** – Oculta o negocio jurídico verdadeiro. Pode ser válido se a substancia e a forma for valida.

Ex: Compra e venda para concubina – Nulo. Simulado (Se for doação é dissimulado) Art. 550,cc. Nulo porque invalida a substancia

Ex: Compra e venda de R\$ 200.00,00 e registro de escritura por R\$ 100.000,00 – Subsiste

Dessa forma, pode-se dizer que simulação relativa pode ser dividida em:

- ✓ **Simulação subjetiva:** “Ad Personae” Testa de Ferro; laranja. Ex: Tutor, homem casado – interposição de pessoa.
- ✓ **Simulação objetiva:** Pratica-se um negocio jurídico para ocultar o outro. Ex: Homem casado

Art. 167. É anulável o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se for válido na substancia e na forma.

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

- II — contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira
- III — os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados
- IV - Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Obs. Cheque pós-datado não é simulação.

SIMULAÇÃO: Pratica-se um negócio jurídico querendo ocultar o outro

LESÃO: Pratica-se um negócio jurídico prejudicial: por inexperiência ou premente necessidade

SIMULAÇÃO INOCENTE: é aquela em que não se quer prejudicar ninguém, apenas se pretende esconder o Negócio jurídico. Entretanto, a previsão dessa simulação como aceitável no negócio jurídico foi apenas no código civil de 1916. Já o código civil de 2002, por sua vez, abomina qualquer vício no negócio jurídico.

(ENUNCIADO 152, CJF- Diz que toda simulação é invalidante, inclusive a inocente.)

RESERVA MENTAL: Conforme traz o art 110 CC/2002, salvo se o destinatário tinha conhecimento da reserva mental, subsistirá a manifestação da vontade.

*OBS1. A simulação inocente, prevista no CC/16, era aquela em que não se queria prejudicar ninguém. Esta figura não existe no CC/02 (aliás, esta figura simplesmente não existe), de maneira que é correto dizer que toda simulação é inválida. Para o NCC toda simulação é grave e invalida o negócio.

OBS2. Nos termos do En. 294 da 4ª JDC: “Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra”, considerando-se o tratamento de ordem pública conferido à simulação (causa de nulidade absoluta), que pode inclusive ser reconhecida de ofício pelo juiz, qualquer pessoa, inclusive os simuladores poderão alegá-la em juízo.

QUESTÕES ESPECIAIS DE CONCURSO:

- ✓ **Contrato de vaca-papel:** trata-se de um aparente contrato agrário (parceria pecuária), que, em verdade, mascara o empréstimo a juros extorsivos (empréstimo usurário). Mútuo feneratício – empréstimo a juros. É um contrato simulado. Transfere-se dinheiro simbolizado por gado. Os bezerros que serão dados em troca são na verdade juros.

O STJ já pronunciou que o contrato de vaca-papel é simulado (Resp. 441.903/SP; 791.581/MS; 760.206/MS; 441.903/SP).

Reserva mental: alguns autores denominam reserva legal de reticência. Configura-se quando o agente emite declaração de vontade, resguardando o íntimo propósito de não cumprir o efeito jurídico pretendido, podendo ter

repercussão jurídica nos termos do art. 110, CC. Enquanto a reserva mental está apenas na mente da pessoa, não há repercussão jurídica alguma. Equipara-se à cogitatio no direito penal.

Pergunta: qual é a consequência jurídica que decorre da manifestação da reserva? Ou seja, o que se dá quando a outra parte toma conhecimento da reserva? Ex.: um prof. acabou de publicar um livro, chegou a uma universidade para lançar o livro e disse que toda a renda gerada com a venda do livro naquele dia seria doada a uma instituição de caridade, mas mantém no seu intelecto a íntima ideia de não doar nada. Até ai não há repercussão no direito. Mas, se ele assume para alguém ou fala para si mesmo e alguém o escuta dizendo que não vai doar o dinheiro e o aborda, ai sim haverá repercussão no direito. Somente a partir do momento em que o destinatário toma ciência da reserva mental é que haverá repercussão no direito.

Segundo uma primeira corrente doutrinária (também seguida por Carlos Alberto Gonçalves), afirma que, manifestada a reserva e dela tomando conhecimento a outra parte, o negócio torna-se inválido (por dolo ou simulação). O negócio existe, mas é inválido (neste caso por dolo). Se o aluno que tomou ciência da reserva se mancomunou com o declarante para tentar enganar mais pessoas (vender mais livros) e assim ganhar algo com isso, ai o negócio será inválido por simulação.

****Uma segunda corrente doutrinária, todavia, defendida pelo Min. Moreira Alves e adotada no art. 110, CC, afirma que manifestada a reserva e tomando ciência a outra parte, o negócio não subsistirá, ou seja, se torna inexistente (a manifestação de vontade não existirá mais). Mas o prof. não concorda com essa linha de pensamento. Para ele o problema não está no plano da existência, mas sim no da validade (o negócio existiu – o aluno comprou o livro).**

7) FRAUDE CONTRA CREDORES:

- ✓ **Conceito:** a fraude contra credores traduz a prática de um ato negocial que diminui o patrimônio do devedor, prejudicando credor preexistente.
Todo Estado cria um sistema protetivo do crédito. Em outras palavras: Dilapidação do patrimônio para não pagar dívida. É o ato praticado pelo devedor insolvente ou na iminência de sê-lo, que desfalca seu patrimônio, onerando, alienando ou doando bens, de forma a subtraí-los à garantia comum dos credores.
- ✓ Princípio aplicável: responsabilidade patrimonial. Quem responde pela dívida? Bens do devedor.
- ✓ Estado de insolvência: Ter-se-á insolvência sempre que os débitos forem superiores à importância dos bens do devedor. A prova da insolvência far-se-á, em regra, com a execução da dívida.
- ✓ **Vício social** - Atinge a sociedade

A fraude contra credores pressupõe que a insolvência do devedor seja atual ou iminente. Contamina apenas um credor. Se o devedor dispõe de patrimônio, não comete fraude, ou seja, só é cometida pelo devedor insolvente, que tenha seu passivo maior que seu ativo.

Ou seja, é a atuação maliciosa do devedor insolvente ou na iminência de assim se tornar, que se desfaz do seu patrimônio procurando não responder pelas obrigações anteriormente assumidas.

- ✓ **Existem duas diferenças básicas entre a fraude contra credores e a simulação:**
na fraude, não há um necessário disfarce, não se simula nada, e, além disso, a sua vítima é específica (o credor preexistente).

*Tradicionalmente, a fraude contra credores pressupõe 2 requisitos (além é claro da anterioridade do crédito ou obrigação):

- a) consilium fraudis: má-fé – conluio fraudulento; deve ser provado o conluio entre o devedor e o adquirente do bem (que sabia da situação do devedor e agiu de má-fé).
- b) eventus damni: prejuízo ao credor; prova de que o ato causou dano ao credor.

Obs.: a doutrina moderna (Marcos Bernardi de Mello e Maria Helena Diniz) costuma afirmar que alguns atos fraudulentos são tão graves, que o requisito da má-fé é presumido, dispensando a prova da má-fé. Ex. doação fraudulenta.

Para se provar fraude no negócio oneroso, além do consilium fraudis e do eventus damni, deve ficar provado também (☉ art. 159) ou que a insolvência do devedor era notória, ou que havia motivo para ser conhecida pelo outro contratante.

- ✓ **Hipóteses legais:**

- **Fraude a título gratuito (doação, remissão e perdas)**

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

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

- **Fraude a título oneroso (compra e venda)**

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

Será suscetível de fraude o negócio jurídico a título oneroso se praticado por devedor insolvente ou quando a insolvência for notória ou se houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Podendo ser anulado pelo credor.

Por exemplo, quando se vender imóvel em data próxima ao vencimento das Obrigações inexistindo outros bens para saldar a dívida.

- **Pagamento de dívida vincenda**

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

O pagamento antecipado do débito a credores frustra a igualdade que deve existir entre os credores quirografários, que, por tal razão, poderão propor ação pauliana para invalidá-lo, determinando que o beneficiado reponha o que recebeu em proveito do acervo. O credor que vier a receber pagamento de dívida ainda não vencida será obrigado a devolver o que recebeu, mas essa devolução não apenas aproveitará aos que o acionaram, pois reverterá em benefício do acervo do devedor, que deverá ser partilhado entre todos os credores que legalmente estiverem habilitados no concurso creditório.

- **Concessão de garantias reais**

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

Será fraudatória a outorga de garantias reais (CC, art. 1.419) pelo devedor insolvente a um dos credores quirografários, lesando os direitos dos demais credores, o que acarretará a sua anulabilidade através da ação Pauliana.

Observação: Teoria do patrimônio mínimo.

Se o devedor insolvente vier a contrair novo debito visando beneficiar outro credor e adquirir objetos imprescindíveis à sobrevivência e manutenção de seu estabelecimento o negócio será valido ante a presunção de boa-fé, sendo incabível a ação Pauliana.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

✓ **Para alguns doutrinadores as hipóteses se dividem em:**

a) Negócio de transmissão gratuita de bens (doação fraudulenta, art. 158) – desfazimento por liberalidade de seu patrimônio;

b) Perdão fraudulento (remissão fraudulenta de dívida, art. 158) – devedor tem um crédito com outra pessoa e perdoa a dívida;

c) negócio jurídico fraudulento oneroso (art. 159) – Neste caso, a demonstração da fraude é mais dificultada, pois além dos requisitos gerais, deve ficar provado ou que a insolvência do devedor era notória ou que havia motivo para ser conhecida pela outra parte. Ex. a compra e venda também pode ser objeto de fraude.

d) Antecipação fraudulenta de pagamento feita a um dos credores quirografários – aquele que não tem garantia (art. 162). Ex. proposta feita a um dos credores, mediante um desconto da dívida.

e) Outorga fraudulenta de garantia de dívida (art. 163). Ex. resta ao devedor apenas um bem. Mediante um desconto da dívida, o devedor constitui hipoteca fraudulenta em favor do credor.

OBS. Especial situação de fraude, referida desde Jorge Americano, é a instituição fraudulenta de bem de família voluntário.

Questões especiais na jurisprudência brasileira:

a) Fraude contra credores: a quem cabe a competência? À Justiça Comum ou à Justiça do Trabalho? O STJ, recentemente, em julgado de 14/05/08, firmou a competência da justiça comum para analisar fraude contra credores, mesmo que o crédito seja trabalhista (☺ Conflito de competência 74.528/SP).

b) *A súmula 195, STJ estabelece que em embargos de terceiro não se anula ato jurídico por fraude contra credores. Se a tese de fraude contra credores for levantada em embargo de terceiro o juiz não poderá julgá-la. Existe uma ação específica para se alegar a fraude contra credores.

c) Não se pode confundir fraude contra credores e fraude à execução. Neste último caso, a gravidade é maior, pois já existe demanda proposta contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência. A ineficácia do ato é total, em face do desrespeito à administração da justiça (REsp 741.095, 684.925/RS). Para que haja fraude à execução não é necessário que haja execução em curso, mas o devedor já deve estar sendo demandado (art. 593, CPC).

Fraude contra credores	Fraude à Execução
Aqui ainda não existe demanda instaurada contra o devedor (☺ Resp. 684.925/RS). Caderno do prof. André Barros: - é instituto de Direito Civil; - o vício atinge o negócio; - torna o negócio jurídico anulável; - exige ação anulatória (ação pauliana/revocatória);	É instituto processual, podendo o juiz pronunciar a sua nulidade absoluta de ofício (resguardado o direito de defesa); se configura quando já existe contra o devedor demanda capaz de reconhecer ou reduzi-lo à insolvência. É mais grave. Desrespeita a justiça, o Poder Judiciário. - é instituto processual; - atinge o processo, a ação; - torna o negócio jurídico ineficaz; - não exige ação própria (pode ser alegada por simples petição no processo);

- deve-se provar a má-fé.

- há presunção de má-fé.

Resumindo: se a venda do patrimônio ocorreu antes da ação, é fraude contra credores; se foi depois da ação, é fraude à execução. Considera-se a ação no momento da citação, e não da propositura (é o entendimento que prevalece).

- ✓ **Ação Judicial para impugnar o ato fraudulento**: o credor preexistente deve ajuizar uma ação específica, a chamada “**Ação Pauliana**”, também conhecida como “**Ação Revocatória**”.

Trata-se de uma ação pessoal (diz-se até que não há exigência de outorga uxória ou autorização conjugal) e o seu prazo decadencial é de 4 anos.

- ✓ **Legitimidade ativa para propor a ação pauliana**: é do credor preexistente (é ele o prejudicado). É necessariamente o credor quirografário (sem garantia)? Antigamente se falava que sim, porque o credor com garantia não tinha interesse na ação pauliana. Em geral, portanto, é sim o credor sem garantia (quirografário) que tem interesse e legitimidade na pauliana. Mas, sucede que, nos termos do §1º, do art. 158, fica claro que também o credor com garantia pode manejar a pauliana, se a sua garantia se tornou insuficiente. O juiz pode incidentalmente fazer a análise de que a garantia se tornou inexistente.
- ✓ **Legitimidade passiva**: o réu, em primeiro plano, da ação pauliana é o devedor insolvente (aquele que realizou o ato fraudulento). Ocorre que, em geral, a fraude se dá por meio de contrato. Assim, se o ato foi praticado com alguém, a ação pauliana deverá ser proposta em litisconsórcio passivo necessário contra o devedor e essa outra pessoa. E, ainda, se o imóvel (objeto do ato celebrado) já saiu das mãos do devedor e daquele que com ele celebrou o ato, já estando em mãos de terceiro (que está fora do ato que gerou a fraude). Assim, nos termos do art. 161, influenciado pela doutrina de Carvalho de Mendonça, o terceiro só deverá integrar a lide no pólo passivo se tiver atuado de má-fé. Se estava de boa-fé, comprovadamente, ele não deverá integrar o pólo passivo (as coisas ficam como estão para ele, não sofre os efeitos da sentença pauliana – ele ficará com o imóvel que a ele foi transferido, prejudicando o credor), e o credor deverá procurar outros bens do devedor para satisfazer seu crédito (ver REsp 242.151/MG).
- ✓ **Natureza jurídica da sentença na ação pauliana** - há duas correntes:
 - I) a doutrina tradicionalmente (Moreira Alves, Clóvis Beviláqua, Nelson Nery, e diversos outros autores) sustenta, na forma do art. 165, que a sentença na pauliana é desconstitutiva anulatória (o negócio será inválido). É, portanto, a opção do legislador e da maioria da doutrina.

II) defendida por autores como Yussef S. Cahali, Frederico Pinheiro, Alexandre Câmara, Min. Teori Zavascki, discorda da teoria anulatória e sustenta que, em verdade, a sentença pauliana é simplesmente declaratória da ineficácia jurídica relativa do negócio fraudulento (Resp. 506.312/MS). A sentença, na verdade, aqui não invalida, apenas declara que o negócio é ineficaz relativamente àquele determinado credor. É uma tese contra legem (não seguida pelo sistema brasileiro), mas que tem fundamento (é aplaudida pelo prof.), tanto que se o devedor consegue pagar o credor posteriormente de outra forma, o dono do imóvel continuará sendo aquele que recebeu a doação, por ex. O juiz não deve ser escravo da lei. A jurisprudência aqui trazida é contrária à lei, mas se pauta em princípios maiores do direito. Esta é, portanto, a doutrina que deveria ser adotada pelo sistema brasileiro.

INVALIDIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO:

Quando o sistema jurídico considera um negócio jurídico inválido, ele está se defendendo. O reconhecimento da invalidade significa a privação dos efeitos que representam afronta ao ordenamento.

Invalidade é um termo genérico, que se desdobra em:

a) Nulidade absoluta: negócio nulo;

b) Nulidade relativa (ou anulabilidade): negócio anulável.

Assim, negócio nulo e anulável são espécies de negócio inválido.

A nulidade absoluta é mais grave do que a nulidade relativa. O negócio nulo viola norma de ordem pública, norma cogente (a violência é maior). Ao passo que o negócio anulável viola apenas norma dispositiva, que tutela interesse particular.

Em razão dessa maior violência, o negócio nulo é tratado de forma mais grave pelo sistema brasileiro.

A regra geral é a de que tanto a nulidade absoluta como a relativa pressupõem previsão legal (toda nulidade, em princípio, pressupõe previsão em lei), e, além disso, é preciso que haja, ainda, um prejuízo dela decorrente (não há nulidade sem prejuízo).

- ✓ **Princípio da Conservação dos contratos:** na análise da invalidade deve se respeitar, em primeiro plano, o princípio da conservação. É um princípio muito bem desenvolvido por autores como Marcos Bernardes de Mello; sustenta que o juiz, sempre que possível, deverá conservar ou manter um negócio impugnado por invalidade. Ex. redução do NJ (art. 184, CC): na redução o juiz afasta a cláusula inválida, mantendo o restante do negócio (reconhece nulidade parcial).

1) Nulidade Absoluta:

Toda nulidade pressupõe uma regra que a declare, ou seja, é amparada por uma regra. No CC, os artigos que servem de base à nulidade absoluta são os arts. 166 e 167.

Art. 166, CC: É nulo o negócio jurídico quando:

- I) Celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II) For ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III) O motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito: ou seja, considera-se nulo o negócio jurídico quando a sua causa for ilícita – causa é a finalidade ou, como dizem os italianos (Ascarelli, Cariota Ferrara), é a função do negócio jurídico (não é o objeto), é a finalidade das partes ao celebrarem o contrato, não se confundindo com o motivo psicológico. A finalidade é exteriorizada, é comum a todas as partes, já o motivo está dentro da cabeça de cada uma das partes. Neste caso, motivo significa causa/finalidade. Assim, é nulo o NJ quando a causa (a finalidade das duas partes) for ilícita (ex.: aluguel de um imóvel com a finalidade de instalar uma casa de prostituição; contrato de seguro celebrado com a finalidade de cobrir aposta do tipo “racha”; o contrato de doação tem por finalidade a liberalidade, mas pode ou não ser motivado pela generosidade).
- IV) Não revestir a forma prescrita em lei: há situações em que o legislador prevê a forma como requisito de validade.
- V) For preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade: testamento cerrado é aquele que só o testador sabe o seu conteúdo, lacrar o envelope significa uma solenidade do testamento cerrado; casamento deve ser celebrado a portas abertas.
- VI) Tiver por objeto fraudar lei imperativa: este é um conceito totalmente aberto, aqui se viola norma de ordem pública de forma frontal – ex.: contrato de sociedade para formar uma empresa criada para lavar dinheiro; contrato que viole normas ambientais;
- VII) A lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção: sempre que se disser que é vedado, sem dizer a sanção, a sanção é a nulidade absoluta do negócio.

Ver ainda o art. 167, CC: simulação.

✓ Características da Nulidade Absoluta:

a) A nulidade absoluta, por ser grave, poderá ser argüida por qualquer pessoa, pelo MP (quando tiver intervenção no processo), ou até mesmo, ser reconhecida de ofício pelo juiz (☺ art. 168, CC). A lei não estipula legitimados específicos para impugnar o negócio nulo, utilizando a expressão “qualquer interessado”.

b) A nulidade absoluta não admite confirmação (☺ art. 169, 1ª parte) – o código fala em confirmação, alguns autores falam em ratificação. Negócio nulo não se confirma, é preciso repeti-lo, se for o caso. Ex. menor de 15 anos celebra contrato, não podendo confirmá-lo quando completar 18 anos.

c) O negócio nulo é imprescritível, ou seja, não convalesce pelo decurso do tempo. Mas, é preciso lembrar que os efeitos patrimoniais prescrevem! (☺ art. 169, 2ª parte) – quer dizer que a declaração de nulidade absoluta pode se dar a qualquer tempo (é imprescritível), mas os efeitos patrimoniais decorrentes da declaração prescrevem (☺ aula de prescrição). Ex. A e B celebram contrato nulo; se B pretender a condenação da outra parte por perdas e danos devido à nulidade do contrato, este direito é prescritível.

d) Nos termos do art. 182, aplicável também à espécie, conclui-se que a sentença que declara nulidade absoluta opera efeitos ex tunc, de maneira a neutralizar os efeitos ab initio (efeitos retro operantes), claro, podendo ser preservados efeitos gerados pela boa-fé.

2) Nulidade Relativa:

Também chamada de Anulabilidade. É menos grave do que a nulidade absoluta. O negócio anulável tem base no art. 171, CC:

Além dos casos expressamente declarados na lei*, é anulável o negócio jurídico:

(*) não podemos nos esquecer disso – há outras hipóteses de anulabilidade que não estão no art. 171 – ex.: art. 496, CC (venda de ascendente a descendente).

- I) por incapacidade relativa do agente;
- II) por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

✓ Características do Negócio Anulável ou nulidade relativa:

a) O negócio anulável não pode ser pronunciado de ofício pelo juiz, exigindo ação anulatória a ser proposta pelo legítimo interessado (☺ art. 177). Obs.: Pontes de Miranda diz que o negócio anulável tem uma eficácia potencialmente temporária (interimística) – enquanto o interessado não propuser a ação e o juiz não proferir a sentença o negócio produzirá seus efeitos (tem eficácia até que o juiz profira a sentença).

b) A ação anulatória não é imprescritível, submetendo-se aos prazos decadenciais de lei (arts. 178 e 179) – não se pode esquecer que a ação anulatória tem prazo decadencial! – é de 4

anos o prazo (☉ art. 178); OBS. Na forma do art. 179, quando a lei dispuser que determinado ato é anulável sem estabelecer prazo para se pleitear a anulação, esse prazo será de 2 anos, a contar da data da conclusão do ato (por isso, veremos nas aulas de contrato em espécie, que combinando o art. 179 com o art. 496 (venda de ascendente a descendente) - é anulável no prazo de 2 anos, a contar da data do ato - concluiremos a perda de eficácia da Súmula 494, STF - que dizia que o prazo neste caso era de 20 anos).

c) *A despeito da polêmica (Maria Helena Diniz), perfilhamos o pensamento de Humberto Theodoro Jr., no sentido de que a sentença anulatória tem eficácia *ex tunc* e não *ex nunc*. Trata-se de uma exceção, já que em geral as sentenças desconstitutivas geram efeitos para o futuro mesmo (*ex nunc*), mas neste caso não. Os efeitos da sentença retroagem para retornar as partes ao *status quo ante* (☉ art. 182), respeitando o terceiro de boa-fé. Quando se celebra um negócio anulável, a sua eficácia é potencialmente temporária. Proferida a sentença, seus efeitos retroagirão.

d) Diferentemente do negócio nulo, o anulável, por ser menos grave, admite confirmação expressa ou tácita (arts. 172 a 174).

→ Questões:

a) Existe nulidade superveniente?

Há autores como Martinho Garcez Neto que indicam esta possibilidade. Ex.: negócio de trato sucessivo, sendo que durante o decorrer da duração do contrato, vem uma portaria que torna o objeto daquele contrato crime (e, portanto, ilícito). O NJ será supervenientemente nulo.

b) O que é conversão do negócio jurídico inválido?

A conversão tem conexão com o Princípio da Conservação. A conversão é uma forma de aproveitamento do negócio inválido, é uma forma de sanar o negócio inválido.

A base deste instituto está no código alemão. Alguns autores a denominam de conversão substancial (obra de João Alberto Del Nero). A prof. Rachel Campani afirma que a conversão é uma forma de aproveitamento por meio de uma recategorização (ideia de fungibilidade).

Conceito de conversão: trata-se de uma medida sanatória do negócio inválido, por meio da qual se aproveitam os elementos materiais do negócio jurídico (nulo ou anulável), convertendo-o em outra categoria de negócio válido. Não significa uma confirmação.

É um meio de conservar os negócios jurídicos nulos, aproveitando de seus elementos materiais para torná-los válidos.

A doutrina (Marcos Bernardes de Mello) afirma que a conversão tanto pode ser aplicável ao negócio nulo como para o anulável (se cabe para o nulo, que é mais grave, cabe também para o anulável). Mas atenção: para o negócio anulável a conversão não tem tanta utilidade,

porque para ele já existe a confirmação. Assim, o legislador preferiu, ao disciplinar a conversão, aplicá-lo somente ao negócio nulo (☹ art. 170).

✓ **Requisitos da conversão do negócio jurídico:**

1) requisito objetivo: aproveitamento material ou fático do negócio inválido.

2) requisito subjetivo: intenção das partes, ou seja, se houvessem previsto a nulidade, teriam celebrado o negócio convertido.

Converter é aproveitar o inválido, transformando-o numa categoria válida (é diferente de confirmação porque se transforma o negócio, e não se confirma o mesmo).

Ex.: contrato de compra e venda de um imóvel no valor de R\$500.00,00. Forma: escritura, instrumento particular. É, portanto, nulo (art. 108, CC). Mas, se a intenção das partes permitir supor que elas tinham o interesse de aproveitar o negócio inválido, transformando-o em contrato de promessa de compra e venda (que não exige a forma pública), o NJ seria válido.

Quadro sinóptico: Negócio Jurídico Nulo x Anulável:

NEGÓCIO JURÍDICO INVÁLIDO	
Nulo	Anulável
<ul style="list-style-type: none"> • Nulidade absoluta ou nulo de pleno direito • Violação de normas de interesse público. • Ação declaratória de nulidade (que é sempre imprescritível) • A nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, MP ou DEVE SER reconhecida de ofício pelo juiz • Não pode ser suprido, sanado, convalidado pelo decurso do tempo. • Pode ser objeto de conversão (atenção ☺ art. 170, CC) • Efeitos: tem eficácia ex tunc e erga omnes. Retroage à origem do negócio, considera-se como se o negócio jurídico nunca tivesse existido. • Arts. 166 e 167 do CC – É nulo o negócio jurídico quando: <ul style="list-style-type: none"> I) celebrado por absolutamente incapaz; II) o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável; III) o motivo determinante comum a ambas as partes for ilícito; IV) não seguir a forma exigida em lei; V) for preterida alguma formalidade; VI) a lei assim o declarar ou proibir sua prática sem cominar sanção; VII) o objetivo for fraudar lei imperativa; VIII) houver simulação 	<ul style="list-style-type: none"> • Nulidade relativa ou anulabilidade • Violação de normas de interesses particulares legalmente tutelados. • Ação anulatória (há prazo e este prazo é sempre de decadência) • Somente os interessados podem alegar O juiz não pode reconhecer de ofício, nem o MP pode arguir. • Pode ser suprido, sanado, convalidado. • Pode ser objeto de conversão • Efeitos: tem eficácia também ex nunc (não retroage, anula o negócio jurídico a partir do dia da sentença de anulação). Efeitos inter partes. • Art. 171 do CC – É anulável o negócio jurídico quando: <ul style="list-style-type: none"> I) celebrado por relativamente incapaz; II) quando houver vício resultante de: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<ul style="list-style-type: none">• Sentença somente declara a existência do vício, é meramente declaratória.• CC – as partes são restituídas ao estado anterior ao negócio jurídico).	<ul style="list-style-type: none">• Sentença constitutiva negativa ou desconstitutiva• Admitem a convalidação pelo decurso do tempo (medida sanatória legal): APÓS 4 anos: coação (do dia que ela cessar), erro, dolo, lesão, estado de perigo e fraude contra credores (da realização do negócio), incapazes (do dia em que atingirem a maioridade).• Outras hipóteses de anulabilidade não listadas no código civil: Prazo: 2 anos
---	--

PLANO DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO:

Aqui se estuda os elementos acidentais do Negócio Jurídico. Alguns autores se referem a esses elementos como modalidades.

São eles:

1) Condição:

É um acontecimento futuro e incerto que subordina o início ou o fim da eficácia jurídica do negócio.

Toda condição tem, portanto, duas características: a futuridade e a incerteza. Spencer Vampré, analisando a futuridade, observa que o acontecimento ou fato passado não caracteriza condição. Ele dá o seguinte ex.: eu vou doar a fulano metade do prêmio da loteria que correu ontem, se eu tiver sido vencedor – isso não é condição porque fato passado não caracteriza condição.

O outro aspecto da condição é a incerteza. A incerteza que caracteriza a condição é quanto à ocorrência ou não do fato. Toda condição é incerta quanto à sua ocorrência. Se houver um fato certo quanto a sua ocorrência, mas incerto quando ocorrerá, este fato não é condição. Pois toda condição é futura e incerta quanto à sua ocorrência.

Obs.: caso exista certeza da ocorrência do fato, ainda que não se saiba o seu momento, condição não será. Por isso, a morte, em regra, não é uma condição, porque, embora ela seja futura, é certa. Excepcionalmente, a morte pode transforma-se em condição, quando a sua ocorrência é limitada no tempo. Ex.: contrato de doação para surtir efeitos se fulano morrer até a data x (não há mais certeza de que a morte acontecerá nesse tempo).

Atenção: toda condição deriva da vontade das partes. As condições que derivam diretamente da lei (condiciones juris) desapareceram com o NCC. A cláusula que estipula a condição tem que derivar da vontade das partes.

☺ art. 121, CC: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do Negócio Jurídico a evento futuro e incerto”.

✓ → **Classificação das condições:**

a) Quanto ao modo de atuação a condição pode ser:

- ✓ **suspensiva:** é aquela que, enquanto não verificada, paralisa ou suspende o início da eficácia jurídica do negócio (direitos e obrigações). Funciona como uma “represa”. Enquanto a condição não se implementa, o negócio não surte efeitos jurídicos pretendidos. Nos termos do art. 125, CC, é importante frisar que, enquanto não implementada a condição suspensiva, o negócio jurídico ainda não terá produzido direitos e obrigações recíprocos.

Obs.: lembra-nos Caio Mário, à luz da regra do art. 125, CC, não implementada a condição suspensiva, em havendo pagamento, é possível o pedido de devolução uma vez que ainda não há direitos e obrigações recíprocos. O pagamento antecipado é pagamento indevido, pois antes de verificada condição suspensiva, o devedor não está obrigado a pagar.

- ✓ **resolutiva**: é aquela que resolve os efeitos jurídicos até então produzidos pelo negócio. Traduz acontecimento futuro e incerto que, quando verificado, resolve a eficácia jurídica do negócio que vinha sendo produzida. O negócio vai surtindo efeitos até o dia em que ela ocorre, quando os efeitos serão resolvidos. Vem regulada em 2 arts. da parte geral do CC: arts. 127 e 128. (☺ matéria: cláusula resolutiva do contrato, na Teoria Geral dos Contratos).

b) Quanto à licitude a condição pode ser:

- lícitas: nos termos do art. 122, CC, é lícita, em geral, toda condição que não contraria a lei, a ordem pública e aos bons costumes.

- ilícitas: a condição é ilícita quando contraria a lei, a ordem pública ou os bons costumes. Ex.: contrato celebrado sob a condição de a pessoa não deixar o país (proíbe o direito de ir e vir); contrato celebrado sob a condição de a pessoa não se casar.

Uma condição ilícita, nos termos do art. 123, CC e segundo a doutrina do próprio Clóvis Beviláqua, invalida todo o negócio jurídico.

Dentro da condição ilícita, o direito brasileiro considera ilícita também a condição perplexa e a condição puramente potestativa.

A condição potestativa pode ser boa ou má. A condição puramente potestativa é ilícita, é condição “do mal”; é arbitrária, derivando do capricho ou da vontade exclusiva de uma das partes. É uma expressão de tirania. Ex. cláusula no contrato que estabeleça que o pagamento será realizado se a parte quiser é uma condição arbitrária, adstrita ao querer de uma das partes.

Atenção! A condição puramente potestativa é diferente da condição simplesmente potestativa, que é “do bem”, é lícita, não há arbítrio; uma vez que embora dependa da vontade de uma das partes, alia-se a fatores circunstanciais que a amenizam. Ex. contrato celebrado com jogador sob a condição de se tornar artilheiro do campeonato. Isso depende não só de sua vontade, como de outras circunstâncias, como o preparo das outras equipes.

Obs.: excepcionalmente, existem situações no direito brasileiro em que aparentemente há condição puramente potestativa (ilícita), mas o próprio sistema jurídico admite, por fundamento na ordem social (o ordenamento pode excepcionar a si mesmo) – ex.: art. 49, CDC (prazo de reflexão de 7 dias – é uma condição permitida para compensar a vulnerabilidade do consumidor - consagra o direito potestativo de não querer – a vontade do consumidor é condição de eficácia do negócio).

A condição perplexa, ilícita, é aquela contraditória em seus próprios termos, que priva o negócio jurídico de efeitos – ex.: contrato de locação residencial sob a condição de a pessoa não morar (a condição tranca a eficácia do negócio).

Questão: o que é “condição promiscua”? Foi tratada por Maria Helena Diniz. Trata-se da condição que nasce simplesmente potestativa, e por fato superveniente, se impossibilita depois. Ex. no exemplo mencionado acima, se o jogador quebrar a perna durante o campeonato, a condição torna-se impossível.

Consequência jurídica da oposição de uma condição ilícita num negócio jurídico: nos termos do art. 123 c/c art. 166, VII, concluímos que a condição ilícita ou de fazer coisa ilícita invalida todo o negócio (é caso de nulidade absoluta).

c) Quanto à origem, a condição pode ser:

- casual: a condição é casual quando o acontecimento/fato futuro e incerto é um evento da natureza (ex.: chuva na lavoura).

- mista: é a que deriva da vontade da parte e da atuação de um terceiro (ex.: eu lhe dou o capital de que você precisa sob a condição de você formar sociedade com fulano).

- potestativa: é a que deriva da vontade da parte, podendo ser simplesmente ou puramente potestativa.

Obs.: com relação à incerteza, a condição pode ser:

- incertus an incertus quando: não se sabe se vai acontecer e nem quando;

- incertus an certus quando: não se sabe se ocorrerá, mas se ocorrer, será dentro de determinado lapso de tempo.

2) Termo:

É o acontecimento futuro e certo que subordina o início ou o fim dos efeitos jurídicos do negócio.

O termo tem, portanto, duas características: a futuridade e a certeza quanto à ocorrência do fato. Por isso em geral a morte é um termo.

O termo é certo quando se sabe que o fato irá ocorrer e quando se sabe o momento. Geralmente, os contratos são celebrados a termo. O prazo do contrato é contado do termo inicial ao termo final. Ex.: contrato de telefonia celular, a cada dia x tem-se o termo certo de vencimento da fatura.

O termo tanto pode iniciar os efeitos do negócio, como pode também por fim aos efeitos do negócio.

*Obs.: diferentemente da condição suspensiva, nos termos do art. 131, CC, o termo inicial suspende apenas o exercício, mas não a aquisição do direito, ou seja, os direitos e obrigações decorrentes do negócio. Vale dizer, celebrado o negócio, as partes já têm desde já direitos e obrigações recíprocos, posto ainda não exigíveis. O termo suspende apenas a exigibilidade do negócio e não os direitos e obrigações recíprocos. Ex. as datas do boleto de

financiamento do carro representam termo. A quitação antecipada não é pagamento indevido, é possível quitar o financiamento antecipadamente.

O Banco Central proibiu para contratos celebrados a partir de 10/12/2007, a cobrança de tarifa por liquidação antecipada.

☺ art. 131, CC: “O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

→ Classificação do termo:

A doutrina costuma classificar o termo em:

- a) convencional: é o estipulado pela vontade das partes; é o mais comum.
- b) legal: deriva da própria lei (aqui isso é possível, ao contrário do que ocorre na condição). É muito comum no âmbito tributário.
- c) de graça: é o termo judicial, fixado pelo magistrado na decisão ou na sentença.

Obs.: De acordo com a certeza o termo pode ser:

- certus an certus quando: é o termo certo; é aquele que é certo que ocorrerá e que se sabe quando ocorrerá (ex.: data futura);

- certus an incertus quando: é o termo incerto; é aquele que é certo que ocorrerá, mas não se sabe quando ocorrerá (ex.: morte).

3) Modo ou Encargo:

É um ônus que se atrela a uma liberalidade. Não há uma contraprestação.

Consiste na prática de uma liberalidade subordinada a um ônus.

Não existe em negócios onerosos; é aplicado a negócios gratuitos. Ex.: doação.

Em regra não está sujeito a eficácia suspensiva ou resolutiva. Caso não seja cumprido, a parte prejudicada poderá pedir a revogação da liberalidade.

Aquele que suporta o encargo, experimenta um determinado prejuízo em prol de um benefício maior. Ex.: eu te doo minha fazenda, impondo a você um encargo de pagar um salário mínimo a minha tia, até que ela complete 80 anos; ou impondo a você que construa na localidade um posto de saúde.

☺ arts. 136 e 137, CC (atenção para eles – SCD!)

“O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva”.

“Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico”.

Em geral, o encargo não impede a aquisição do direito.

Regra geral, o encargo ilícito ou impossível é desconsiderado, mantendo-se o negócio puro. Mas se o encargo traduzir a própria finalidade do negócio, todo ele será invalidado. Tudo é uma questão de análise do caso concreto.

Não escrito é o mesmo que inexistente; mas, atenção, se na interpretação do contrato o juiz entender que o encargo foi a própria finalidade do negócio, todo o negócio será inválido (ex.: te dão meu apartamento com o encargo de você, todas as quintas-feiras, realizar nele jogos de azar. Se a realização dos jogos é a própria finalidade do negócio, o contrato será invalidado).

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA:

Têm como fundamento o decurso do tempo.

Mas, qual é a natureza jurídica do decurso do tempo? Ele deflagra efeitos aquisitivos (é possível adquirir direitos – prescrição aquisitiva – ex.: usucapião); modificativos de situações jurídicas (a capacidade, por ex., muda com o decurso do tempo); bem como, pode também ter eficácia extintiva, de perda de direitos e prerrogativas (que é o caso da prescrição e decadência).

O tempo, portanto, é um fato jurídico em sentido estrito, comum, ordinário. Esta é a sua natureza jurídica, já que ele deflagra importantíssimos efeitos na ordem jurídica.

A prescrição que será trabalhada é a prescrição extintiva.

PRESCRIÇÃO:

Conceito: Tem como fundamento o decurso do tempo. Perda de direito à pretensão. Não é perda do direito de ação. Violado o direito subjetivo nasce a pretensão. O fim da mesma ocorre com a prescrição. A prescrição ataca o poder jurídico conferido ao credor de coercitivamente exigir o cumprimento do violamento. Esse poder nasce quando o seu direito à prestação é violado e morre no último dia do prazo prescricional. É uma matéria de interesse e defesa do devedor. Quando o devedor alega prescrição, está manejando uma defesa, e uma defesa de mérito.

Ex. Ao fim da consumação temos o dever de pagar pelo que consumimos. Nesse caso o dono do bar pode lhe acionar judicialmente. Nesse caso ele está exigindo o cumprimento de uma pretensão. Prescrição é um prazo para o dono do bar cobrar em juízo, ele tem 1 ano para cobrar, no CDC 16 era 6 meses e no CDC 02 passa a ser de 1 ano.

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Objetivo: Tranquilidade social; Estabilidade das relações jurídicas

Requisitos: Violação do direito nasce a pretensão; Inércia do titular e decurso do tempo **fixado em lei.**

***Para César Fiúza prescrição atinge a responsabilidade**

É uma matéria de interesse e de defesa do devedor. Quando o devedor alega a prescrição, está manejando uma defesa, e uma defesa de mérito.

Existe um dogma do Direito Civil Clássico que precisa ser derrubado no Direito Civil Moderno: não se pode mais dizer que a ação está prescrita, ou que a prescrição ataca a ação. A prescrição não tem nada a ver com o direito de ação. Isso se dizia no passado, de acordo com a Teoria Imanentista da ação (que remonta do direito Romano), quando não se conseguia visualizar a independência entre o direito material e o direito de ação.

Imagine, por ex., que Caio houvesse celebrado com Tício um negócio jurídico, no dia 02/03, tornando-se credor, com direito a uma prestação de R\$1.000,00; ficando Tício como devedor da mesma prestação de R\$1.000,00. Neste mesmo negócio jurídico ficou estipulado um termo de exigibilidade (vencimento) da dívida, que seria o dia 02/04 (termo). No dia 02/04, Tício não cumpre a sua obrigação, violando o direito do credor. A partir daí começa a correr o prazo prescricional. O prazo prescricional máximo do CC/16 era de 20 anos. Se no 21º ano o credor resolvesse ingressar com uma ação de cobrança, por-se-ia dizer que a ação estava prescrita.

Este foi um dos maiores erros repetidos no Direito Processual brasileiro, desde o desenvolvimento do processo. Isso porque passado o prazo prescricional, a ação não está prescrita, eis que o direito de ação concebido na teoria do processo não prescreve nunca, é um direito público, processual e abstrato de pedir ao Estado um provimento jurisdicional.

O credor pode ajuizar uma ação 21, 25, 30... anos depois. O direito de pedir o provimento jurisdicional não prescreve nunca. E, se o credor ajuizar a ação, o juiz dará uma sentença, ou seja, terá havido ação, ainda que aquele não tenha atingido a tutela pretendida.

O que prescreve, portanto, é a pretensão (“anspruch”, do direito alemão). A prescrição ataca a pretensão, que conceitualmente é o poder jurídico conferido ao credor de coercitivamente exigir o cumprimento da prestação violada; este poder jurídico nasce quando o seu direito à prestação é violado e morre no último dia do prazo prescricional. Esta teoria foi adotada pelo NCC, ressaltando o pensamento de Agnelo Morim Filho.

Naquele exemplo, portanto, no dia 02/04, quando não é cumprida a prestação, o devedor viola o direito do credor. Nasce então para o credor o poder jurídico de coercitivamente exigir o cumprimento da prestação, ou seja, de subordinar o interesse do devedor ao dele. Este poder denomina-se pretensão. Ela nasce, pois, no dia do vencimento e morre no último dia do prazo prescricional.

Os prazos prescricionais são sempre legais. Todos os prazos prescricionais do CC estão nos arts. 205 (prazo prescricional geral: prescrição extintiva de 10 anos) e 206 (prazos especiais). São os dois únicos artigos que tratam dos prazos prescricionais no CC. Atenção: é imprescindível a leitura de ambos os artigos!

Todos os outros prazos do CC são decadenciais.

✓ **Espécies de Prescrição:**

Prescrição aquisitiva: modo aquisitivo de propriedade pelo decurso do tempo observado os requisitos em lei. Posse mansa e pacífica. Usucapião. Aquisição de direitos

Prescrição extintiva: Perda da pretensão pela inércia da parte. Ex. Pagamento de dívida prescrita.

Prescrição – matéria de defesa

Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

- ✓ **Renúncia à prescrição:** Somente depois de consumada a prescrição, desde que não haja prejuízo de terceiro, é que poderá haver renúncia expressa ou tácita por parte do interessado. Como se vê não se permite a renúncia prévia ou antecipada à prescrição, a fim de não destruir sua eficácia prática, caso contrário, todos os credores poderiam impô-la aos devedores; portanto, somente o titular poderá renunciar à prescrição após a consumação do lapso previsto em lei. Na renúncia expressa, o prescribente abre mão da prescrição de modo explícito, declarando que não a quer utilizar, e na tácita, pratica atos incompatíveis com a prescrição, p. ex., se pagar dívida prescrita.

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

- ✓ **Impossibilidade de alteração dos prazos prescricionais** – Os prazos prescricionais devem ser seguidos de acordo com a fixação em Lei, não podem ser alterados nem com base em acordo entre as partes.

Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

- ✓ **Momento da alegação da prescrição:** Em qualquer grau de jurisdição. Art. 193
- ✓ **Invocação pela parte a quem aproveita:** A prescrição somente poderá ser invocada por quem ela aproveite, seja pessoa física ou jurídica, p. ex., o herdeiro do prescribente, o credor do prescribente, o fiador, é o devedor em obrigação solidária, o coobrigado em obrigação indivisível, desde que se beneficiem com a decretação da prescrição.

*A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.
Art. 196

- ✓ **Suprimento de ofício pelo juiz:** Até 2006: Não podia ser reconhecida “ex ofício” / CPC 2006 revogou o art 194,cc / Art 219, cpc: pode suprimento de ofício.

- ✓ **Causas que impedem ou suspendem a prescrição: Arts 197; 198 e 199**

Nas **causas impeditivas** os prazos para a prescrição ainda estão zerados, ou seja, não chegaram a serem computados. E assim continuará enquanto houver impedimentos.

Ex: Tratando-se de uma situação que gere simultaneamente ações penal e civil não correrá a prescrição civil antes da sentença definitiva no caso criminal.

- Entre tutelados/tutores e curatelados/curadores durante a tutela e curatela
- Contra absolutamente incapaz

Nas **causas suspensivas** a contagem é interrompida. Enquanto houver tal causa a contagem fica suspensa e, somente após a extinção da causa suspensiva, continuará a contagem do prazo, do ponto em que fora interrompida.

- Entre cônjuges na constância da sociedade conjugal
- Entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar
- Contra ausentes do país em serviço público da U, E e M – Domatas Cônsul
- Contra aqueles que se acharem servindo as forças armadas – reserva
- Pendendo evicção

Obs.: Quando ocorrer suspensão da prescrição em favor de um dos credores solidários apenas aproveita os outros se for uma Obrigação INDIVISÍVEL- Ex. Diamante Suspensão de um dos credores aproveita aos demais – art. 201, cc.

Causas interruptivas da prescrição: Art. 202; 203 e 204.

“São as que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a interromper” - Maria Helena (Curso de Direito Civil, 2003, p. 339)

- A interrupção só pode ocorrer uma vez
- Após a interrupção o prazo se inicia novamente, o prazo começa do zero
- Art. 203: Qualquer interessado pode interromper a prescrição
- Art. 204: Interrupção por 1 credor não aproveita aos outros, exceto se os devedores forem solidários
- Despacho do juiz que prova a citação; a interrupção retroagirá a data da propositura da ação
- Protesto judicial
- Protesto cambiário – Cartório de protesto
- Habilitação do crédito - Inventário
- Qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora – ação de execução

*Simples notificação extrajudicial ou protesto cambiário não interrompe SUMULA 153 (STF)

- Ato inequívoco que importe o reconhecimento da dívida – Confissão de dívida

Contagem de prazos: Interrupção: Começa a contagem novamente / Suspensão: Soma-se o prazo anterior

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

Prescrição intercorrente: No meio do processo – paralização da ação por mais de 5 anos - SUMULA 264 (STF)

Auto do processo permaneceu inerte por prazo superior àquele fixado para pretensão

✓ **Pretensões imprescritíveis:**

Direitos da personalidade

Ações de estado

Direitos potestativos sem prazo

Bens públicos

✓ **Direito interporal:**

Verifica-se o prazo do CC/16

Verifica-se em 11/01/2013 já decorrerá mais da metade do prazo do CC/16

Caso tenha decorrido mais da metade do prazo do CC/16

DECADÊNCIA:

É também conhecida como caducidade. Não tem nada a ver com o direito à prestação violado, ou seja, não tem nada a ver com pretensão.

A decadência tem conexão com um tipo de direito sobre o qual sempre falamos, mas talvez nunca tenhamos parado para pensar no que significa: o direito potestativo.

Trata-se da perda do direito potestativo (com prazo) pela inércia do seu titular

- ✓ **Direito potestativo:** É apenas um direito que traduz poder de interferência na esfera jurídica alheia, sem prestação correspondente. Não tem conteúdo prestacional, pois se violado nasceria a pretensão. Ex. Direito potestativo ao divórcio direto da pessoa casada e separada de fato há mais de 2 anos tem direito potestativo de anular o negócio jurídico celebrado por coação, direito potestativo que o adquirente tem de devolver a coisa por vício redibitório. Se a pessoa descreve ser titular de um direito potestativo, ela não precisa que o juiz condene a outra parte a nada. O juiz vai apenas constituir/desconstituir uma relação jurídica. A ação tem, pois, natureza constitutiva.

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

- ✓ **Características:**
- ✓ CC/16 – Não havia previsão expressa da decadência (*Convencional pode ser acordada)
- ✓ Direitos potestativos com prazo têm decadência
- ✓ Direito potestativo não são suscetíveis de violação
- ✓ Os prazos decadenciais são fatais e peremptórios , em regra, não admitem suspensão ou interrupção salvo disposição em contrário. Art. 207 cc
- ✓ Art. 208, CC, exceção: absolutamente incapaz

- ✓ **Espécies:** Legal e convencional (acordo, contrato).
Se o prazo decadencial for prefixado pelas partes, aquela a quem ele aproveitar poderá alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não poderá, de ofício, suprir tal alegação. Não pode ter decadência convencional

Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

- ✓ **Renúncia à decadência:** Apenas a convencional é nula a renúncia à decadência legal – A decadência resultante de prazo legal não pode ser renunciada pelas partes, nem antes nem depois de consumada, sob pena de nulidade.

Art. 209. E nula a renúncia à decadência fixada em lei.

- ✓ **Suprimento de ofício:** A decadência decorrente de prazo legal deve ser considerada e julgada pelo magistrado, de ofício, independentemente de arguição do interessado.

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

Direito potestativo, com base na doutrina do prof. Francisco Amaral, é apenas um direito que traduz poder de interferência na esfera jurídica alheia, sem prestação correspondente. Não tem conteúdo prestacional, pois se violado nasceria a pretensão. Em outras palavras, direito potestativo é o direito de sujeição. O direito potestativo é um direito de interferência, ou seja, traduz uma prerrogativa ou poder que, quando exercido, interfere na esfera jurídica de terceiro, sem que este nada possa fazer; independe da conduta de outra pessoa (Caderno de Processo Civil – prof. Fredie Didier Jr.).

Ex.: direito potestativo ao divórcio direto da pessoa casada e separada de fato há mais de 2 anos; direito potestativo de anular o negócio jurídico celebrado por coação; direito potestativo que o adquirente tem de devolver a coisa por vício redibitório.

Se a pessoa descreve ser titular de um direito potestativo, ela não precisa que o juiz condene a outra parte a nada. O juiz vai apenas constituir/desconstituir uma relação jurídica. A ação tem, pois, natureza constitutiva.

Há direitos potestativos que não têm prazo para exercício. Quando um direito potestativo tiver prazo para o seu exercício, este prazo sempre será decadencial.

Este prazo nasce com o próprio direito.

Existem prazos decadenciais legais, ou seja, que estão na lei, e convencionais, criados no contrato.

Ex.: o direito de anular um negócio jurídico é um direito potestativo, o prazo que se tem para exercer o direito de anular o negócio jurídico por erro, dolo, lesão, é um prazo decadencial legal (☺ art. 178, CC = 4 anos). Mas é possível também celebrar um contrato de prestação de serviços que estabeleça um prazo de 30 dias para que o contratante se arrependa e desista do negócio jurídico, e tal prazo será, pois, decadencial convencional. O prazo nos contratos em geral é decadencial convencional.

Obs. Gerais:

- ✓ Os prazos prescricionais submetem-se a causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas.

Obs. Excepcionalmente, encontramos, no CDC (art. 26, § 2º: estabelece prazo decadencial de reclamar por vício do produto ou do serviço – 30 dias para bem não durável e 90 dias para bem durável), situações de causas impeditivas de prazo decadencial.

As causas que impedem e suspendem os prazos prescricionais, no CC, estão nos arts. 197 a 199. As causas que interrompem o prazo prescricional estão no art. 202.

- ✓ **Na essência não há diferença entre a causa impeditiva e a suspensiva.** A causa que impede pode ser a mesma causa que suspende, dependendo do momento de sua ocorrência. Todas as causas suspensivas são, pois, também impeditivas, o que muda é o momento da sua ocorrência: antes de iniciado o prazo terá efeito impeditivo, com a prescrição já em curso, terá efeito suspensivo.

art. 197, I:

“Não corre a prescrição:

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

Significa que na constância da sociedade conjugal o prazo prescricional pode estar impedido ou suspenso. Enquanto estiverem casados, não corre prescrição

de débito que um cônjuge tem com relação ao outro. Dizer que o prazo está impedido significa dizer que ele não começa a correr, impede o início do prazo. O prazo suspenso é aquele que estava correndo e fica paralisado, suspende a contagem do prazo (isto se aplica aos arts. 198 e 199).

A causa interruptiva da prescrição, por sua vez, é diversa. Ela é o pavor de todo devedor. Isso porque quando a prescrição é interrompida, o prazo recomeçará a correr do início. Ela atinge a prescrição em curso e faz com que esta pare de correr até que cesse, desapareça sua causa, quando então ocorrerá o reinício da contagem do prazo prescricional (do zero).

☺ art. 202: “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:(...)” → somente pode ocorrer uma única vez para evitar abusos.

☺ P.U.:

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

Rodolfo Pamplona (juiz trabalhista) lembra que na área trabalhista muitos empregados abusavam da interrupção da prescrição, antes do NCC. Na audiência, o empregado ia embora assim que o empregador chegava, o que provocava a interrupção da prescrição. E a cada vez que o prazo se interrompia, recomeçava de novo (muitas vezes, o empregador pensava que o empregado não iria à audiência e não comparecia também, ou seja, o empregado forçava a revelia). Hoje, isso acabou. Em qualquer área, agora, com o NCC, a interrupção da prescrição só pode se dar uma vez. Não se admite mais as interrupções sucessivas.

☺ incisos do art. 202.

Art. 202, I: o prazo prescricional retroage à data de ingresso da ação, caso o juiz despache depois do prazo prescricional;

O inciso III do art. 202 ao admitir que o protesto cambial interrompa a prescrição prejudicou a Súm. 153, STF, que dizia exatamente o contrário (dizia que “o protesto cambial não interrompe prescrição”);

IV – habilitação do crédito no processo interrompe a prescrição;

V – em interpelação judicial ou notificação judicial interrompe a prescrição. Ortodoxamente, a notificação extrajudicial não interrompe a prescrição. O inciso diz apenas ato judicial;

VI – confissão da dívida pelo devedor, ainda que no cartório, interrompe a prescrição.

***Obs.:** toda causa suspensiva ou impeditiva independe do interesse de quaisquer das partes em atingir a prescrição; é um fato legal (previsto em lei), como por ex. a incapacidade absoluta. Já no caso da causa interruptiva, ou existirá uma efetiva atuação do credor que sai do

estado de inércia (prova que quer receber) ou o reconhecimento do dever pelo devedor. Ex.: citação válida, protesto cambial, habilitação em concurso de credores, etc.

As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição também se aplicam ao prazo de prescrição aquisitiva da usucapião.

✓ → **Características fundamentais da prescrição e da decadência:**

1) Alteração de prazos: os prazos prescricionais, por serem legais, não podem ser alterados pela vontade das partes (art. 192, CC). Pela mesma razão, os prazos decadenciais legais também não. Já os prazos decadenciais convencionais, por óbvio, poderão ser alterados pela vontade das partes.

2) A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a que aproveita (art. 193, CC). Os prazos decadenciais, legais ou convencionais, também, porque atacam o próprio direito (embora o CC não seja explícito quanto a isso).

3) A decadência legal pode ser alegada de ofício pelo juiz; a convencional, segundo o prof., tem que ser alegada pela parte que a aproveita.

E a prescrição? A prescrição pode ser reconhecida de ofício pelo juiz? Esta é uma questão bastante polêmica na doutrina.

Quanto à prescrição, o art. 193 dispõe que poderá ser alegada em qualquer grau de jurisdição (também nos tribunais superiores). No Brasil, a regra era que o juiz não podia alegar de ofício. Com a lei 11.280/06, que alterou o art. 219, CPC, firmou-se a regra segundo a qual o juiz deve pronunciar de ofício a prescrição. Essa mudança do CPC até revogou o CC, que só admitia essa hipótese se fosse para favorecer incapaz. A intenção inequívoca foi desafogar o judiciário. No entanto, a prescrição jamais deixará de ser matéria de defesa. Se a prescrição é matéria de defesa e o devedor quiser renunciar a essa defesa, ainda assim o juiz poderá pronunciar de ofício a prescrição? Como conciliar esta regra do art. 219, §5º, CPC com o art. 191, CC? Conforme o EN 295 da 4ª jornada de Direito Civil, uma vez que a prescrição é matéria de defesa (art. 191, CC), permanece em favor do devedor o direito de renunciar a esta defesa.

Conciliando o art. 191, CC com o §5º, do art. 219, CPC, é recomendável que, considerando que a prescrição é matéria de defesa, o juiz, à luz do Princípio da Cooperatividade, abra prazo ao credor e ao devedor para suas manifestações. O credor poderá demonstrar que prazo não se consumou e o devedor poderá exercer seu direito de renúncia à prescrição. Caso o devedor permaneça silente (prazo corre *in albis*), o juiz poderá, então, pronunciar a prescrição de ofício.

Ocorrerá a prescrição quando existir um direito anterior, esse direito é violado e da violação nasce a pretensão (ex.: indenização).

Já na decadência, não há direito anterior; o direito já nasce violado, viciado, maculado, defeituoso, ou seja, não houve violação anterior (ex.: aquisição de objeto com vício redibitório). Este é o critério de diferenciação legal.

Mas existe outro critério, o científico (trazido pelo prof. Agnelo Amorim), que define o prazo como decadencial ou prescricional em razão da espécie de provimento jurisdicional (sentença) que o autor busca obter:

- sentença condenatória: prazo prescricional (sem nenhuma exceção);
- sentença constitutiva (positiva ou negativa): se houver prazo para exercer o direito, o prazo será decadencial; se não houver prazo, o direito será imprescritível;
- sentença declaratória: são sempre imprescritíveis.

Um terceiro critério, ainda, é aquele segundo o qual só são prescricionais os prazos anuais (1, 2, 3, 4, 5 e 10 anos, sendo que o prazo de 10 anos é o geral, para quando não há outra regra). Não existe prazo prescricional de dias ou de meses. Já os prazos decadenciais podem ser de dias, meses ou anos.

Ademais, há de se ressaltar que não existem prazos prescricionais na parte especial do CC (os prazos da parte especial são sempre decadenciais), mas existe decadência na parte geral.

Quadro sinóptico (caderno do prof. André Barros):

PRESCRIÇÃO:	DECADÊNCIA:
- Põe fim à pretensão;	- Põe fim ao direito;
- Relaciona-se a direitos subjetivos patrimoniais (dever jurídico) – ex.: direito a um crédito;	- Relaciona-se a direitos potestativos (estado de sujeição) – ex.: direito de anular um contrato;
- Só tem origem na lei; não existe prazo de prescrição convencional;	- Tem origem na lei, no contrato ou no testamento;
- É renunciável depois de consumada se não causar prejuízo a terceiro;	- A decadência legal é irrenunciável, só se pode renunciar à decadência convencional;
- Há causas suspensivas, impeditivas e interruptivas da prescrição (☺ arts. 197, 198 e 199; e art. 202, respectivamente).	- Em regra, não se suspende ou se interrompe, e não tem causas impeditivas, salvo previsão em contrário – exceção: a favor do absolutamente incapaz não corre prescrição, nem prazo de decadência (contra os relativamente incapazes correm ambos).
- Será decretada de ofício pelo juiz, segundo o disposto no art. 219, §5º, CPC, desde a Lei	- Se for legal o juiz deve decretar de ofício; se for convencional o juiz não pode decretar de

11.280/06, que o alterou e revogou o art. 194, CC – mas atenção para o disposto no art. 191, CC e no En. 295, da 4ª JDC → A parte pode renunciar à prescrição – requisitos: se já estiver consumada; e em caso de inexistência de prejuízo de terceiro.

ofício → pode existir prazo de decadência convencional / contratual.

Quadro sinóptico (prof. Reyvani):

PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
<p>→ É a extinção da pretensão (direito de exigir). Obs.: não é a perda do direito de ação. Este ninguém perde – artigo 5º, inciso XXXV, da CR/1988.</p> <p>→ A pretensão só nasce quando o direito de crédito é violado. Nasce com a violação ao direito de crédito.</p> <p>→ Prazo prescricional é sempre legal – artigos 205 e 206 do CC.</p> <p>→ Admite renúncia – expressa ou tácita. O devedor pode renunciar ao prazo.</p> <p>→ Antes o juiz só podia reconhecer de ofício a prescrição em favor do incapaz. Hoje, o juiz pode, aliás, deve pronunciar-se a respeito da prescrição de ofício. ☺ art. 215, § 3º, do CPC, alterado pela Lei n.º 11.280/2006 (atenção - art. 191, CC)</p> <p>→ O prazo prescricional pode ser impedido ou suspenso. ☺ arts. 197, 198 e 199 do CC. Tudo o que serve para impedir serve para suspender. Isso dependerá se a hipótese surgir antes ou depois da violação do direito.</p> <p>→ Pode ser interrompido (o prazo volta a correr na totalidade). ☺ art. 202 do CC. Obs.: a interrupção só pode ocorrer uma única vez.</p>	<p>→ É a extinção do direito potestativo.</p> <p>→ Nasce com o próprio direito (não depende da violação do direito).</p> <p>→ Prazo decadencial pode ser legal ou convencional (voluntário).</p> <p>→ A decadência legal não admite renúncia. A pessoa perde o próprio direito.</p> <p>→ Prazo legal pode ser reconhecido de ofício pelo juiz.</p> <p>→ O prazo decadencial não pode ser impedido ou suspenso, salvo nos casos que a lei prever (absolutamente incapazes).</p> <p>→ Não pode ser interrompido.</p>

Quadro Sinóptico prof. Cláudia

	PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
Objeto	Extinção da pretensão	Extinção do poder potestativo ações constitutivas com prazo
Renúncia	É possível se o prazo já estiver consumado e não prejudicar terceiros	É nula a renúncia à decadência legal, mas pode ocorrer na convencional
Momento de alegação	Qualquer grau de jurisdição	Qualquer grau de jurisdição
Suprimento de ofício	Art. 194, Cc pode suprir de ofício.	O juiz deve suprir de ofício a decadência legal
Causas impeditivas ou suspensivas e interruptivas	Sujeita-se a todas arts. 197; 198; 199 e 202, Cc	Em regra não se sujeita ao art. 207, Cc
Prazos	Só por lei começa a fluir no momento da violação do direito	Podem decorrer da lei ou da vontade. So inicia o prazo no momento em que o direito eh adquirido
Corre contra	Individual- exceto objeto ou obrigação indivisível-	Corre contra todos- exceção contra os absolutamente incapazes-

→ O que é prescrição intercorrente no Direito Civil?

A prescrição intercorrente é a que se dá dentro do processo, ou seja, após a pretensão ser formulada em juízo. É um instituto muito pouco comum dentro do processo civil.

Obs.: no Direito Tributário, após a edição da Lei 11.051/04, que alterou a LEF (Lei de Execução Fiscal), a prescrição intercorrente passou a ser expressamente admitida (☺ §4º, do art. 40, LEF).

O direito do trabalho também admite a prescrição intercorrente.

O processo civil brasileiro, regra geral, não admite prescrição intercorrente na fase cognitiva, especialmente porque a paralisação do feito é imputável ao próprio Poder Judiciário (☺ Súm. 106, STJ; Ag. Rg. no Ag. 618.909/PE).

A súmula 106, STJ reforça o mesmo entendimento, resistindo ao reconhecimento da prescrição intercorrente.

Quando a demora decorre do próprio credor, há mecanismos processuais para combatê-la, portanto, em regra, não é caso de se reconhecer a prescrição intercorrente.

Assim, o STJ tem resistência em admitir a alegação de prescrição intercorrente no curso do processo de conhecimento. Mas, excepcionalmente, o processo civil brasileiro admite a prescrição intercorrente, (a exemplo do procedimento da ação rescisória (Súmula 264, STF: prescrição intercorrente pela paralisação da AR por mais de 5 anos), assim como, na execução

de título judicial, quando o credor deixa de praticar ato necessário caracterizando prescrição intercorrente da pretensão executiva).

Vejamos agora, duas situações especiais de reconhecimento da prescrição intercorrente no processo civil:

- a) Ex. na fase de conhecimento: segundo o prof. Salomão Viana, a prescrição da pretensão executória, fundada em título executivo judicial (obrigação por quantia certa) começará a correr a partir do dia em que ficar evidenciada a violação do direito do credor, certificado na sentença;
- b) Ex. na fase de execução (refere-se à hipótese de execução de título judicial calcada em quantia certa): a Súm. 150, STF sustenta que o prazo de prescrição da pretensão executória é o mesmo da pretensão de conhecimento.
- c) ☺ Súm. 264, STF: “verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de 5 anos” –

→ Como se faz a contagem de prazo prescricional no NCC?

O STJ já pacificou o entendimento (☺ Resp. 896.635/MT) que o prazo menor deve ser contado da entrada em vigor do NCC.

O art. 2.028, CC aplica-se à contagem de prazo como regra transitória, caso o mesmo já estivesse correndo. Na questão do direito intertemporal, se já tiver passado mais da metade do prazo prescricional anterior, continua a correr este prazo (20 anos); caso contrário, adota-se o novo prazo (3 anos).

MHD afirma que o prazo pode ser contado a partir da consumação do ato, mas é a posição minoritária.

OBS. EXTRA:

- Nova súmula – Súm. 361, STJ: “A notificação do protesto para requerimento de falência da empresa devedora exige a identificação da pessoa que recebeu”.
 - Ver Súmula 375, STJ.
 - Lei 11.310: obriga instalação de air bag nos carros como item de série.
-