

Coleção  
**Preparando**  
*para concursos*



Questões  
*discursivas*  
comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

Coordenador  
Renato Siqueira De Pretto

por carreira

**MAGISTRATURA  
ESTADUAL  
TJSP**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DE SÃO PAULO  
JUIZ ESTADUAL**

**4ª edição**

Revista e atualizada

2023

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# DIREITO ADMINISTRATIVO

## 1. AGENTES PÚBLICOS

*(TJ/SP/Juiz/2013/184º\_Concurso) Valores recebidos por servidor público indevidamente, por força de decisão judicial não definitiva, segundo firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, são passíveis de restituição, nos termos do disposto no artigo 46 da Lei Federal nº 8.112/90? A mesma solução será dada, ainda de conformidade com a orientação jurisprudencial do STJ, no caso de pagamento indevido, fundado em erro contábil ou de interpretação errônea de uma lei? Fundamente.*

### *Direcionamento da resposta*

Nesta questão o candidato deverá referir-se à exigência do art. 46 da Lei 8.112/90 sobre a reposição de valores ao erário pelo servidor que os recebeu indevidamente, ou em decorrência de decisão “*initio litis*”, depois revogada, e analisar o procedimento administrativo para o desconto, bem como o abrandamento da rigidez da norma pela hermenêutica.

### *Sugestão de resposta*

O art. 46 da Lei 8.112/90 prevê reposição de valores ao erário pelo servidor em decorrência de cumprimento de decisão liminar, de tutela antecipada ou de sentença que venha a ser revogada ou rescindida.

Mas os descontos em folha de pagamento do servidor público só poderão ser procedidos após o devido processo legal em que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF, e Súmula 63 da AGU, de 14/05/12), e não houver dúvida sobre a quantia a ser reposta.

Mesmo assim, a jurisprudência vem abrandando a rigidez da norma e relega a restituição em casos de reconhecimento da boa-fé e quando houver a devida prestação do serviço<sup>1</sup>.

1. Hoje a jurisprudência do STJ vacila e há julgados entendendo o dever de o beneficiário devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada, pois “se trata de um direito precário” (STJ, REsp 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin; REsp 1.416.294-RS, Rel. Min. Humberto Martins).

Na segunda parte da questão, pagamento indevido, fundado em erro contábil ou de interpretação errônea de uma lei, transparece a boa-fé do beneficiado. Deve-se, ainda, levar em conta o decurso do tempo que faz incidir a prescrição, com a Administração só podendo anular seus atos de que decorram de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários em cinco anos (Lei 9.784/99, art. 54; e Decreto 20.910/32).

## 2. ATOS ADMINISTRATIVOS

*(TJ/SP/Juiz/2017/187º\_Concurso)* Considerando-se o regime jurídico administrativo e os princípios da separação dos poderes e do controle jurisdicional dos atos administrativos, responda, justificadamente: (a) Há diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade? (b) Há competência discricionária no âmbito do direito administrativo sancionador? (c) É possível o controle jurisdicional para revisão ou substituição da sanção aplicada pela Administração Pública?

**Autor: Francisco Vicente Rossi**

### *Direcionamento da resposta*

Discorrer resumidamente sobre os princípios da separação dos poderes e a função precípua do Legislativo, Executivo e Judiciário, dando ênfase ao papel do Judiciário no controle jurisdicional dos atos administrativos. Definir conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com a discricionariedade. Falar do poder vinculado e do poder discricionário, bem como do controle do poder judiciário sobre eles, para chegar no controle exercido no âmbito do direito administrativo sancionador.

### *Sugestão de resposta*

A preocupação com a divisão das tarefas estatais vem dos gregos (Platão e Aristóteles), retomada por Locke e consolidada por Montesquieu, que apresentou a distribuição clássica adotada pelos Estados modernos: Legislativo, Executivo e Judiciário, marcada pela distinção das três funções estatais: legislação, administração e jurisdição, atribuídas a três órgãos autônomos e independentes entre si, que as desempenharão com exclusividade, cada qual mantendo sua especialização funcional e sua independência orgânica.

O Poder Judiciário é o último árbitro da legalidade e para sua concretização controla todas as atividades estatais, cabendo-lhe o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Quanto às questões formuladas:

- a) A lei, ora impõe delimitações precisas, claras e objetivas à prática dos atos administrativos, prevendo seus elementos ou requisitos (competência, finalidade, forma, objeto e motivo), ora reveste-se de fluidez, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, deixando à escolha do administrador o objeto e o motivo do ato, dando-lhe decidir sobre o mérito administrativo, sobre sua conveniência e oportunidade. No primeiro caso, há o exercício do poder vinculado e no segundo, do poder discricionário<sup>2</sup>.

Quando a lei não deixa opções à Administração Pública, prevê todos os requisitos e condições do ato administrativo e tipifica o único comportamento possível diante de hipótese preestabelecida em termos objetivos, há o ato vinculado ou regrado. Mas, muitas vezes, a lei deixa margem de liberdade de decisão perante o caso concreto, podendo a Administração optar por uma dentre as várias soluções possíveis, admitidas pelo direito, ficando ao seu critério a decisão sobre a oportunidade, conveniência ou justiça do ato. Aqui, trata-se de ato discricionário.

Os conceitos jurídicos indeterminados são os que exprimem noções vagas onde inexistente certeza de que a hipótese corresponde à previsão abstrata da lei<sup>3</sup>.

Mas, a discricionariedade não existirá se houver elementos objetivos que permitam a delimitação do conceito jurídico indeterminado, chegando a uma

---

2. "A lei (...) ora traz em si delimitações rigorosas, objetivas, infuntableis, ora abriga em seu bojo a indeterminação, a fluidez dos conceitos práticos. A discricionariedade assistiria precisamente neste último campo, ao passo que a vinculação teria residência no primeiro", Celso Antonio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", 24. ed., SP: Malheiros, p. 940, acompanhando as lições de Afonso Rodrigues Queiró).

3. Conceito indeterminado – "Aquele cujo conteúdo e extensão são incertos", Maria Helena Diniz, "Dicionário Jurídico", I, SP: Saraiva, 1998, p. 721.) E, justamente por padecerem de imprecisão, ligam-se à discricionariedade do administrador, caracterizada pela sua liberdade de escolha, para se chegar a uma solução apta para satisfazer a finalidade da lei. Nota de rodapé: *Conceito indeterminado e poder administrativo disciplinar: "Valoração de conceitos vagos ou indeterminados: é possível que a lei, para se referir à infração utilize-se de conceitos pouco precisos. Ex.: será punido o servidor que cometer 'falta grave'. Ora tal juízo necessita de valoração que precise com exatidão a extensão e o alcance da expressão 'falta grave'. Necessário a discricionariedade ao administrador para definição da ocorrência ou não de falta grave".* Licínia Rossi, "Manual de Direito Administrativo", 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 112.

única solução válida diante do direito; já, se para delimitar o conceito, impõe-se uma apreciação subjetiva, segundo os critérios de valor, haverá discricionariedade.

b) O direito administrativo sancionador é marcado pela graduação das sanções administrativas (advertência, multa, suspensão, demissão, embargos de obras, destruição de coisas, interdição de atividades etc.), que são discricionárias, mas não arbitrárias e, por este motivo, sempre incidem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o cumprimento do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, e o respeito à tipificação do fato, com previsão expressa em norma jurídica, o que limita a discricionariedade em punir.

- ☉ Vide também Resposta Esperada e Fundamentação – Questão 3 – disponíveis no caderno oficial do 187º Concurso para ingresso na Magistratura do TJSP disponível ao final da obra.

//////  
*(TJ/SP/Juiz/2003/175º\_Concurso) Analise, sinteticamente, a correção de todo o conteúdo da afirmativa seguinte, explicando o significado de seus termos: “Em nosso sistema atual, não é admissível o controle judicial relativamente ao ato administrativo discricionário e ao ato ‘interna corporis’.”*

#### **Direcionamento da resposta**

Diferenciar poder vinculado de poder discricionário e destacar o Poder Judiciário como o último árbitro da legalidade, quer o ato seja produzido no recesso de um órgão, só com efeitos internos, quer seja discricionário, para examinar se realmente o é e para verificar se não desbordou para o abuso de poder.

#### **Sugestão de resposta**

Dentre as espécies de poderes administrativos destacam-se: poder vinculado e poder discricionário, que se distinguem quanto ao relacionamento decorrente de sua aplicação com os elementos ou requisitos do ato administrativo: competência, finalidade, forma, objeto e motivo.

No poder vinculado, a lei confere à Administração Pública a competência para a prática de um ato e determina os elementos à sua formação, isto é, todos os requisitos do ato administrativo vêm determinados por lei e devem ser observados, sob pena de invalidação. No poder discricionário, embora a competência, a finalidade e a forma sejam elementos vinculados, o objeto e o motivo são da escolha do administrador; cabe a ele observar a conveniência, oportunidade e justiça do ato e seu conteúdo, ou seja, o mérito administrativo.

O ato discricionário e o ato “*interna corporis*”, isto é, aquele que ocorre no âmbito interno de um órgão e com efeitos repercutindo só internamente, não estão imunes à apreciação judicial, pois só o Poder Judiciário é o último árbitro da legalidade e a ele cabe examinar o ato arguido de discricionário ou para apurar se realmente o é e para verificar se a discricção não transbordou para o arbítrio; o mesmo ocorre com o ato produzido no recesso de um órgão e só para repercutir no seu interior<sup>4</sup>.

//////  
 (TJ/SP/Juiz/1998/170º\_Concurso) Quais são os atributos do ato administrativo? Esclareça sinteticamente em que consistem.

#### *Direcionamento da resposta*

Comentar os atributos do ato administrativo: presunção de legitimidade e veracidade, autoexecutoriedade, imperatividade e tipicidade, marcando suas características próprias e sua decorrência dos princípios da supremacia do interesse público e da eficiência.

#### *Sugestão de resposta*

Os atributos do ato administrativo decorrem do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e buscam a eficiência administrativa. São:

- a) **Presunção de legitimidade e veracidade** – só porque o ato é praticado por um agente público pressupõe-se que seja legítimo, legal e verdadeiro; que esteja de conformidade com a norma regente, com os princípios fundamentais da Administração Pública e com a verdade dos fatos motivadores do ato, até prova em contrário, pois a presunção é “*juris tantum*”.

Isto traz duas grandes consequências: o ônus da prova de invalidade cabe a quem a alegar e o ato é eficaz, isto é, é idôneo para produzir seus efeitos específicos. Por este motivo é que o Direito criou remédios jurídicos para evitar danos: “*habeas corpus*”, mandado de segurança, liminares, antecipação de tutela, recursos administrativos com efeito suspensivo, dentre outros, para suspender a eficácia perniciosa.

---

4. “Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração (...)” – Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 30ª ed., SP: Malheiros, p.689.

- b) **Autoexecutoriedade** – é a possibilidade de a maioria dos atos administrativos terem imediata e direta execução pela própria Administração, sem intervenção do Poder Judiciário. A Administração que cria o ato o executa direta e imediatamente, mas pode não usar desta faculdade e recorrer ao Judiciário, o que decorre do princípio da inafastabilidade dele para apreciar ameaça ou lesão a direito, pois a qualquer violação de um direito corresponde uma ação judicial<sup>5</sup>.
- c) **Imperatividade** – é a qualidade da maioria dos atos administrativos, que têm força obrigatória em relação aos seus destinatários. Vêm revestidos de coercibilidade para seu cumprimento ou execução. A Administração cria unilateralmente obrigações aos administrados e as impõe coercitivamente.
- d) **Tipicidade** – alguns autores como Maria Sylvania Di Pietro, Fernanda Mariela e Licinia Rossi<sup>6</sup> acrescentam aos três atributos mais este, que decorre do princípio da legalidade, com o ato devendo corresponder a figuras previamente definidas pela lei para produção de determinados resultados.

### 3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*(TJ/SP/Juiz/2005/177º\_Concurso) Pode o particular contratado invocar a “exceção do contrato não cumprido” para fazer cessar a execução (rescindir o contrato) do avençado?*

#### *Direcionamento da resposta*

Falar sobre o art. 476 do CC, sobre as cláusulas exorbitantes e sobre o princípio da continuidade do serviço público, mas destacar a posição da doutrina e da jurisprudência em favor da interrupção dos serviços pelo contratado e que agora é lei (art. 78, XV, da Lei 8.666/93)<sup>7</sup>.

#### *Sugestão de resposta Vide, na atualidade, o art. 137, inciso IV, da Lei 14.133/21.*

Em princípio, a “*exceptio non adimpleti contractus*” não se aplica quando a Administração Pública é a parte inadimplente no contrato administrativo.

5. TJSP, Ap. 32-23.2013.8.26.0366, Rel. Des. Aroldo Viotti, voto 27.817.

6. “Direito Administrativo”, 26ª ed., SP: Atlas, p.209; “Direito Administrativo”, 4ª ed., Niterói: Impetus, p.263; “Manual de Direito Administrativo”, SP: Saraiva, 2015, p.153; respectivamente.

7. Vide, na atualidade, o art. 137, § 2º, inciso IV, da Lei nº 14.133/21.

O Código Civil, no art. 476, prevê que nenhum dos contratantes, nos contratos bilaterais, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro<sup>8</sup>.

Já o contrato administrativo, como decorrência de cláusula exorbitante e do princípio da continuidade do serviço público, veda a paralisação da execução contratual, mesmo se a Administração atrasar ou se omitir no cumprimento de sua parte.

Mas, doutrina e jurisprudência abrandaram a rigidez dessa cláusula e passaram a admitir a interrupção do cumprimento contratual quando a inadimplência administrativa produz encargo extraordinário e insuportável. A Lei 8.666/93 acolhe esta orientação (art. 78, XV).

*(TJ/SP/Juiz/2002/174º\_Concurso) Nos contratos administrativos, o que são as “cláusulas exorbitantes”, e quais as principais? Exigem previsão legislativa específica?*

#### *Direcionamento da resposta*

Definir “cláusulas exorbitantes” e destacar as principais: alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública, equilíbrio econômico ou adequação financeira, reajustamento de preços e tarifas, aplicação pela Administração de penalidades contratuais, interpretação do contrato administrativo, com predomínio do Direito Público e exceção do contrato não cumprido. Falar sobre o art. 55, da Lei 8.666/93 e sobre outras fontes formadoras do Direito, especialmente princípios.

#### *Sugestão de resposta*

“Cláusulas exorbitantes” são peculiaridades dos contratos administrativos, decorrentes de sua sujeição aos preceitos de Direito Público e que ultrapassam os ajustes do Direito Privado. As principais cláusulas exorbitantes são:

- a) **alteração e rescisão unilaterais do contrato pela administração pública** – nenhum contratado adquire o direito à execução integral do

8. “Nos contratos bilaterais sinalagmáticos, ambos os contratantes têm o dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as prestações e obrigações por eles assumidas. Nenhum deles pode exigir, isoladamente, que o outro cumpra a prestação, sem a contrapartida respectiva. Só quem cumpre a sua parte na avença pode exigir o cumprimento da parte do outro” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Código Civil Comentado”, 8ª ed., SP: RT, p. 586).

contrato administrativo ou sua imutabilidade; se ocorrerem prejuízos ao contratado, sem culpa dele, haverá o dever de indenizar.

- b) **equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira)** – a relação inicialmente formada pelas partes entre as obrigações assumidas pelo contratado e a compensação econômica arcada pela Administração deve permanecer durante todo o contrato; a relação encargo-remuneração não pode ser perdida durante a execução contratual.
- c) **reajustamento de preços e tarifas** – é consequência da cláusula anterior e providência acordada entre as partes; agravos econômicos provocados por sobrecargas advindas de desvalorização monetária, elevações de preços, aumentos salariais, etc., permitem reajustes, como preveem os arts. 55, III, e 65, § 8º, da Lei 8.666/93.
- d) **controle do contrato pela administração** – é ela a titular da supervisão, acompanhamento e fiscalização da execução contratual, podendo, inclusive, intervir na execução do objeto do ajuste (arts. 58, V, e 80, II, da Lei 8.666/93); é nomeado um representante da Administração especialmente designado para acompanhamento e fiscalização do contrato.
- e) **aplicação de penalidades contratuais** – as penalidades contratuais são aplicadas diretamente pela Administração; decorre do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos (arts. 58, IV; 78, VII; e 87, da Lei 8.666/93).
- f) **interpretação do contrato administrativo** – tem por objetivo a fixação do verdadeiro sentido do seu conteúdo, pondo fim a imprecisões e dúvidas, e sempre considerando que as normas que regem o contrato administrativo são de Direito Público, complementadas pelas regras da teoria geral dos contratos e do Direito Privado.
- g) **exceção do contrato não cumprido** – sua inoponibilidade foi estudada na questão supra.

Finalmente, a questão se refere se há exigência de “previsão legislada específica” para as “cláusulas exorbitantes”.

O art. 55, da lei específica sobre normas para licitações e contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93), prevê inúmeras cláusulas “necessárias” a todo contrato, incluindo o que “cláusulas exorbitantes” tratam, mas não são elas as únicas fontes do Direito, pois o conteúdo dessas cláusulas muito se liga aos princípios da Administração Pública, especialmente aos cinco previstos expressamente pelo “caput” do art. 37, da CF (legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade) e às proposições implícitas da supremacia do interes-

se público, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, confiança e boa-fé.

#### 4. ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*(TJ/SP/Juiz/2009/182º\_Concurso)* O artigo 92, da Constituição Federal, aponta em seus incisos os órgãos que compõem o Poder Judiciário. Há alguma impropriedade técnica, jurídico-administrativa, entre as discriminações? Por quê?

##### *Direcionamento da resposta*

Criticar a inclusão, no art. 92 da CF, como “órgão do Poder Judiciário”, o “Conselho Nacional de Justiça”, órgão de controle do Judiciário, formado por membros estranhos a ele.

##### *Sugestão de resposta*

O art. 92 da CF define os “órgãos do Poder Judiciário”. A EC 45/04 acrescentou, logo depois do inciso “I – o Supremo Tribunal Federal”, “I-A – o Conselho Nacional de Justiça”, o que causou perplexidade à doutrina ao criar um novo órgão de controle ao Judiciário, pois a Constituição já garantia verdadeiros “controles recíprocos” entre os três Poderes, por detalhado “sistema de freios e contrapesos”<sup>9</sup>.

Este Conselho é um órgão político anômalo, colocado pelo legislador constituinte derivado como do Poder Judiciário, mas sendo integrado por membros de outros Poderes e de instituições, um verdadeiro “Quarto Poder”, com função precípua de controlar um dos Poderes da República<sup>10</sup>.

Observa-se que a EC 45/2004 incluiu o Conselho Nacional de Justiça entre os órgãos do Poder Judiciário, referenciado no inciso I-A do art. 92. Essa técnica merece dois reparos: o primeiro é o de incluir entre os órgãos jurisdicio-

9. Alexandre de Moraes, “Direitos Humanos Fundamentais”, 2ª ed., SP: Atlas, p. 65/75; Cândida da Cunha, “Conflito entre Poderes”, SP: RT, 1994, p.20; Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, 27ª ed., SP: Atlas, p. 532; José Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, SP: Malheiros, 2005, p.504; Michel Temer, “Constituição e Política”, SP: Malheiros, 1994, p.77.

10. “Conselho Nacional de Justiça será um outro Poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, nefasta influência na decisão judicial. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimado pelo Conselho. Haverá, porém, nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as Constituições primaram, sempre, por evitar até mesmo a injunção interna no poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?” – Michel Temer, ob. e p. citis.

nais um órgão que não tem a mesma natureza; o outro é o de inserir um inciso I-A, quando melhor seria reelaborar todos os incisos, incluindo (se tivesse que ser incluído) seu texto no inciso II e reorganizado os demais (...) (José Afonso da Silva, *ob. e p. cits.*)

////////////////////////////////////  
**(TJ/SP/Juiz/2004/176<sup>o</sup>\_Concurso)** *Distinga empresa pública da sociedade de economia mista segundo os seguintes aspectos: constituição, natureza jurídica, controle administrativo e limite de responsabilidade.*

#### **Direcionamento da resposta**

Conceituar empresa pública e sociedade de economia mista, e seguir o roteiro dado pela própria questão: escrever sobre a constituição de ambas, a natureza jurídica, controle administrativo e limite de responsabilidade, em resumo, ver no que se assemelham e o que as diferencia.

#### **Sugestão de resposta**

Empresa pública e sociedade de economia mista são empresas estatais ou governamentais.

Ambas são pessoas jurídicas de Direito Privado, cuja constituição é autorizada por lei específica, para prestação de serviço público, realização de obras ou para a execução de atividade econômica de natureza privada. São integrantes da Administração Indireta do Estado e procuram atender necessidades imediatas da população, prestando serviços públicos, ou atuar em casos de relevante interesse coletivo, executando atividades econômicas.

Elas têm autonomia administrativa e financeira, mas são supervisionadas pela entidade-matriz, que sobre ela exerce um “controle finalístico”<sup>11</sup> sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece. São responsáveis objetivamente pelos atos de seus agentes e poderão gozar de algum privilégio, desde que concedido por lei.

Ambas realizam, em seu nome e por sua conta e risco as atividades determinadas pela lei específica autorizadora.

A grande diferença entre elas é que a empresa pública é constituída com capital exclusivamente público e a sociedade de economia mista tem a participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração. E a empresa pública reveste-se de quaisquer das formas da organização empre-

11. “Direito Administrativo Brasileiro”, Hely Lopes Meirelles, 30ª ed., SP: Malheiros, p.645.

# DIREITO CIVIL

## 1. DOS FATOS JURÍDICOS

### 1.1. Do Negócio Jurídico

*(TJ/SP/Juiz/2014/185º\_Concurso) Acerca dos defeitos do negócio jurídico, quais seus conceitos, naturezas, afinidades, diferenças, modos (vícios do consentimento e vícios sociais) e consequências jurídicas?*

#### *Direcionamento da resposta*

Nesta questão, o candidato deve primeiramente conceituar o negócio jurídico e mencionar que os vícios podem atingir a manifestação de vontade ou gerar repercussão social.

Após, deve apontar a existência de duas espécies de vícios: vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e vícios sociais (fraude contra credores e simulação).

Em seguida, o candidato deverá explicitar cada uma das espécies de vícios, esclarecendo os itens elencados na questão: conceito, natureza, afinidade, modo, diferença e consequências jurídicas.

#### *Sugestão de resposta*

Em consonância com a doutrina brasileira, o negócio jurídico consiste em ato jurídico por meio do qual as partes manifestam a sua vontade na busca de um efeito jurídico, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia (Escada Ponteano), como forma de exercício da autonomia privada. Destarte, os vícios do negócio jurídico podem atingir a manifestação de vontade ou acarretar repercussão social. Com base nas referidas espécies de vícios ou defeitos, a doutrina subdivide em: vícios da vontade ou do consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e vícios sociais (fraude contra credores e simulação).

O primeiro vício de consentimento ou vontade consiste no erro. Este vício pode ser conceituado como engano fático ou uma falsa percepção da realidade em relação a uma pessoa, a um objeto do negócio ou a um direito, que afeta a

vontade de uma das partes do negócio jurídico (art. 139 do Código Civil). O artigo 138 do Código Civil (CC) estabelece que os negócios jurídicos celebrados com erro são anuláveis, desde que o referido erro seja substancial, perceptível por pessoa de diligência normal, nas circunstâncias da celebração do negócio. A análise do dispositivo em comento revela que não constitui mais requisito do erro a escusabilidade (erro escusável ou justificável), pois inexistente previsão expressa nesse sentido.

Corroborando este entendimento o Enunciado 12 da I Jornada de Direito Civil (“na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”). Para esta corrente doutrinária (Gustavo Tepedino, Sílvio de Salvo Venosa, Flávio Tartuce, Marcia Celina Bodin de Moraes), o erro não precisa ser escusável, bastando a cognoscibilidade (conhecimento do vício do erro pelo destinatário da declaração de vontade), em prestígio ao princípio da boa-fé objetiva. Dessa forma, o instituto do erro se aproximaria do dolo. No entanto, é importante esclarecer que existe corrente doutrinária sustentando a necessidade do erro ser escusável ou justificável para se admitir a anulação do negócio jurídico (Maria Helena Diniz, Sílvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves, Álvaro Villaça Azevedo, Francisco Amaral).

Outrossim, a doutrina subdivide o erro em: erro substancial e erro acidental. No caso de erro substancial, como foi explanado anteriormente, implica anulação do negócio jurídico, enquanto no erro acidental, consoante o artigo 142 do CC, não atinge o plano da validade do negócio jurídico. O segundo vício de consentimento consiste no dolo. De acordo com a doutrina, o dolo pode ser conceituado como artifício arditoso utilizado para enganar alguém, em benefício próprio. Em caso de dolo, a consequência jurídica é a anulação do negócio jurídico. Ressalte-se que somente nas hipóteses de dolo essencial, substancial ou principal haverá anulação (art. 145 do CC), sendo certo que, nos casos de dolo acidental, importará em perdas e danos a favor do prejudicado (art. 146 do CC).

Não se pode olvidar que o dolo pode ser praticado por um terceiro, como prescreve o artigo 148 do CC, acarretando a anulação ou perdas e danos a depender da ciência da parte do negócio jurídico. Além disso, o direito positivo diferencia as consequências jurídicas se o dolo for do representante legal ou convencional (art. 149 do CC). O terceiro vício de consentimento consiste na coação. A doutrina conceitua como pressão física ou moral exercida em face de uma das partes do negócio jurídico, com o objetivo de obrigar a assumir uma obrigação que não quer. O artigo 151 do CC dispõe que a anulação do negócio jurídico só ocorrerá se a coação moral ou psicológica (*vis compulsiva*) for relevante, causando fundado temor de dano iminente e considerável à parte do negócio, à sua família ou aos seus bens.

Por outro lado, em caso de coação física (*vis absoluta*), existe divergência na doutrina, tendo em vista que a primeira corrente sustenta a nulidade absoluta do negócio jurídico (Maria Helena Diniz), enquanto a segunda corrente aduz a inexistência do negócio jurídico (Renan Lotufo). Importante mencionar que a coação moral deve ser analisada à luz do caso concreto, levando em consideração o sexo,

a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias, como se depreende do parágrafo único do artigo 152 do CC. Ademais, a coação pode ser exercida por um terceiro, implicando anulação do negócio jurídico se o negociante beneficiado dela tiver ou devesse ter conhecimento.

Diversamente, se o negociante beneficiado pela coação dela não tiver ou não devesse ter conhecimento, haverá manutenção do negócio jurídico e o coator responderá por perdas e danos. O quarto vício de consentimento consiste no estado de perigo. Consoante o artigo 156 do CC, o estado de perigo se constata 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. Para a configuração do estado de perigo, o dispositivo em questão exige a presença de elemento objetivo (onerosidade excessiva da parte que manifesta a vontade) e elemento subjetivo (uma parte do negócio tem conhecimento da situação de risco da outra parte).

É justamente este elemento subjetivo que diferencia do instituto da lesão. A consequência jurídica do estado de perigo consiste na anulação do negócio jurídico (art. 171, inciso II, do CC). Todavia, esta consequência poderá ser evitada mediante a aplicação analógica do artigo 157, parágrafo 2º, do CC. Nesse sentido é o Enunciado 148 da Jornada de Direito Civil (“Ao ‘estado de perigo’ aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”), em virtude do princípio da conservação contratual e do princípio da função social do contrato. Por fim, o quinto vício de consentimento consiste na lesão. De acordo com o artigo 157 do 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 instituto da lesão acarreta a anulação do negócio jurídico (art. 178, inciso II, do CC), pois configura um vício de formação, o que distingue do desequilíbrio negocial por fato posterior. Entretanto, a anulação poderá ser afastada se ocorrer o reequilíbrio das prestações, nos termos do artigo 157, parágrafo 2º, do CC. Em relação ao assunto, existe o Enunciado 149 das Jornadas de Direito Civil (“Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002”).

Frise-se, ainda, que a lesão não se confunde com o dolo, pois a caracterização da lesão exige apenas a premente necessidade ou inexperiência e a onerosidade excessiva. No dolo há o emprego de artifício ardiloso. O Enunciado 150 da Jornada de Direito Civil confirma este entendimento (“a lesão que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”). Nos vícios sociais, o primeiro vício consiste na simulação. O novo Código Civil conferiu um novo tratamento a este instituto, haja vista que tem como consequência jurídica a nulidade (art. 167 do CC). Para

parte da doutrina (Francisco Amaral, Paulo Lôbo), a simulação não constitui mais um vício social do negócio jurídico, pois atinge a causa negocial.

A simulação pode ser definida como incompatibilidade entre a vontade e a declaração em razão das partes do negócio jurídico objetivarem iludir terceiros. Com a nova sistemática introduzida pelo CC, a doutrina sustenta que a simulação inocente também importa em nulidade absoluta, como se percebe do Enunciado 152 da Jornada de Direito Civil (“toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”), uma vez que se trata de matéria de ordem pública. Apesar de a simulação gerar a nulidade absoluta, o artigo 167 do CC autoriza a subsistência do negócio jurídico dissimulado, se for válido na substância e na forma. No mesmo sentido é o Enunciado 153 da Jornada de Direito Civil (“na simulação relativa, o negócio simulado – aparente – é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros”).

Com efeito, a simulação pode ser classificada em: simulação absoluta e simulação relativa (subjéctiva e objectiva). Para parte da doutrina, a simulação se assemelha com a reserva mental, pois a reserva mental conhecida pelo destinatário configura simulação (Álvaro Villaça Azevedo). O último vício social consiste na fraude contra credores. A doutrina define como atuação maliciosa do devedor, em estado de insolvência ou na sua iminência, mediante disposição gratuita ou onerosa do seu patrimônio, para inviabilizar a responsabilização de seus bens por obrigações assumidas em momento anterior à transmissão. Assim, para a caracterização da fraude contra credores, em regra, exige-se elemento objectivo (*eventos damni*/evento danoso) e elemento subjéctivo (*consilium fraudis*/intenção de prejudicar os credores).

No tocante à consequência jurídica, vigora divergência na doutrina e na jurisprudência. A primeira corrente aduz a anulabilidade do ato praticado em fraude contra credores, com fulcro nos artigos 158 e 159 do CC. Diversamente, a segunda corrente defende que a consequência da fraude contra credores consiste na ineficácia do negócio jurídico. Com o advento do novo Código de Processo Civil (art. 790, inciso VI), no âmbito do direito positivo, pode-se afirmar que foi adotada a primeira posição (anulação do negócio), exercida por meio de ação pauliana ou revocatória. Por fim, é mister esclarecer que a fraude contra credores não se confunde com a fraude à execução, pois a primeira consiste em instituto de direito material, enquanto a segunda, instituto de direito processual.

## 1.2. Dos Atos Jurídicos

---

*(TJ/SP/Juiz/1998/171º\_Concurso) Dissertação. Das nulidades dos atos jurídicos. Classificação e discriminação. Distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa. Ratificação. Obrigações contraídas por menores.*

***Direcionamento da resposta***

Nesta questão, o candidato deve iniciar a dissertação com a citação da Teoria da Escada Ponteana. Com base nesta teoria, o candidato deve desenvolver a dissertação (introdução, desenvolvimento e conclusão) seguindo os itens elencados na questão, de forma lógica e coerente, com menção a fundamentos legais e a posição doutrinária.

***Sugestão de resposta***

O jurista Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda criou a teoria da Escada Ponteana, analisando o negócio jurídico em três planos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia. Com base nessa construção, de acordo com a doutrina civilista, no que tange ao tema da nulidade dos atos jurídicos, a validade dos atos exige como requisitos: agente capaz; vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Na esfera do direito positivo, corrobora este entendimento a interpretação do disposto no artigo 104 do Código Civil (CC), pois a vontade livre encontra-se inserida na capacidade do agente ou na licitude do objeto do negócio. Por outro lado, no tocante ao plano da existência, em razão da ausência de previsão legal para regulamentar o assunto, existe divergência na doutrina acerca do tema. A primeira corrente sustenta que o negócio jurídico inexistente, por não gerar nenhum efeito jurídico, em decorrência da ausência de pressupostos jurídicos (partes, vontade, objeto e forma), prescinde de declaração de invalidade por via judicial (não se invalida o que não existe).

Diversamente, a segunda corrente aduz que o Código Civil não tratou do plano da existência, motivo pelo qual essas hipóteses devem ser regidas pelas regras de nulidade, o que leva a concluir que o plano da existência estaria embutido no plano da validade. Nesse contexto, com base no direito positivo (artigos 166 a 184 do CC), a expressão invalidade constitui o gênero das espécies nulidade e anulabilidade. Destarte, o instituto da nulidade pode ser conceituado como a sanção imposta pelo ordenamento jurídico aos atos e negócios jurídicos realizados com inobservância dos requisitos legais, qualificados como essenciais, que impede a produção dos efeitos jurídicos.

Para facilitar a compreensão da nulidade, a doutrina propõe classificação para o estudo das diversas facetas do instituto em questão. Com efeito, classifica em: nulidade absoluta e relativa; nulidade total e parcial; nulidade textual e virtual. A nulidade absoluta, além do interesse individual, tem por finalidade proteger um interesse social, uma vez que há ofensa a preceito de ordem pública. Dessa forma, o artigo 168 e o parágrafo único do CC prescrevem que a questão

sobre nulidade absoluta pode ser alegada por qualquer interessado, devendo ser pronunciada de ofício pelo juiz.

Diferentemente, a nulidade relativa, denominada de anulabilidade, viola interesse individual das partes interessadas, motivo pelo qual se admite o afastamento ou saneamento do vício de invalidade. A segunda classificação subdivide em nulidade total e parcial. A nulidade total consiste no vício que atinge todo o negócio jurídico. De outro lado, a nulidade parcial consiste no vício que afeta somente parte do negócio jurídico. Nesta hipótese, consoante o disposto no artigo 184 do CC (princípio *utile per inutile non vitiatur*), a nulidade parcial do negócio não prejudicará a parte válida, desde que seja possível cindir a parte válida da inválida, em prestígio ao princípio da conservação do ato ou negócio jurídico. Por fim, a última classificação prevista na doutrina subdivide em nulidade textual e virtual (ou implícita).

A anulabilidade textual consiste naquelas hipóteses que têm previsão expressa na lei. Diversamente, a anulabilidade virtual (ou implícita) consiste naqueles casos que não possuem previsão expressa, mas a nulidade pode ser deduzida com base nas expressões utilizadas pelo legislador (exemplo: artigo 1.521 do CC). Quanto às diferenças entre nulidade absoluta e nulidade relativa (anulabilidade), conforme a doutrina, podem ser apontadas: a) A nulidade relativa é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada, pois não se constata a presença do interesse público, somente a conveniência das partes. Na nulidade absoluta, há matéria de ordem pública, motivo pelo qual é decretada no interesse da própria coletividade; b) A anulabilidade pode ser suprida pelo juiz se as partes requererem (art. 168, parágrafo único, do CC, *a contrario sensu*), ou sanada, expressa ou tacitamente, pela confirmação (art. 172 do CC).

No caso da anulabilidade por ausência de autorização de terceiro, o ato poderá ser validado com a autorização posterior (art. 176 do CC). Por outro lado, a nulidade não pode ser sanada pela confirmação, nem suprida pelo juiz; c) A anulabilidade não pode ser pronunciada de ofício, dependendo de provocação dos interessados (art. 177 do CC), e somente produz efeitos após a sentença judicial (sentença desconstitutiva/efeito *ex nunc*). Ao contrário, a nulidade deve ser pronunciada de ofício pelo juiz (art. 168, parágrafo único, do CC), produzindo efeito *ex tunc* (sentença declaratória); d) A anulabilidade só pode ser alegada pelos interessados (o relativamente incapaz ou a pessoa que manifestou a vontade viciada) e os seus efeitos aproveitam exclusivamente aos que alegaram, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade (art. 177 do CC).

Diferentemente, a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (art. 168, *caput*, do CC). Não se pode olvidar que o menor, entre 16 e 18 anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, espontaneamente

declarou-se maior (art. 180 do CC/ninguém pode se beneficiar da própria torpeza); e) A anulabilidade é regida por prazo decadencial, por se tratar de um direito potestativo (lições do professor Agnelo Amorim Filho). Ao contrário, o ato nulo não se valida com o decurso do tempo, nem é suscetível de confirmação (art. 169 do CC); f) Nos casos de anulabilidade, o ato anulável produz efeitos até a decretação de sua invalidade (*ex nunc*/natureza desconstitutiva/direito postestativo/prazo decadencial). Nos casos de ato nulo, não há produção de nenhum efeito (*quod nullum est nullum producit effectum*/efeito *ex tunc*/natureza declaratória/sem prazo).

Por todo o exposto, percebe-se nitidamente que quando a ofensa atinge o interesse particular das pessoas, sem envolver interesses sociais, os interessados podem promover a anulação do ato (o negócio jurídico permanece válido e produz efeitos enquanto não ocorrer a anulação por meio judicial). Nesse contexto, revela-se imprescindível esclarecer que o legislador protegeu o relativamente incapaz por intermédio do instituto da anulabilidade ou nulidade relativa, como se depreende do disposto no artigo 171, inciso I, do CC. Todavia, nos casos de absolutamente incapaz, como envolve interesse coletivo, o legislador optou pelo instituto da nulidade absoluta, nos termos do disposto no artigo 166, inciso I, do CC.

### 1.3. Da Prescrição e da Decadência

//////////  
 (TJ/SP/Juiz/2015/186º\_Concurso) *Existem pretensões imprescritíveis em sede de direito civil? Dê exemplos que corroborem sua resposta, justificando-os.*

#### *Direcionamento da resposta*

Nesta questão, o candidato deve primeiramente esclarecer que, no sistema jurídico brasileiro, em regra, vigora a prescrição da pretensão, como se depreende do disposto no artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), bem como no artigo 187 do Código Civil. Para demonstrar maior conhecimento, seria relevante mencionar o recente julgado do Supremo Tribunal Federal que conferiu uma interpretação restritiva ao artigo 37, parágrafo 5º, da CRFB, para afastar a imprescritibilidade nos casos de ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (RE 669.069).

No segundo momento, deve indicar que, no sistema jurídico brasileiro, existem pretensões imprescritíveis no âmbito do direito civil. Por fim, deve elencar os casos de imprescritibilidade e fundamentar as razões da imprescritibilidade de forma individualizada.

**Sugestão de resposta**

No sistema jurídico brasileiro, como regra, vigora a prescrição da pretensão, como se depreende do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), bem como do artigo 187 do Código Civil (CC). Destarte, constitui excepcionalidade a imprescritibilidade da pretensão, pois o instituto da prescrição existe justamente para garantir a estabilidade e consolidação dos direitos na ordem jurídica e, conseqüentemente, na esfera social, aptidão que prestigia o valor constitucional da segurança (em sintonia com dois dos princípios estruturantes do novo Código Civil, eticidade e socialidade).

Corroborando este entendimento o recente julgamento do RE 669.069 do Supremo Tribunal Federal (STF), que conferiu uma interpretação restritiva ao artigo 37, parágrafo 5º, da CRFB, para afastar a imprescritibilidade nos casos de ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Nesse contexto, importante esclarecer que a doutrina brasileira elenca como pretensões cíveis imprescritíveis: direitos da personalidade; estado das pessoas; bens públicos; exercício facultativo (ou potestativo), em que não existe direito violado, como a pretensão do condômino de exigir a divisão da coisa comum ou a meação de muro divisório; pretensão para anular inscrição do nome empresarial feita com violação de lei ou do contrato; direito de propriedade (reivindicatória); pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato. Em relação ao direito da personalidade, de acordo com a doutrina, uma das características consiste na imprescritibilidade, pois não se extingue com o uso e o decurso do tempo, nem pela inércia do titular no seu exercício.

No que se refere ao estado da pessoa, a doutrina ensina que um dos atributos é a imprescritibilidade, haja vista que o estado se refere a um elemento integrante da personalidade (nasce com a pessoa e com ela desaparece). A Súmula 149 do STF reforça este entendimento. No que tange aos bens públicos, existe uma determinação constitucional e legal no sentido da imprescritibilidade, como se depreende dos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, ambos da CRFB e artigo 102 do CC. Deve-se esclarecer que a usucapião (ou o usucapião) consiste em uma modalidade originária de aquisição da propriedade em razão da prescrição aquisitiva. Da mesma forma, a pretensão do condômino de exigir a divisão da coisa em comum ou a meação de muro divisório, por determinação legal contida nos artigos 1320, 1297 e 1327, do CC, respectivamente, deve ser tratada como imprescritível.

No mesmo sentido, a pretensão de anular a inscrição do nome empresarial, feita com violação de lei ou do contrato, em face do disposto no artigo 1167 do CC, revela-se imprescritível. Quanto às pretensões que protegem o direito de propriedade, a doutrina leciona que se trata de uma pretensão imprescritível, em virtude de ser um direito perpétuo (reivindicatória). Por fim, as pretensões

de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato, não são passíveis de prescrição, tendo em vista que o depositário, o credor pignoratício e o mandatário não possuem posse com ânimo de dono, impedindo a ocorrência de usucapião (prescrição aquisitiva).

## 2. DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

### 2.1. Do Adimplemento e Extinção das Obrigações

////////////////////////////////////  
*(TJ/SP/1999/172º\_Concurso) Dissertação. Novação: (i) conceito antigo e conceito moderno; (ii) requisitos; (iii) modos; (iv) o ânimo de novar; (v) expro-missão e delegação; (vi) consequências da novação; (vii) novação e solidarieda-de na obrigação anterior.*

#### *Direcionamento da resposta*

Nesta questão, o candidato deverá seguir os itens elencados na questão. Com base nos itens mencionados, deverá desenvolver a resposta com coerência e nexo, de forma clara ao examinador. Por isso, não se deve simplesmente responder item por item, mas realizar uma construção de texto linear, na forma de dissertação.

Na exposição, recomenda-se fazer uma introdução histórica da novação para, posteriormente, desenvolver os argumentos e indicar os fundamentos legais (os dispositivos).

#### *Sugestão de resposta*

O instituto da novação remonta ao direito romano. Neste ordenamento jurídico, não se admitia a alteração da obrigação depois de regularmente contraída. Com a evolução e o progresso nas relações econômicas e jurídicas, verificou-se a necessidade de transferência de créditos e débitos, por meio de extinção da relação jurídica anterior e a constituição de uma nova, surgindo, neste momento, a novação. Todavia, esta novação era compreendida como a reconstituição de uma dívida extinta em outra obrigação, mediante a transferência a um novo credor ou a um novo devedor (o débito extinto passa para outra obrigação com um novo credor ou devedor).

No direito moderno, o instituto da novação sofreu alterações, pois ocorre a criação de uma obrigação nova para extinguir uma anterior. Ademais, nos dias atuais, a transmissão das posições obrigacionais ocorre por intermédio de

cessão de crédito ou cessão de débito (parte da doutrina sustenta a possibilidade de cessão de posição contratual). Nesse contexto, com base no novo Código Civil de 2002 (CC), pode-se conceituar o instituto da novação como criação de obrigação nova, mediante a extinção da obrigação anterior. Ressalte-se que não se trata de uma simples transformação ou conversão de uma dívida em outra, pois se verifica a extinção da obrigação anterior e a criação de uma nova, diversa da primeira criada pelas partes, caracterizando um fenômeno mais amplo.

Com efeito, percebe-se claramente a existência de duplo conteúdo na novação: um aspecto extintivo, em relação à obrigação anterior, e um aspecto gerador, no que tange à constituição de uma obrigação nova. Outrossim, fica evidente que a novação não tem aptidão para satisfazer o crédito do credor, como ocorre no pagamento, haja vista que o credor não recebe a prestação devida, adquirindo um novo direito de crédito em face do mesmo devedor ou de outro devedor. Dessa forma, a doutrina afirma que a novação consiste em forma de pagamento indireto. Esclarece a doutrina, ainda, que a novação possui natureza contratual, por envolver mais de um ato volitivo dos interessados na constituição de um novo negócio jurídico, com a consequente extinção da obrigação precedente (Roberto de Ruggiero).

Para a constituição deste novo negócio jurídico (novação), constituem requisitos ou pressupostos: a existência de obrigação anterior (*obligatio novanda*), a constituição de nova obrigação (*aliquid novi*) e intenção de novar (*animus novandi*). O primeiro requisito consiste na existência de obrigação jurídica anterior, haja vista que a novação tem por escopo justamente extinguir esta obrigação e criar uma nova. Por esta razão, o artigo 367 do CC determina que a obrigação anterior não pode ser nula ou extinta, pois não seria lógico autorizar a novação de algo que não existe, nem extinguir o que não produz efeitos jurídicos. Por outro lado, a obrigação anulável pode ser confirmada pela novação, uma vez que tem existência e validade, enquanto não rescindida no âmbito judicial. Como se admite esta confirmação, deve-se compreender essa substituição como renúncia do interessado ao direito de requerer a anulação.

Este comando normativo encontra-se em conformidade com o princípio da conservação negocial. Além disso, não se pode olvidar que o vício que torna anulável um negócio jurídico não ofende a ordem pública, visto que tem o objetivo de tutelar o relativamente incapaz, a vítima de um vício do consentimento ou o credor na hipótese de fraude contra credores. No tocante à possibilidade de novação de obrigações naturais (com *schuld* e sem *haftung*), prevalece divergência na doutrina. A primeira corrente sustenta a impossibilidade de novação, tendo em vista que o cumprimento da obrigação não pode ser exigido compulsoriamente, razão pela qual não se pode validar relação obrigacional juridicamente inexigível. Diversamente, a segunda corrente aduz que a ausência de exigibilidade da obrigação natural não configura objeção para a novação, pois a obrigação natural adquire relevância jurídica no momento do seu cumprimento.

Destarte, em virtude do princípio da autonomia da vontade, se as partes interessadas concordam em novar uma dívida natural por outra, não há que se falar em restrição da liberdade negocial, com fulcro no princípio constitucional da liberdade (art. 5º, inciso II, da CRFB) e no princípio da *pacta sunt servanda*. No que se refere à obrigação sujeita a termo ou condição (artigos 125 a 131 do CC), a novação se revela possível também, sendo certo que a nova obrigação poderá ser pura e simples ou condicional. Neste último caso, a validade da novação dependerá do implemento da condição, resolutiva ou suspensiva. O segundo requisito consiste na constituição de nova obrigação, para extinguir e substituir a anterior. É importante esclarecer que a novação exige uma diversidade substancial entre a dívida anterior e a nova, não podendo a mudança ocorrer nos aspectos secundários da dívida. Para que a novação tenha validade, a nova obrigação também deve ser válida. Na hipótese de ser nula, a novação será inválida e prevalecerá a obrigação antiga. Se a obrigação nova for anulável e seja anulada por decisão judicial, também ficará restabelecida a obrigação anterior, nos termos do artigo 182 do CC.

O terceiro requisito consiste na intenção de novar (*animus novandi*). Consoante o disposto no artigo 361 do CC, o ânimo de novar pode ser expresso ou tácito, mas sempre inequívoco. Ressalte-se que se revela imprescindível que o credor tenha intenção de novar, pois acarreta a renúncia ao crédito e aos direitos acessórios da obrigação a ser extinta para a constituição de uma nova. Portanto, quando não há manifestação expressa, deve resultar de modo inequívoco das circunstâncias da estipulação (a primeira obrigação deve ser incompatível com a segunda obrigação). Em caso de dúvida, deve-se interpretar que não houve novação, uma vez que esta não se presume. Como foi exposto anteriormente, o *animus novandi* pressupõe um acordo de vontades, por possuir natureza contratual. Por essa razão, nos contratos de adesão, exige-se uma maior intensidade inequívoca na intenção de novar, analisada à luz do caso concreto. Para conferir maior celeridade obrigacional, com fulcro no princípio da operabilidade, o CC não estabelece requisitos formais para o instituto. Ademais, a doutrina sustenta a possibilidade da intenção de novar ser parcial (novação parcial).

Assim, as partes podem convencionar o que será extinto, desde que não haja ofensa à ordem pública, à função social dos contratos e à boa-fé objetiva. No entanto, em regra, a novação é total, abarcando todos os elementos da obrigação anterior, pela própria natureza do instituto. Frise-se que a intenção de novar pode recair no objeto ou nos sujeitos (polo ativo ou passivo) da relação obrigacional. Com base nesta possibilidade, a doutrina classifica o instituto em: novação objetiva ou real (art. 360, inciso I, do CC) e novação subjetiva ou pessoal (novação subjetiva ativa – artigo 360, inciso III, do CC/ novação subjetiva passiva – artigo 360, inciso II do CC); novação subjetiva passiva por expromissão (terceiro assume a dívida do devedor originário, sem o consentimento des-