

Renan Lotufo

CÓDIGO  
*Comentado*  
CIVIL

VOLUME 1

**PARTE GERAL**

(arts. 1º a 232)

## **PLANO GERAL DA OBRA**

Volume 1 — Parte Geral (arts. 1<sup>a</sup> a 232)

Volume 2 — Obrigações; Parte Geral (arts. 233 a 420)

Volume 3 — Obrigações; Contratos (arts. 421 a 853)

Volume 4 — Obrigações (arts. 854 a 965) e Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195)

Volume 5 — Direito das Coisas (arts. 1.196 a 1.510)

Volume 6 — Direito de Família (arts. 1.511 a 1.783)

Volume 7 — Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027) e Disposições Finais e Transitórias (arts. 2.028 a 2.046)

Renan Lotufo

Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP. Professor de Direito Civil da Graduação e da Pós-Graduação da PUCSP. Coordenador de Cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura. Desembargador aposentado do TJSP. Advogado e consultor jurídico.

CÓDIGO  
CIVIL  
*Comentado*

VOLUME 1

PARTE GERAL

(arts. 1º a 232)

2ª edição atualizada  
2004

 Editora  
**Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a  
6ª, das 8:30 às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-  
4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:  
(71) 3381-0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:  
(14) 3234-7401 – Bauru

### **CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384  
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:  
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-  
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

## **MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

## **MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

## **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

## **PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

## **PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

## **RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

## **RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

## **RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

## **SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Código civil comentado :  
parte geral (arts. 1º a  
232), volume 1 /  
Renan Lotufo. – 2. ed.  
atual. – São Paulo:  
Saraiva, 2004.  
04-1840      CDU-347.(81)  
(094.46)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código civil comentado 347(81)(094.46)
2. Código civil comentado : Brasil 347(81)(094.46)

**Dúvidas?**

**Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)**

e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

À memória dos meus pais, João e Maria José, que souberam me legar valores.

À minha esposa, Maria Alice, pelo sentido que deu a minha vida.

Aos meus filhos, Paula e João Luis, que me deram a alegria da paternidade.

Aos meus enteados, Luis Roberto e Flávio, minhas noras, Daniela e Kátia, bem como meus netos, Luis Gustavo e Luis Guilherme, pelo sentido de família que nos une.

Aos colegas de escritório: Fernando, Diogo, Juliana, Natália, Tânia, Luiz Fernando, Raquel, bem como os dedicados Gilberto e Valéria, e aos colegas e amigos da PUCSP: Giovanni Ettore Nanni, Ragner Limongeli Vianna, Antonio Carlos Morato, Silvio Luís Ferreira da Rocha, Erik Gramstrup, Francisco Eduardo Loureiro e Claudio Luiz Bueno de Godoy, com o agradecimento pela colaboração nos cursos, nas pesquisas, no incentivo, nos questionamentos e nos textos que ensinaram o desenvolvimento da obra.

Aos que amam o Direito, pela comunhão nesse amor.

## APRESENTAÇÃO

Ao começar a lecionar na PUCSP tomei conhecimento do anteprojeto do Código Civil, razão pela qual passei a utilizá-lo em minhas aulas, como forma de prevenir os alunos.

Jamais me passou pela cabeça escrever um comentário ao Código, pois tinha diante de mim as obras de Clóvis, de Carvalho Santos, de João Luís Alves, bem como o trabalho dos autores nacionais em paralelo com o de Cunha Gonçalves.

Quando, durante o trâmite final do projeto, Antonio Luiz de Toledo Pinto, em nome da Saraiva, me convidou para escrever um livro de comentários, pensei que estava sonhando, pois já se haviam passado quase três décadas de convívio com o texto, emendas etc.

Ao ver que o meu mestre de pós-graduação, Agostinho Alvim, só chegara até o art. 73 do Código de 1916 nos seus comentários, comecei a acordar para a realidade.

Quase desisti ao saber que a maior parte dos comentários em elaboração serão obras coletivas de mestres do Direito Civil brasileiro.

A pequena equipe de meu escritório fazia força para que eu não desistisse, ao mesmo tempo que me requisitava para as tarefas do dia-a-dia da advocacia...

Foi um conflito permanente, até que me dei conta de que um sonho foi o que teve Martin Luther King e que moveu sua luta pelos direitos civis. Ele não chegou a vê-lo concretizado em vida, mas buscou realizá-lo com todas as suas forças.

Ele acreditava na força da religião e da paz na busca da igualdade de direitos.

Acho que todo sonho deve-se intentar realizá-lo, como sugeria o pensamento de Bernard Shaw: algumas pessoas vêem as coisas como elas são e perguntam: “Por quê?”. Eu sonho com coisas que ainda não aconteceram e pergunto: “Por que não?”.

Eu acredito na força do Direito e das Idéias, e vou continuar lutando para realizar meu sonho, porque acho que poderá ser útil, por que não?

Como diz a sabedoria popular, “um diamante é um pedaço de carvão que se saiu bem sob pressão”.

Começado está, e, como diz um provérbio grego, “começar já é metade de toda ação”.

# **ÍNDICE SISTEMÁTICO DO CÓDIGO CIVIL**

PARTE GERAL (arts. 1ª a 232)

Livro I — DAS PESSOAS (arts. 1ª a 78)

Título I — DAS PESSOAS NATURAIS

Capítulo I — Da personalidade e da capacidade

Art. 1ª

Art. 2ª

Art. 3ª

Art. 4ª

Art. 5ª

Art. 6ª

Art. 7ª

Art. 8ª

Art. 9ª

Art. 10

Capítulo II — Dos direitos da personalidade

Art. 11

Art. 12

Art. 13

Art. 14

Art. 15

Art. 16

Art. 17

Art. 18

Art. 19

Art. 20

Art. 21

Capítulo III — Da ausência

Seção I — Da curadoria dos bens do ausente

Art. 22

Art. 23

Art. 24

[Art. 25](#)

[Seção II — Da sucessão provisória](#)

[Art. 26](#)

[Art. 27](#)

[Art. 28](#)

[Art. 29](#)

[Art. 30](#)

[Art. 31](#)

[Art. 32](#)

[Art. 33](#)

[Art. 34](#)

[Art. 35](#)

[Art. 36](#)

[Seção III — Da sucessão definitiva](#)

[Art. 37](#)

[Art. 38](#)

[Art. 39](#)

[Título II — DAS PESSOAS JURÍDICAS](#)

[Capítulo I — Disposições gerais](#)

[Art. 40](#)

[Art. 41](#)

[Art. 42](#)

[Art. 43](#)

[Art. 44](#)

[Art. 45](#)

[Art. 46](#)

[Art. 47](#)

[Art. 48](#)

[Art. 49](#)

[Art. 50](#)

[Art. 51](#)

[Art. 52](#)

[Capítulo II — Das associações](#)

[Art. 53](#)

[Art. 54](#)

[Art. 55](#)

[Art. 56](#)

[Art. 57](#)

[Art. 58](#)

[Art. 59](#)

[Art. 60](#)

[Art. 61](#)

[Capítulo III — Das fundações](#)

[Art. 62](#)

[Art. 63](#)

[Art. 64](#)

[Art. 65](#)

[Art. 66](#)

[Art. 67](#)

[Art. 68](#)

[Art. 69](#)

[Título III — DO DOMICÍLIO](#)

[Art. 70](#)

[Art. 71](#)

[Art. 72](#)

[Art. 73](#)

[Art. 74](#)

[Art. 75](#)

[Art. 76](#)

[Art. 77](#)

[Art. 78](#)

[LIVRO II — DOS BENS \(arts. 79 a 103\)](#)

[Título Único — DAS DIFERENTES CLASSES DE BENS](#)

[Capítulo I — Dos bens considerados em si mesmos](#)

[Seção I — Dos bens imóveis](#)

[Art. 79](#)

[Art. 80](#)

[Art. 81](#)

Seção II — Dos bens móveis

Art. 82

Art. 83

Art. 84

Seção III — Dos bens fungíveis e consumíveis

Art. 85

Art. 86

Seção IV — Dos bens divisíveis

Art. 87

Art. 88

Seção V — Dos bens singulares e coletivos

Art. 89

Art. 90

Art. 91

Capítulo II — Dos bens reciprocamente considerados

Art. 92

Art. 93

Art. 94

Art. 95

Art. 96

Art. 97

Capítulo III — Dos bens públicos

Art. 98

Art. 99

Art. 100

Art. 101

Art. 102

Art. 103

LIVRO III — DOS FATOS JURÍDICOS (arts. 104 a 232)

Título I — DO NEGÓCIO JURÍDICO

Capítulo I — Disposições gerais

Art. 104

Art. 105

Art. 106

[Art. 107](#)

[Art. 108](#)

[Art. 109](#)

[Art. 110](#)

[Art. 111](#)

[Art. 112](#)

[Art. 113](#)

[Art. 114](#)

[Capítulo II — Da representação](#)

[Art. 115](#)

[Art. 116](#)

[Art. 117](#)

[Art. 118](#)

[Art. 119](#)

[Art. 120](#)

[Capítulo III — Da condição, do termo e do encargo](#)

[Art. 121](#)

[Art. 122](#)

[Art. 123](#)

[Art. 124](#)

[Art. 125](#)

[Art. 126](#)

[Art. 127](#)

[Art. 128](#)

[Art. 129](#)

[Art. 130](#)

[Art. 131](#)

[Art. 132](#)

[Art. 133](#)

[Art. 134](#)

[Art. 135](#)

[Art. 136](#)

[Art. 137](#)

[Capítulo IV — Dos defeitos do negócio jurídico](#)

Seção I — Do erro ou ignorância

Art. 138

Art. 139

Art. 140

Art. 141

Art. 142

Art. 143

Art. 144

Seção II — Do dolo

Art. 145

Art. 146

Art. 147

Art. 148

Art. 149

Art. 150

Seção III — Da coação

Art. 151

Art. 152

Art. 153

Art. 154

Art. 155

Seção IV — Do estado de perigo

Art. 156

Seção V — Da lesão

Art. 157

Seção VI — Da fraude contra credores

Art. 158

Art. 159

Art. 160

Art. 161

Art. 162

Art. 163

Art. 164

Art. 165

Capítulo V — Da invalidade do negócio jurídico

Art. 166

Art. 167

Art. 168

Art. 169

Art. 170

Art. 171

Art. 172

Art. 173

Art. 174

Art. 175

Art. 176

Art. 177

Art. 178

Art. 179

Art. 180

Art. 181

Art. 182

Art. 183

Art. 184

Título II — DOS ATOS JURÍDICOS LÍCITOS

Art. 185

Título III — DOS ATOS ILÍCITOS

Art. 186

Art. 187

Art. 188

Título IV — DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Capítulo I — Da prescrição

Seção I — Disposições gerais

Art. 189

Art. 190

Art. 191

Art. 192

Art. 193

[Art. 194](#)

[Art. 195](#)

[Art. 196](#)

[Seção II — Das causas que impedem ou suspendem a prescrição](#)

[Art. 197](#)

[Art. 198](#)

[Art. 199](#)

[Art. 200](#)

[Art. 201](#)

[Seção III — Das causas que interrompem a prescrição](#)

[Art. 202](#)

[Art. 203](#)

[Art. 204](#)

[Seção IV — Dos prazos da prescrição](#)

[Art. 205](#)

[Art. 206](#)

[Capítulo II — Da decadência](#)

[Art. 207](#)

[Art. 208](#)

[Art. 209](#)

[Art. 210](#)

[Art. 211](#)

[Título V — DA PROVA](#)

[Art. 212](#)

[Art. 213](#)

[Art. 214](#)

[Art. 215](#)

[Art. 216](#)

[Art. 217](#)

[Art. 218](#)

[Art. 219](#)

[Art. 220](#)

[Art. 221](#)

[Art. 222](#)

[Art. 223](#)

[Art. 224](#)

[Art. 225](#)

[Art. 226](#)

[Art. 227](#)

[Art. 228](#)

[Art. 229](#)

[Art. 230](#)

[Art. 231](#)

[Art. 232](#)

## PARTE GERAL

**COMENTÁRIOS:** As grandes codificações civis, iniciadas com o Código Napoleônico, pelo BGB e os Códigos austríaco e suíço, tiveram estruturas diversas. Enquanto o Código francês é composto de livros estanques, o Código alemão, que serviu de base para o trabalho de Clóvis Beviláqua, tem uma estrutura orgânica, com uma Parte Geral que serve de ligação e irradiação para os livros especiais<sup>1</sup>.

Importa lembrar que a primeira proposta de código orgânico, sistematizado, foi de Teixeira de Freitas, com seu *Esboço*, que não chegou a ser utilizado no Brasil, mas serviu de base a Velez Sarsfield para o Código argentino, de 1869, e que, a partir de 1<sup>a</sup> de janeiro de 1877, passou a ser, também, o Código do Paraguai.

A Parte Geral do Código Civil brasileiro tem sido mantida em quase todos os projetos brasileiros de Código Civil. Tal preservação influiu na comissão elaboradora do anteprojeto, que resolveu manter as linhas estruturais do Código Civil de 1916, considerado um dos grandes monumentos da nossa legislação.

Não foi acolhida a divisão anteriormente proposta, que remontava à apresentada na década de 1940, pela comissão constituída por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, ou seja, a de retirar do Código Civil o Código das Obrigações, reduzindo-o aos demais livros especiais.

Na década de 1960, quando de propostas de reforma do Código, voltou-se a discutir a necessidade, ou não, de uma Parte Geral no Código Civil. Os contrários à manutenção já tinham tido grande representação na comissão de 1940 — principalmente nas figuras de Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato. Essa Parte Geral, diziam, estava baseada em idéias vindas da Alemanha, país onde, no final do século XVIII, na obra de Dabelow, posteriormente copiada por Hugo e Heise, haviam sido fixadas as linhas estruturadoras do BGB (Código Civil alemão) no final do século XIX.

Em 1969, foi constituída nova comissão para elaborar o anteprojeto do Código Civil brasileiro — o que implicou se dar por definitivamente prejudicado o Projeto n. 3.771, de 1966, encaminhado ao Congresso Nacional e posteriormente retirado.

Aquele projeto diferia do Código de 1926, na estrutura, contra a vontade do Professor Orlando Gomes, autor do anteprojeto publicado em 8 de abril de 1963, como diferiu do projeto que resultou no Código presente. Por orientação do governo, que incluiu na comissão o Ministro Orozimbo Nonato, aquele projeto

teve o trabalho dividido em dois projetos de Código. O que se admitiu denominar Código Civil englobava as matérias: Livro das Pessoas, Livro de Direito de Família, Livro de Direito das Coisas e Livro de Direito das Sucessões, e, sob a incumbência do Professor Caio Mário da Silva Pereira, um projeto de Código das Obrigações. Portanto, uma modificação substancial quanto à estrutura do Código projetado por Clóvis e do idealizado por Teixeira de Freitas.

A eliminação da Parte Geral e a separação do Livro das Obrigações mereceram crítica de Orlando Gomes, como se pode ver de sua exposição de motivos do anteprojeto, constante da obra *Código Civil*, Projeto Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 2 e 4.

Afora tais críticas, outras existiram, anteriormente, referindo que vários Códigos modernos não acolheram a Parte Geral e, conseqüentemente, não a apresentavam. Segundo a interpretação da comissão, essas críticas decorriam de uma tendência filosófica da Escola Sociológica do Direito — cujo artífice maior nesse terreno tinha sido a figura de Hermes, no começo do século — ou do combate que se fizera à unidade do BGB, por força de idéias advindas do Partido Nacional Socialista que dominara a Alemanha, a partir da década de 1930.

A Escola Sociológica de Hermes, cuja influência é bem explicada por Perelman (*Lógica jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000), havia atacado a Parte Geral do Código Civil alemão, salientando que era uma parte demasiadamente abstrata, que fugia, portanto, da realidade sociológica, razão pela qual deveria ser escoimada de um Código Civil, bem como que aqueles institutos que a integravam já estariam disciplinados em outras partes do Código, que não a Parte Geral.

Partindo de uma idéia completamente oposta, o Nacional Socialismo Alemão sustentou que, embora o Direito de Família, o Direito das Sucessões, o Direito das Pessoas em geral integrassem o direito privado, deveriam publicizar-se no sentido de atender a problemas de ordem ideológica, com relação até a problemas eugênicos. Daí a razão pela qual, na década de 1930, quando Nipperdey foi encarregado de elaborar as linhas estruturais de um projeto de novo sistema para o Código Civil da Alemanha, deixou de lado a Parte Geral, o Direito de Família e o Direito das Sucessões, considerando que deveriam ser disciplinados por leis extravagantes, e apenas estruturou o sistema do futuro Código Civil alemão, baseado nos Direitos Reais, no Direito das Obrigações e no Direito das Associações.

Propôs, no entanto, para a Alemanha de então, uma Parte Geral que, na realidade, não era uma Parte Geral de Código Civil, mas uma fixação de princípios, quase todos de natureza política. O primeiro deles dizia que a missão de um Código Civil era o bem do povo alemão, o que, evidentemente, não é um princípio para figurar em um Código Civil, pois é de natureza político-retórica.

Voltando ao Código objeto do nosso exame, vê-se que a atribuição conferida à nova comissão foi com orientação diversa, ou seja, não a de fixar princípios de ordem político-partidária, ou ideológicos, mas a de elaborar um novo projeto que seguisse as linhas estruturais do Código Civil brasileiro, portanto que não tivesse o intuito de simplesmente inovar, mas procurasse introduzir nele

tudo o que julgasse merecer ser disciplinado em um Código Civil.

Essa orientação foi a que guiou a comissão presidida pelo professor Miguel Reale, e composta originalmente pelos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sílvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva, e Torquato Castro.

Assim, pretendiam que no Código apenas fossem contemplados aqueles institutos que já tivessem estratificação necessária para figurar em uma codificação e, conseqüentemente, compor uma legislação com vocação para certa permanência.

Por isso mesmo mereceu críticas, porque várias inovações científicas e novos questionamentos sociais começam a tomar relevo recentemente e não estão regulados expressamente nas disposições do Código.

No período de discussão final do projeto, houve quem dissesse que seria necessário incluir, desde o projeto, dispositivos relativos à engenharia genética, a problemas de fertilidade *in vitro*, de transexualismo, de discriminação com relação a preferência de atividade sexual. Como bem salientou Moreira Alves, “essas pessoas se esquecem de que todas essas matérias, que tomaram muito relevo nos tempos mais recentes, ainda estão, em matéria legislativa, em um terreno verdadeiramente experimental, no qual não se deve situar uma codificação como a do Código Civil”.

Aliás, sobre temas da moda, os grandes civilistas precursores do Direito Civil Constitucional, como Pietro Perlingieri, mostram que não se deve trazê-los para a legislação civil, mas manter nela os valores permanentes, particularmente quanto à família.

Veja-se a resposta que deu em entrevista publicada na *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, n. 6, abr./jun. 2001, p. 295 e 296:

“RTDC: Uma das últimas barreiras concernentes ao pleno reconhecimento das uniões entre homossexuais — a impossibilidade de adotar crianças — começa a ruir em alguns ordenamentos, como o holandês. Como o senhor analisa esta nova possibilidade e o próprio fenômeno da aceitação mais larga destes enlaces, gerando não só o reconhecimento dos direitos individuais à não discriminação como emprestando-lhes caráter familiar?”

PP: A família fundada no casamento e a não fundada no casamento pressupõem, de igual maneira, a diversidade de sexo dos parceiros. A união entre homossexuais pode certamente representar uma convivência, mas não uma família. A criança, inclusive a que tenha sido adotada, tem o direito de realizar um desenvolvimento sadio na presença de ambos os genitores, tanto da figura paterna como da materna. Obviamente, entre a solução ótima e aquela na qual a criança é abandonada afetiva e fisicamente, não há dúvida de que, no interesse do menor, não pode ser preferida a segunda, ainda que de modo residual. Entre deixar a criança na rua ou pô-la sob a guarda de solteiros ou conviventes, será preferível a segunda opção. Daí para a adoção é um breve passo”.

Partindo, pois, da diretriz estrutural do Código Civil de 1916, foi mantida a Parte Geral, por dar organicidade ao Código, e preservada a nossa tradição

jurídica, iniciada antes do Código Beviláqua, já com Teixeira de Freitas.

Na Parte Especial alterou-se a ordem dos livros, afastando da seqüência da Parte Geral o Direito de Família, adotando-se a sistemática alemã, que traz em primeiro lugar o Direito das Obrigações. Em seguida, incluiu-se na Parte Especial livro inexistente no Código Civil, o Direito das Empresas, em respeito à direttriz de se buscar uma unificação parcial do Direito Privado; depois, o Direito das Coisas; em seguida, o Direito de Família; o Direito das Sucessões; e, finalmente, um sexto livro especial, com as disposições transitórias, que nada mais são do que aquelas que dizem respeito ao direito intertemporal para a aplicação do agora novo Código Civil brasileiro.

A Parte Geral do novo Código Civil, como bem salienta a exposição de motivos elaborada pela comissão, presidida pelo Professor Miguel Reale, não visou originalidade alguma no sentido de criar princípios inovadores dentro do sistema jurídico privado, até porque um Código Civil não é campo de provas para que se lancem princípios absolutamente novos, a fim de se experimentar a sociedade, e ver se podem ser colhidos resultados, os quais, se malsucedidos, sejam, então, modificados.

Isso não quer dizer que não haja muita coisa nova, tendo em vista que o Código Civil de 1916 procede do século XIX (1899), e suas originalidades advieram de projetos anteriores, baseando-se em grande parte no trabalho de Teixeira de Freitas — a ponto de Pontes de Miranda dizer que “praticamente tudo que o então Projeto de Código Civil e posteriormente o Código Civil brasileiro apresentava decorria das idéias que vinham de Teixeira de Freitas”.

Logo, em face do avanço da teoria geral do direito privado, não é surpresa que a Parte Geral do Código Civil brasileiro tenha trazido vários princípios ausentes no Código de 1916, posto que são princípios que pouco a pouco se consolidaram e se estratificaram pela teoria geral.

Aliás, importante frisar o ponto de vista de Arcangeli, citado por Moreira Alves, em suas respostas às críticas imputadoras de retrocesso do projeto: “un codice mediocre è già, dopo alcuni decenni, divenuto migliore, come un capitale modesto cresce cogli anni per il cumulo degli interessi: lo studio degli giuristi, le decisioni delle Corte ne hanno colmato le lacune, smussato gli angoli, rivellato il pensiero talvolta latente; la legge si è acosta alla vita, la vita si è adattata alla legge”.

Da lição do mestre italiano concluímos que os códigos geralmente não surgem muito bons, mas, pouco a pouco, com o trabalho da doutrina e da jurisprudência, vai-se lendo o que neles não está escrito, deixando-se de ler, muitas vezes, o que nele está e, no final de certo tempo, por força da sua utilização, da comutação dessas lacunas, da eliminação de certos princípios da sua literalidade, o código vai melhorando e, no final de certo tempo, já se considera que é um bom código. E mais: toda vez que se fala em mudanças, começa-se a pensar se valerá ou não a pena, se não dará trabalho ter de estudar novamente o Direito Civil ou, àqueles que já escreveram manuais e tratados de Direito Civil, revê-los. Em suma, haverá o problema de se estar diante daquilo que o homem mais teme, que de certa forma decorre do desconhecimento dos

efeitos daquilo que de novo apresenta-se, principalmente em uma legislação dessa grandeza, que é um Código Civil — a constituição da vida comum dos homens, que nos disciplina desde antes do nosso nascimento até depois de nossa morte.

*Livro I*  
**DAS PESSOAS**

*Título I*  
**DAS PESSOAS NATURAIS**

*Capítulo I*  
**DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE**

*Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil de Quebec, art. 1º; Código Civil suíço, art. 11; Código Civil argentino, arts. 51 e 52; Código Civil francês, art. 8º.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato. “Início da personalidade da pessoa natural no Projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, número

de lançamento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1994. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. GALGANO, Francesco. *Delle persone giuridiche*. Bologna: Zanichelli, 1972. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. LARENZ, Karl. *Derecho Civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral de direito civil*. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 1973. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: pontes com o público e o privado*. São Paulo: Livr. dos Advogados Ed., 2000.

**COMENTÁRIOS:** O Código Civil de 1916 estabelecia que todo homem era sujeito de direitos e obrigações e, seguindo a mesma linha, o projeto inicial da atual reforma, aprovado na primeira votação pela Câmara dos Deputados, em 1985, aplicava o vocábulo “homem” como indicativo de ambos os sexos da espécie humana.

No Senado Federal, através da Emenda de Revisão n. 367-R, substituiu-se o termo “homem” por “ser humano”. Essa alteração visou salientar a igualdade dos sexos, resultante da evolução da mulher ao longo desses oitenta e seis anos, em todos os campos da vida social e sobretudo na esfera do Direito, a par de propor um texto que fosse politicamente correto.

Foi exatamente essa a justificativa da mudança dada pelo Relator-Geral do Senado, e autor da emenda, Josaphat Marinho, ao esclarecer que a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação Social contra a Mulher, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1967, proclamou, já em seu preâmbulo, a necessidade de se garantir o reconhecimento universal, de fato e de direito, do Princípio da Igualdade entre o homem e a mulher. Lembrou o artigo 2<sup>a</sup> da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o qual estabelece, entre outros preceitos, que seus signatários comprometer-se-ão a adotar todas as medidas, *inclusive legislativas*, no sentido de minimizar a formação de diferenciação discriminatória entre os sexos.

Voltando à Câmara dos Deputados, em parecer conclusivo acerca da emenda senatorial, foi proposta a alteração da expressão “ser humano” pelo vocábulo “pessoa”. Nesse caso a justificativa foi baseada no acolhimento da

sugestão dada pelo Professor Miguel Reale e no argumento de ser “Das pessoas” a denominação dada ao Livro I.

Entendemos que a primeira mudança de vocábulos proposta pelo legislador merecia elogios. Como bem ponderou Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, ao mudar a palavra “homem” pela expressão “ser humano”, ocorria a harmonia do conteúdo desse dispositivo com a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o Pacto de San José. Não há como negar a tendência pelo uso da expressão “direitos humanos” em vez de “direitos do homem”.

Há também quem considere a mudança de vocábulos desnecessária. O professor Agostinho Alvim, ao comentar as alterações propostas no trâmite inicial pela Câmara Federal, afirmou: “trocar a expressão todo homem por toda a pessoa está certo. Mas para que mudar o que também já estava certo?”. Do seu ponto de vista, homem já era uma expressão consagrada, sem conotação com prevalência de sexo, mas sim de gênero humano.

No mesmo sentido as considerações do professor Silvio Rodrigues sobre os sujeitos das relações jurídicas, pela manutenção da denominação tradicional. Para o mestre esse sujeito é sempre o homem. “Verdade que por vezes se encontram organismos que não são homens, exercendo a titularidade de direitos. São as chamadas pessoas jurídicas. Mas ver-se-á que tais entidades representam um instrumento para melhor atingir interesses humanos”. Desta feita, não há como não concluir que sua posição é no sentido de que o verdadeiro sujeito da relação é o homem.

A redação final do artigo, com a palavra “pessoa”, com o máximo respeito, enseja a interpretação dada por Clóvis Beviláqua, para quem não somente o homem, aqui entendido como ser humano, é pessoa no sentido jurídico, como também o são certas criações sociais personalizadas, as quais visam a mais fácil realização de fins jurídicos.

No mesmo sentido Laurent, citado por Francesco Galgano (*Delle persone giuridiche*: com. al Cod. Civile, ristampadella prima edizione, p. I), para quem: “Donnez le nom de personne à un établissement: les légistes serant poussés fatalement à revendiquer pour cette corporation tous les droits dont jouissent les personnes naturelles” (Laurent — 1810-1887).

Analisando a raiz etimológica da palavra “pessoa”, chegamos ao latim *persona*, cujo significado pode ser resumido em máscara de teatro; assim, com a evolução desse sentido, nota-se a intenção do legislador em designar o termo “pessoa” como o sujeito de direito nas relações jurídicas, sujeito este com papel dentro da sociedade.

A mudança, e a conseqüente aprovação com o vocábulo “pessoa”, sem qualificativo, é polêmica e, do nosso ponto de vista, imprópria, pois a dignidade é justamente referida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrada no inciso III do art. 1º de nossa Lei Magna:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III — a dignidade da pessoa humana;

(...)”.

Interpretando esse dispositivo constitucional, Carlyle Popp acaba por concluir que toda a existência da sociedade e da organização do Estado resume-se na pessoa humana. E a esse fenômeno Karl Larenz chama de personalismo ético, que é o fundamento de qualquer Código Civil.

Comentando o art. 1<sup>º</sup> da Carta Constitucional portuguesa, o qual estabelece que a República de Portugal é baseada na dignidade da pessoa humana, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa acaba por concluir que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim, estando a ação do Poder Público ligada ao respeito e ao desenvolvimento desta.

Sem dúvida, tais ensinamentos são aplicados integralmente ao caso brasileiro e ao disposto no inciso III do art. 1<sup>º</sup> da Constituição Federal.

Assim, entendemos que a opção pelo vocábulo “pessoa” à locução “ser humano” não foi das mais felizes. A posição do legislador permite a idéia de que tanto o ser humano quanto as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos e deveres. Mas, ao tratar o ser humano apenas como pessoa, num sentido genérico e sem especificações, com certeza deixou de observar a indicação constitucional que preza pela pessoa humana como fundamento da ordem jurídica.

A justificativa de que a opção foi feita tendo em vista a denominação do Livro I não nos parece plausível; vejamos o porquê.

Se o objetivo do legislador foi englobar tanto a pessoa física como a jurídica, esse posicionamento já está claro pelo nome atribuído ao Livro I: “DAS PESSOAS”. O título “Das pessoas naturais” se refere, única e exclusivamente, ao ser humano. Pela leitura dos demais artigos deste título já se nota que os dispositivos aí inseridos em nada se referem à pessoa jurídica.

Concluimos, assim, que a opção não atingiu seu objetivo englobador, nem o poderia ter atingido, por versar este título sobre aspectos exclusivamente ligados ao ser humano, o que fica reforçado pela introdução pela vez primeira no Código Civil dos Direitos da Personalidade, que sempre se entendeu voltados para a pessoa humana, como salienta Paulo da Mota Pinto, em “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, constante da obra *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2000.

O conceito de capacidade também se faz presente neste art. 1<sup>º</sup>: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Adotando o posicionamento de Clóvis Beviláqua, ao comentar o art. 2<sup>º</sup> do Código Civil de 1916, já que a acepção da palavra “capacidade” não sofreu qualquer alteração, notamos que tal vocábulo diz respeito à extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade. Neste dispositivo, o sentido do termo “capaz” é de cunho jurídico, não há de se falar em capacidade de fato, que é o

limite da personalidade.

Outra alteração feita pelo legislador, no que concerne ao Código de 1916, é a substituição da palavra “obrigações” por “deveres”.

Amparados na doutrina desenvolvida pela teoria geral do direito, entendemos que tal substituição foi correta.

Como bem pondera Jorge Giorgi, um dos monografistas mais extensos sobre as obrigações, a palavra “obrigação” tem sido usada, até mesmo pelo legislador, em sentido impróprio, uma vez que é empregada como o dever que tem todo o homem de respeitar o direito dos demais, e para qualificar outros deveres diversos dos de cunho patrimonial.

Ainda, o referido autor esclarece que para ser considerado da espécie obrigação, o gênero “dever” precisa possuir os seguintes requisitos: vínculo jurídico, sujeito ativo, sujeito passivo, e a existência de uma prestação, que é seu objeto.

Corroborando o entendimento acima exposto, Betti e Paul Roubier deixam claro que ao falar em obrigações, deve-se ter em mente a relação crédito-débito. Trata-se de um dever passível de avaliação patrimonial, ao contrário dos demais.

Desse modo, concluímos que a alteração foi correta, pois as obrigações (cujo cunho é patrimonial) são apenas uma espécie do grande gênero dos deveres, e que possui um regime jurídico próprio.

A parte final deste artigo refere à “ordem civil”, não alterando o disposto no Código anterior. Com a manutenção dessa expressão, o legislador ratificou a idéia de que o objetivo deste Código é regular as relações de ordem privada. E, como bem salienta Agostinho Alvim, o termo “civil” não deve ser entendido em sentido estrito, podendo ser aplicado também ao âmbito privado, o que nos permite dizer das relações em que tem campo a autonomia privada.

***Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** O Código Civil da Argentina, arts. 63 e 70, faz coincidir o início da personalidade com a concepção no seio materno.

No entanto a maioria dos países consideram o início da personalidade civil da pessoa como coincidente com seu nascimento. Neste sentido são: Código Civil alemão, § 1º; Código Civil suíço, art. 31; Código Civil português, art. 66º; e Código Civil italiano, art. 1º.

**BIBLIOGRAFIA:** ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000; “Início da personalidade da pessoa natural no projeto do Código Civil brasileiro”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, número especial de lançamento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origin e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. v. 1; Direito de família, v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali).

**COMENTÁRIOS:** A única diferença entre o disposto no art. 4º do Código Civil de 1916 e o estabelecido no presente art. 2º é a alteração do vocábulo “homem” pela palavra “pessoa”, mudança esta já explicada por ocasião dos comentários do artigo anterior.

O texto original do projeto de alteração do Código Civil suprimia a expressão “desde a concepção”. Mas, através da Emenda de Revisão n. 368-R, o Senado Federal propôs a volta da locução supramencionada, alegando, para tanto, a amplitude atual dos direitos humanos. Sem dúvida, a reinclusão de “desde a concepção” foi influenciada pelos apelos do professor Pierangelo Catalano, cujas idéias exporemos mais adiante.

Assim, entendemos que as polêmicas que envolvem o início da personalidade humana continuam e continuarão existindo.

Neste momento, cumpre-nos analisar o significado de “personalidade”, visto que não há como negar a associação de sua idéia à de atributo inseparável do ser humano na ordem jurídica e à opção do Código Civil ter adotado o conceito de pessoa.

Para Clóvis Beviláqua, a personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e obrigações.

A Escola Positivista entende que a personalidade decorre do ordenamento, em anteposição aos jusnaturalistas, os quais defendem como inatos os direitos da personalidade e inerentes ao ser humano, independentemente de positivação.

O maior ponto de discussão relacionado à personalidade humana consiste no estabelecimento de seu início, sendo que, ao longo dos anos, muitas idéias e concepções foram defendidas.

Por exemplo, para o Direito Romano, o início da personalidade ocorria apenas com o nascimento, uma vez que entendiam o feto como *postio mulieris vel visserum*, ou seja, parte da mulher, de suas vísceras.

Sinteticamente, podemos descrever da seguinte forma as teorias sobre o começo da personalidade civil: a Teoria Concepcionista, que defende o início desde a concepção; a Teoria Natalista, defendendo a partir do nascimento, e a da Viabilidade. Esta última aparece nos Códigos francês e holandês, pressupondo a existência fisiológica de vida, de órgãos essenciais ao corpo humano.

Ao comentar a teoria aplicada à legislação brasileira, a doutrina se manifesta de forma divergente, pois ao mesmo tempo que o dispositivo do Código Civil estabelece claramente que a personalidade civil tem início com o nascimento, assegura ao nascituro direitos desde sua concepção. E esses direitos aparecem expostos de forma clara ao longo deste Diploma Civil. Exemplo de um desses direitos é o previsto no art. 1.803, sobre a curatela do nascituro.

São inúmeros os civilistas defensores da Teoria Natalista, sendo que dentre eles destacam-se Vicente Ráo, Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Agostinho Alvim. Este último mestre esclarece: “Nasceu com vida adquire direitos e deveres”. A professora Maria Helena Diniz, na edição de 1991, dava a entender que seguia tal linha, o que nos levou, na primeira edição, a incluí-la dentre os defensores. Já nas últimas edições, particularmente na de 2002, assume ela com clareza posição em favor da Teoria Concepcionista.

Na mesma linha que Agostinho Alvim, Pontes de Miranda entende que com o nascimento o ser humano entra para o mundo jurídico como elemento de suporte fático, em que nascer é o núcleo.

Em sentido contrário, o professor da Universidade de Roma, Pierangelo Catalano, vem desenvolvendo estudos sobre o papel do nascituro e defendendo a aplicação do princípio da igualdade entre o nascido e o nascituro. A seu modo de ver, a paridade entre eles não é consequência de uma ficção mas trata-se de uma constatação pelo intérprete da norma.

Amparando as idéias de Catalano e assumindo-se como fiel discípula de R. Limongi França, Silmara J. A. Chinellato e Almeida considera o nascituro pessoa desde sua concepção. Em sua tese de doutorado sobre a *Tutela civil do nascituro*, transformada em livro e publicado antes da aprovação do novo Código Civil, chega a comentar que a redação ideal para este art. 2º seria a que deixasse explícito o início da personalidade civil com a concepção.

De origem latina, o vocábulo “*nasciturus*” significa que está por nascer, que deverá nascer. Sobre o nascituro, Agostinho Alvim entende não se tratar de sujeito de direitos, pois antes de seu nascimento o que a lei acautela é somente aquele que um dia será o titular de direitos.

Já Silmara J. A. Chinellato e Almeida e R. Limongi França crêem que o nascituro seja uma pessoa que está por nascer e que, portanto, possui personalidade desde a concepção.

As divergências doutrinárias continuarão e teses sobre esse assunto não de surgir. Mas o fato é que, em tempos atuais, com recursos da ciência que permitem a identificação da carga genética do embrião e inclusive a realização de tratamentos e cirurgias intra-uterinas, cresce a tendência em se proteger o nascituro e seus direitos desde a concepção.

*Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

*I - os menores de dezesseis anos;*

*II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;*

*III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

*I - os menores de 16 (dezesseis) anos;*

*II - os loucos de todo o gênero;*

*III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;*

*IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** De acordo com o inciso analisado, serão expostas as legislações estrangeiras equivalentes. Ressalte-se que no moderno Código de Quebec a matéria é tratada do art. 4º ao 31.

I — Em relação à menoridade, os Códigos Civis francês, italiano e suíço não estabelecem divisões entre a menoridade absoluta e a incapacidade relativa. Equivalentes: Código Civil suíço, art. 14; Código Civil português, arts. 123º e 124º; Código Civil argentino, art. 127; Código Civil paraguaio, art. 37-b; Código Civil italiano, art. 2; e Código Civil alemão, § 104.

II — Código Civil argentino, arts. 140 e 141; Código Civil alemão, §§ 2, 3 e 828; Código Civil paraguaio, art. 37-c; Código Civil português, art. 138º; Código Civil suíço, arts. 17 e 18; Código Civil italiano, art. 427.

III — A maioria dos Códigos Civis estrangeiros não faz menção à impossibilidade de expressão da vontade como motivo ensejador da incapacidade absoluta, apenas se remetem aos surdos-mudos. Algumas legislações estrangeiras os consideram incapazes de forma geral, não fazendo nenhuma ressalva ao fato de poderem comunicar-se; outras, apenas consideram incapazes os que não conseguem exprimir suas vontades. Quanto aos cegos, apenas em alguns poucos países são considerados incapazes. Código Civil argentino, art. 54, 4º; Código Civil português, art. 138º, I; Código Civil alemão, § 828; Código Civil paraguaio, art. 37-d.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione*

jurídica delle differenze individuali. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*; teoria geral do direito civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. v. 1; direito de família. v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legatità costituzionale*. Roma: Ed. Scientifiche Italiane, 1989. REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Inicialmente, convém destacar que capacidade é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, e exercer por si, ou por outrem, atos da vida civil. Em princípio tem-se que todo ser humano é capaz.

A capacidade, evidentemente, completa a personalidade, pois, se o ser humano não tivesse condições de adquirir direitos, o sistema jurídico seria sem sentido. Da mesma forma, a capacidade de direitos de nada vale se não forem eles exercidos. O Direito só tem razão de ser se para ser aplicado.

Daí a divisão entre capacidade de gozo, ou de direito, de um lado, e a capacidade de fato, ou de exercício, de outro.

Os absolutamente incapazes são os que não possuem capacidade para exercer os atos da vida civil, que é a capacidade de fato, pois, como já se disse, a capacidade de direito é inerente ao ser humano, sob pena de termos um sujeito desprovido de personalidade.

Para Pontes de Miranda, a personalidade e a capacidade de direito são o mesmo. Ou seja, toda pessoa pode ser titular de direitos, ações e exceções, mas a capacidade de ação pode ser restringida, e é isso que faz o presente artigo. A capacidade de gozo, de direito, pode subsistir sem que tenha a capacidade de exercício.

Por isso temos as denominadas incapacidades, que podem ser absolutas e relativas, como em seguida verificaremos.

Kelsen explica que a capacidade é conferida pela ordem jurídica para provocar conseqüências jurídicas através da conduta do capacitado. Portanto, para produzir conseqüências previstas na ordem jurídica. Daí ser chamada, também, de capacidade negocial, quando referida à prática de atos negociais, que são a maioria, mas não são os únicos praticados na vida das pessoas, com conseqüências jurídicas. Há que se lembrar do que se refere aos atos jurídicos *stricto sensu*.

Quando falamos em incapacidade absoluta estamos nos referindo à impossibilidade jurídica de exercício de atos da vida civil. Conforme dispõe o art. 166 do Código atual, se o negócio jurídico for praticado por absolutamente incapaz será nulo.

Se a pessoa é totalmente incapaz, não pode praticar diretamente os atos relativos a seus direitos, nem assumir obrigações. Isso não significa que não possa ser titular de bens, direitos e obrigações.

O impedimento é pessoal, porquanto, ressalte-se, se devidamente representados, os absolutamente incapazes podem adquirir direitos e deveres. Ou seja, para tal prática a pessoa tem de ter um representante, que no caso não é um representante voluntariamente escolhido pelo representado, mas um representante legal, que é especificado pela lei, ou nomeado judicialmente.

Analisaremos a seguir a incapacidade absoluta prevista no inciso I, que versa sobre os menores de 16 anos.

Em quase todos os sistemas jurídicos existe restrição de capacidade aos menores de idade. O que varia é o limite de idade; mas os sistemas ao restringirem a capacidade visam preservar os menores, pois sua inexperiência e desconhecimento podem ser motivo de exploração pelos que têm mais experiência e melhores condições culturais e econômicas. Trata-se de uma restrição relacionada ao amadurecimento do menor de 16 anos.

À evidência que nem todos os menores têm o desenvolvimento intelectual, negocial, econômico só a partir da maioridade; o sistema jurídico presume que com a maioridade a pessoa tenha adquirido a capacidade e a maturidade suficientes para praticar os atos da vida civil.

Assim, conforme estabelece o art. 1.702 do Código Civil, compete aos pais a representação do menor de 16 anos.

Para os casos excepcionais, o sistema admite uma antecipação, através da emancipação (art. 5º, parágrafo único, I). A emancipação, na sua forma mais comum, é outorgada pelos pais, mediante escritura pública. Trata-se de outorga de efeitos permanentes, não podendo ser revogada. Outras circunstâncias, no nosso sistema, ensejam também a caracterização da emancipação, tais como o casamento (art. 5º, parágrafo único, II), o exercício de emprego público efetivo (art. 5º, parágrafo único, III), a colação de grau em curso de nível superior (art. 5º, parágrafo único, IV), e o estabelecimento negocial com economia própria (art. 5º, parágrafo único, V).

Muito embora na segunda metade do século XX haja ocorrido a Declaração Universal dos Direitos dos Idosos, a par da Declaração dos Direitos Universais da Infância e da Juventude, não há qualquer restrição à capacidade para a prática de atos da vida civil por parte dos idosos. Idade em si não é causa de incapacidade.

Já o inciso II do art. 3º passou por acentuadas mudanças. A redação anterior — “os loucos de todo o gênero” — sempre foi alvo de críticas, principalmente por parte dos especialistas em medicina. Essa expressão não abrangia todas as formas de alienação mental.

Interessante citarmos as colocações de Miguel Reale sobre as mudanças ocorridas nas disposições acerca da pessoa física: “(...) tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre capacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, afinal, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre ‘enfermidade ou retardamento mental’ e ‘fraqueza da mente’, determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a relativa”.

Neste caso, o absolutamente incapaz passará por processo de interdição, sendo, a partir de então, representado por um curador, conforme estabelecido nos arts. 1.767 e seguintes deste Código. Ressalte-se que a interdição, tanto nos casos de incapacidade absoluta como nos de relativa, será inscrita em registro público (art. 9º, III, deste Código Civil).

Sobre o assunto ora debatido, é conveniente que citemos Pietro Perlingieri, professor da Universidade de Salerno, em seu livro *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. O renomado professor afirma que a estrutura humana é constituída por seus perfis físico e psíquico, sendo que este último pode ser disposto em razão de sérios e ponderados motivos de saúde.

Alerta o referido autor para a importância de que o legislador, ao regulamentar a situação do deficiente, evite fazê-lo de forma rígida, considerando as diferentes origens dessa deficiência, as possibilidades de graduação e de qualidade da insuficiência mental.

Interessante a colocação de Perlingieri sobre a derrogação do princípio da igualdade, consagrado no art. 3º, § 1º, da Constituição italiana e, analogamente, no *caput* do art. 5º de nossa Lei Magna, tendo em vista a insuficiência mental como justificativa da limitação da capacidade ou da própria incapacidade.

Sobre o instituto da interdição, o professor italiano alerta sobre a

necessidade de um redimensionamento, pois o deficiente/enfermo mental deve ter seus direitos fundamentais e suas escolhas pessoais reconhecidas: “Cosi l’interdizione assume davvero una funzione meramente protettiva senza essere sanzionatoria e inutilmente restrittiva”.

Ou seja, o enfermo ou portador de retardo mental é privado do livre e pessoal exercício da capacidade de fato, mas não pode ser excluído da sociedade. Concordamos com a opinião acima mencionada. Cremos que essa privação deva ter caráter protetivo e não punitivo. São necessários meios legais e extralegais que busquem a inserção ou a reinserção do deficiente na sociedade.

É necessário ressaltar que será considerado absolutamente incapaz somente o deficiente/enfermo mental que não possuir o necessário discernimento para a prática de atos civis. Neste momento, convém relembrarmos que *discernir* significa conhecer bem, avaliar, medir, apreciar.

O inciso III trata da incapacidade absoluta dos que não podem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória. Da mesma forma que ocorre com as situações relacionadas ao inciso anterior, a incapacidade aqui referida tem início com um processo de interdição que passa a produzir efeitos através da sentença declaratória dessa situação, conforme estabelece o art. 1.773.

De maneira geral, o legislador pretendeu englobar aqui todos os que, impedidos de exprimirem a sua vontade, encontram-se em situação equiparável à alienação mental. Quem não exprime sua vontade está inapto a recolher do meio em que vive os fatores que o habilitem à necessária integração jurídica.

Oportunas as palavras de Silvio Rodrigues ao comentar o porquê da impossibilidade de expressão ser considerada causa ensejadora de incapacidade absoluta: “Se o ato jurídico é o ato da vontade humana a que a lei empresta efeitos jurídicos, é evidente que as pessoas que não podem transmitir sua vontade são inaptas para praticarem atos jurídicos”.

No mesmo sentido pondera Agostinho Alvim: “O direito não dá valor à vontade não expressada, à mera cogitação”.

Assim, não importa o motivo, o que determinará a capacidade absoluta, no caso deste inciso, será a possibilidade de expressão da vontade. Não há de se falar em surdos e mudos ou de cegos. Qualquer pessoa que possua um motivo, seja este transitório ou permanente, impeditivo de realizar a manifestação de sua vontade será considerada absolutamente incapaz.

São exemplos de situações que se enquadram neste inciso as relacionadas a pacientes que se encontrem em estado de coma. Apesar de não se encaixarem nem no inciso I tampouco no II, naquele momento, por estarem na UTI, encontram-se impedidos de manifestar suas vontades, precisando de representação para a prática de atos civis.

É muito importante que, neste momento, suscitemos as situações dos surdos-mudos e dos ausentes, tendo em vista que ambos eram considerados como incapazes absolutos pelo Código Civil de 1916.

Sobre os surdos-mudos, a situação é bastante polêmica e diferentes são os posicionamentos doutrinários.

Para Miguel Reale, os surdos-mudos, com este novo Código, são considerados como relativamente capazes: “Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes, não só os surdos-mudos, mas todos ‘os excepcionais sem desenvolvimento mental completo’”. Para o nobre jurista, os surdos-mudos têm sua capacidade regida pelo inciso III do art. 4º.

Mas essa posição é polêmica e não unânime. Agostinho Alvim, ao comentar o Projeto de Código Civil de 1965, deixa claro que, de seu ponto de vista, o legislador, ao deixar de destacar a situação dos surdos-mudos, passou a enquadrá-la dentro do inciso II do presente artigo: enfermidade.

Caio Mário da Silva Pereira comenta sobre os surdos-mudos: “O projeto do Código Civil, aprovado na Câmara dos Deputados em 1983, aboliu a incapacidade absoluta dos surdos-mudos. Aditou, porém, os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade”.

Entendemos que com o avanço dos tempos e dos meios que propiciaram aos surdos-mudos a sociabilização, não há como enquadrá-los como incapazes. Mas os que não puderem expressar sua vontade devem ser considerados como absolutamente incapazes, com fulcro no inciso III deste art. 3º.

Assim, o importante é que a vontade seja comunicada. O ato jurídico exige a exteriorização eficiente da vontade, seja esta exteriorização feita por palavras, por escrito ou mesmo por sinais, e que possam ser entendidas pelo receptor.

Já com relação ao ausente, a doutrina não diverge, pois sempre entendeu como errônea a sua classificação como absolutamente incapaz.

Comenta Moreira Alves, em *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: “Omite-se a alusão aos ausentes como absolutamente incapazes visto que, em verdade, não o são, tanto que gozam de plena capacidade de fato no lugar onde eventualmente se encontrem”.

Considerar a ausência como incapacidade era um erro, pois, assim que o ausente retornasse, seria cessada essa incapacidade. O procedimento que ocorria e as medidas diziam respeito à proteção dos bens do ausente, e não sobre toda sua vida civil.

Seguindo essa linha, como mais adiante comentaremos, o legislador do presente Código, no Capítulo III da Parte Geral (“Da ausência”), alterou a denominação da Seção I — “Da curadoria de ausentes” para “Da curadoria dos bens do ausente” (arts. 22 a 25 deste Código).

***Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:***

***I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;***

***II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência***

*mental, tenham o discernimento reduzido;*

*III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;*

*IV - os pródigos.*

*Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:*

*I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156);*

*II - os pródigos;*

*III - os silvícolas.*

*Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** *Vide comentários relacionados ao artigo anterior. O Código Civil paraguaio, em seu art. 38, considera relativamente incapazes os menores entre 14 e 20 anos e os que forem judicialmente declarados como tal. O Código Civil alemão fala, em seu § 114, em capacidade de negócio limitada, ou seja, compara ao menor de 7 anos os fracos de espírito em virtude de embriaguez ou prodigalidade. O Código Civil italiano, em seu art. 415, trata dos que podem ser inabilitados, considerando assim os doentes mentais de estado não muito grave, o pródigo e o alcoólatra. O ordenamento civil suíço, em seu art. 370, estabelece que toda pessoa maior de idade, que por prodigalidade, embriaguez habitual, má conduta, ou pelo modo da sua administração patrimonial exponha a si ou a sua família ao risco de um estado de necessidade ou de pobreza, necessite de permanente assistência e cuidados, ou ponha em risco a segurança alheia, ficará sob tutela. O Código Civil francês, art. 513, trata especialmente dos pródigos e dos atos nos quais este é proibido se agir sem seu acessor judicial. Citamos, ainda, os arts. 442 a 455 do Código Civil chileno.*

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. AMARAL, Francisco. *Direito civil*; introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*; teoria geral do direito civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1997. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

**COMENTÁRIOS:** A incapacidade relativa tratada neste artigo diz respeito a um patamar médio entre a incapacidade absoluta e o livre exercício dos direitos civis. Os relativamente incapazes não podem exercer plenamente as atividades civis, mas também não são privados de participar dos atos e negócios jurídicos que envolvam seus interesses.

O incapaz aqui tratado precisa, para agir civilmente, estar assistido, e essa assistência ocorre em virtude do parentesco ou por meio de ordem judicial.

O art. 170, I, deste Código estabelece que o negócio jurídico realizado por relativamente incapaz é anulável. No entanto, os atos por ele praticados são passíveis de ratificação ou de confirmação se não comprometerem direito de terceiro (art. 172). Havendo prejuízo, o lesado deve ter a iniciativa de buscar a anulação desse negócio.

Nota-se claramente que não se trata de privação da vida civil, já que a realização de negócios jurídicos é praticada de maneira direta pelo relativamente incapaz, assistido por alguém legal ou judicialmente competente para tal ofício.

A principal mudança ocorrida no inciso I diz respeito à diminuição da idade ensejadora da maioridade plena. O Código Civil de 1916 considerava relativamente incapaz o menor entre 16 e 21 anos. Sem dúvida, a mudança para 18 anos é uma das mais polêmicas que envolvem este ordenamento civil, a qual comentaremos detalhadamente por ocasião do art. 5º.

O legislador estabeleceu que a partir dos 16 anos a pessoa já tem

discernimento o bastante para manifestar sua vontade e participar dos atos nos quais estejam seus interesses envolvidos. Mas não se encontra ainda, tal discernimento, em seu grau pleno e suficiente, razão pela qual o menor deve agir assistido por seus pais ou tutor (arts. 1.646, V, e 1.740).

Ressalte-se que essa incapacidade relativa não pode ser usada pelo menor como meio de eximir-se da obrigação ou de ato jurídico celebrado. Se o incapaz agiu dolosamente, escondendo sua idade, espontaneamente declarando-se maior, deverá responder pela obrigação assumida, nos moldes estabelecidos pelo art. 179 deste Código. No entanto, caso o menor tenha agido de boa-fé, sem malícias, o ato civil poderá ser anulado.

A lei traz várias situações nas quais o menor relativamente incapaz age independentemente de assistência, visto que, dentre outras coisas, é-lhe permitido: aceitar mandato (art. 665); ser testemunha (art. 228); ser eleitor (Código Eleitoral, art. 4º, e CF, art. 14, § 1º, I).

As demais situações de capacidade relativa previstas neste artigo gerarão um processo de interdição, até que a pessoa envolvida seja assim declarada. Essa interdição, assim como a relacionada aos casos dos absolutamente incapazes, previstas no artigo anterior (3º), deverá ser inscrita em registro público, seguindo-se o que determina o art. 9º, III, do Código Civil.

O processo de interdição e o instituto da curatela aparecem previstos nos arts. 1.779 e seguintes deste Código, e serão oportunamente analisados.

Com relação ao inciso II, o rol dos relativamente incapazes foi ampliado, pois são assim considerados também os ébrios habituais, os toxicômanos e os deficientes mentais que tenham reduzido grau de discernimento mental, diferentemente do Código anterior.

A lei distingue claramente os que “por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos civis” e os “deficientes mentais com discernimento reduzido”. Os primeiros são privados da prática pessoal dos atos da vida civil; são absolutamente incapazes. Os enunciados neste artigo têm sua capacidade de discernimento comprometida por certa deficiência, mas podem, desde que assistidos, agir civilmente.

Sobre os toxicômanos e ébrios habituais, é interessante colocarmos que, mesmo antes das mudanças trazidas por este Código, boa parte da doutrina já os considerava relativamente incapazes em virtude do disposto no Decreto n. 891, de 1938.

A supramencionada norma trata da fiscalização de entorpecentes e considera a toxicomania ou a intoxicação habitual como doença de notificação compulsória e passível de interdição judicial.

No art. 29 do Decreto n. 891 ocorre a equiparação dos toxicômanos aos intoxicados habitualmente por inebriantes ou bebidas alcoólicas em geral. Assim, nota-se que esta norma regula tanto os viciados em tóxico como os ébrios.

Mas, com relação à capacidade civil, é interessante que transcrevamos o disposto no art. 30, § 5º, do referido decreto.

“A interdição limitada importa na equiparação do interdito aos

relativamente incapazes, assim como a interdição plena o equipara aos absolutamente incapazes, respectivamente, na forma dos arts. 5<sup>o</sup> e 6<sup>o</sup> do Código Civil” de 1916.

Desta feita, conclui-se que a capacidade civil dos toxicômanos e dos ébrios habituais já havia sido tratada, e agora, com o presente inciso II do art. 4<sup>o</sup>, passam eles a ser considerados explicitamente como relativamente incapazes.

No inciso III, é feita a distinção entre os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Ou seja, aqueles que, apesar de não terem realizado o ciclo completo de formação mental, podem, assistidos por um curador, envolver-se em questões civis.

Quanto à presença dos pródigos neste artigo, não houve inovação legislativa, visto que já eram considerados relativamente incapazes pelo Código anterior.

Trata-se de uma restrição à capacidade daquele que desordenadamente dilapida seu patrimônio. A privação, neste caso, refere-se a atos relacionados exclusivamente com o patrimônio do pródigo.

De acordo com o disposto no art. 1.767, V, para certos atos serem exercidos pelo pródigo, ele precisa estar assistido por um curador. Destaque-se que a lei é clara ao estipular quais são os atos carecedores de assistência: emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar e ser demandado (art. 1.782).

Atos que não envolvam nem comprometam seu patrimônio podem livremente ser praticados pelos pródigos.

Sobre o parágrafo único são necessárias certas considerações. O Código Civil de 1916 estabelecia que os silvícolas ficariam sujeitos aos regulamentos especiais e ao regime tutelar, ou seja, regulava a capacidade civil dos índios até o momento em que pudessem ser considerados como adaptados à civilização.

Neste novo Código, o legislador absteve-se de regular a capacidade dos silvícolas (termo que substituiu por “índios”), delegando, expressamente, tal função às legislações especiais.

A opção foi a correta. Como bem ponderou o professor Miguel Reale (*O Projeto do novo Código Civil*), deve-se ter em mente que o presente Código é a constituição do homem comum. Não há como se conceber um Código Civil como se estivéssemos tratando de uma legislação de caráter particular. Ressaltem-se as palavras do mencionado mestre: “O Código Civil é a ‘legislação matriz’ e a partir dele se constituem os ‘ordenamentos normativos especiais’”.

Conclui-se que a situação dos silvícolas é efetivamente diversa da geral da população brasileira, devendo ser tratada por legislação especial, que atenderá às particularidades e especificidades dos indígenas, sob pena de submetê-los a regime iníquo.

Sobre o término da capacidade relativa é necessário salientarmos que se dá quando, em regra, desaparecem as causas que a determinaram. Assim, o pródigo, o toxicômano, o ébrio, quando efetivamente tratados, voltam a gozar de suas capacidades absolutas.

É conveniente também que se refira a certas situações que muitos tendem a confundir, e considerar como causas ensejadoras da incapacidade relativa.

A primeira diz respeito aos cegos. A situação deles não gera qualquer obstáculo no que concerne à manifestação de sua vontade nem tampouco pode ser considerada como debilidade mental. Ocorre apenas a limitação para alguns atos, como, por exemplo, ser testemunha quando a ciência do fato que se quer provar dependa do sentido que lhe falta, no caso a visão (art. 228), do que decorre, também, a imposição protetiva de que só possam testar publicamente (art. 1.817).

A situação dos presos também não é causa de incapacidade civil, pois o encarcerado sofre restrição tão-só na sua liberdade de locomoção. É apenas a liberdade de ir e vir da pessoa presa em flagrante ou condenada judicialmente que sofre limitações, não sua capacidade de entendimento, percepção e comunicação.

Por fim, comentaremos a situação do falido. As restrições a ele impostas são exclusivamente de ordem negocial patrimonial, relacionadas aos atos, direitos e obrigações que tenham por objeto ou afetem a massa falida. Caso o falido pratique esses atos, estarão eles sujeitos à nulidade, independentemente de prova de prejuízo; é assim que dispõe o § 1º do art. 40 da Lei de Falências. Os demais atos relacionados à sua vida civil podem ser livremente executados pelo falido.

Importa aludir à distinção necessária entre as hipóteses de incapacidade relativa do plano civil da imputabilidade atinente ao campo normativo penal, referidas nos arts. 3º e 4º deste Código.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (*Manual de direito penal*), a imputabilidade criminal é definida como a aptidão para ser culpável.

O Código Penal exclui a imputabilidade e, em consequência, a culpabilidade nos casos de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade (desenvolvimento mental presumidamente incompleto) e a embriaguez fortuita (arts. 26 e 27).

É interessante destacarmos que a lei penal só considera inimputável aquele que no tempo da conduta era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, conferindo tratamento diferenciado da matéria em relação ao direito civil, o que é natural em razão da destinação das legislações e dos valores diretamente protegidos em cada hipótese.

***Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.***

***Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:***

***I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;***

***II - pelo casamento;***

***III - pelo exercício de emprego público efetivo;***

*IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;*

*V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 9º Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.*

*§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade:*

*I - por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos;*

*II - pelo casamento;*

*III - pelo exercício de emprego público efetivo;*

*IV - pela colação de grau científico em curso de ensino superior;*

*V - pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.*

*§ 2º Para efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 (dezoito) anos de idade.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 3º a 5º; Código Civil suíço, art. 15; Código Civil português, arts. 130º a 133º e 1.649º; Código Civil francês, arts. 447 e 476 a 487; Código Civil italiano, arts. 390 a 397; Código Civil argentino, arts. 128 a 139; Código Civil paraguaio, arts. 36 a 41; Código Civil de Quebec, arts. 167 a 176; e Código Civil russo, art. 27.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. CAHALI, Yussef Said. *Casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio

de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 1987. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v.1.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo trata do fim da capacidade civil, ou seja, do momento em que a pessoa atinge a capacidade absoluta para a prática de todos os atos da vida civil.

Sem dúvida, o *caput* deste artigo e seu conteúdo são um dos pontos mais polêmicos deste novo ordenamento, visto que a idade mínima para alcançar a maioridade foi reduzida para 18 anos, três a menos do que estabelecia o Código Civil de 1916.

Ressalte-se que o texto original do projeto deste Código mantinha 21 anos, mas a Emenda n. 1 do Senado Federal ensejou a mudança, que foi aprovada.

Para justificar a referida diminuição, o parecer do Senado alegou a tendência mundial no sentido de fixar a maioridade civil em 18 anos, bem como várias disposições da lei brasileira que já davam responsabilidade a este menor. Citem-se os seguintes exemplos: a imputabilidade penal aos menores de 18 anos (Código Penal, art. 27); considerar obrigatórios o alistamento militar e o exercício do voto aos 18 anos (Constituição Federal, art. 14, § 1º, I), a elegibilidade para o cargo de vereador aos 18 anos, dentre outros.

O principal argumento dos que defenderam a diminuição etária é a busca de uniformidade. Fica clara a intenção do legislador em fazer coincidir as capacidades política, penal, eleitoral e civil.

Como último argumento, alegam ainda a influência dos veículos de comunicação, os quais transmitem permanentemente conhecimentos e informações às pessoas, ampliando seu poder de discriminação dos fatos.

Mas tal alteração não foi bem aceita por todos. José Carlos Moreira Alves, encarregado da reforma da Parte Geral do Código Civil de 1916, declarou-se manifestamente contrário à estipulação dos 18 anos como idade ensejadora da maioridade civil. Em seu livro *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro* reconhece que a grande maioria das legislações modernas reduziu o limite de idade em matéria de capacidade de fato, mas contrapõe: “penso que a capacidade é um instituto de proteção e não visa senão a tutela dos interesses daquele que é lançado na vida das relações jurídicas”.

Na mesma linha, comentando o Projeto de Código de 1965, Agostinho Alvim considerava 18 anos uma idade prematura, pois, de seu ponto de vista, o

que deve importar é o amadurecimento e não a cultura do indivíduo.

Em que pese a autoridade dos autores referidos, não me parece que a redução atue contra a proteção dos que a merecem. Não se trata de ter uma juventude apenas mais informada culturalmente, mas sim de ter uma juventude atual muito mais vivida nos aspectos positivos e negativos da vida.

São jovens cuja formação ocorre em uma velocidade muito grande, fazendo com que não se tenha mais a mesma inocência de tempos atrás.

A malícia está muito mais presente hoje do que se gostaria que estivesse, mas o legislador não elabora normas pensando no que gostaria que fosse a realidade, mas, sim, no que é a realidade.

O incrível volume e velocidade de informações, aliado à violência e promiscuidade das relações sociais, não pode deixar de “amadurecer” mais rapidamente o jovem atual, o que justifica alcançar-se a capacidade mais cedo do que antigamente.

No parágrafo único e seus incisos estão previstas as hipóteses de cessação da incapacidade do menor, antes de atingir os 18 anos. Ou seja, dos casos de emancipação, que consiste na aquisição da capacidade civil absoluta antes da idade legalmente prevista.

O elenco das hipóteses previstas neste parágrafo único é taxativo, não sendo admissíveis quaisquer outras causas, nem por analogia ou outro recurso de interpretação.

Importante salientarmos que, acontecida qualquer uma das cinco situações elencadas, a incapacidade cessa e a pessoa emancipada fica em idêntica situação à do que já adquiriu a maioridade, por haver completado 18 anos.

No parágrafo único, vemos que o inciso I trata da emancipação direta pelos genitores, mediante instrumento público, ou por sentença judicial se o menor estiver tutelado. Em ambas as situações, exige-se que o menor tenha pelo menos 16 anos de idade.

Com tal redação, no tocante aos genitores, o Código Civil ficou conforme com o disposto no § 5º do art. 226 da Constituição Federal, o qual estabelece a igualdade entre os cônjuges. Assim, fica claro que o ato de conceder a emancipação ao filho menor é conjunto dos pais e não exclusivo do genitor masculino, como dispunha o Código de 1916.

A possibilidade da emancipação por só um dos genitores se dá quando da ausência do outro, ou de sua inexistência, quer pela morte natural, quer pela presumida, mas declarada. Não se pode deixar de admitir hipótese de pleito de um dos genitores, ainda que não tenha ocorrido a declaração judicial da morte, isto é, desde que haja sido reconhecida a ausência, e seja do interesse do emancipado.

A concessão prevista na primeira parte deste inciso I é feita por meio de instrumento público, conforme estabelece o art. 9º, II, deste Código Civil. Já a emancipação através de sentença judicial ocorre quando o menor, com 16 anos completos, estiver sob tutela e ele próprio a requerer ao juiz, que a concederá

depois de ouvir o tutor, caso entenda que o tutelado já está em condições de ser declarado absolutamente capaz.

Uma vez concedida a emancipação, não mais pode ser revogada. Sobre essa conseqüência comentava Orlando Gomes: “A emancipação uma vez concedida torna-se irrevogável. Mas, em certas circunstâncias, seria prudente permitir-se a cassação do ato, por iniciativa dos próprios pais, mas efetivada por sentença judicial”.

No inciso II, temos a emancipação ocasionada pelo casamento. Esta causa é idêntica à já prevista no Código de 1916. Não é razoável que alguém constitua uma nova família e ao mesmo tempo permaneça submetido à autoridade de outrem, em outra família.

O art. 1.517 deste ordenamento civil é claro ao estabelecer a idade mínima aos nubentes: 16 anos, sem qualquer diferenciação de sexo. Tal dispositivo requer a autorização de ambos os pais do menor que estiver contraindo casamento, estando também consoante com o disposto no § 5º do art. 226 da Constituição Federal, quanto à dupla vontade dos dotados de iguais direitos.

Ocorrendo a viuvez, o divórcio ou a separação judicial, o menor não regressa à condição de incapaz, o que é lógico, pois o casamento tendo sido celebrado levou à maioridade. A alteração posterior do estado civil não interfere na maioridade já adquirida, posto que por efeito do casamento.

Com relação ao casamento putativo, que é o que decorre de celebração viciada, mas celebrado de boa-fé, por ambos os cônjuges, ou ao menos por um, e de que possa sobrevir prole, quanto a estes (filhos) e ao de boa-fé, incidirão todos os efeitos do casamento válido, inclusive a cessação de incapacidade. Esta era a posição de Clóvis analisando o art. 221 do Código de 1916, bem como de Yussef Said Cahali (*Casamento putativo*, p. 128).

Pontes de Miranda, e os que o acompanham, entende que a nulidade do casamento implica inexistir capacidade remanescente. Ou seja, que a anulação do casamento teria efeito de inexistência, daí não se poder falar em capacidade. Tal posição é minoritária. Para a maioria da doutrina, na vigência do Código de 1916, a anulação do casamento não desfaz a capacidade adquirida.

É de lembrar que a teoria das nulidades no Direito em geral difere, em muito, da teoria das nulidades no Direito de Família, em que certos atos, dados por nulos, produzem efeitos concretos e reconhecidos no Direito, como até no plano fático, sendo, portanto, efeitos válidos. Bem por isso a lei já excepcionou o casamento putativo.

Quanto ao mundo dos negócios jurídicos devem-se ressaltar sempre os terceiros de boa-fé, sob pena de se afetar a segurança dos negócios. De outra parte há que se reconhecer que quem já se aventurou, ou desventurou, num casamento não carece do mínimo de experiência para a vida em sociedade, razão pela qual não aceitamos o retorno à incapacidade.

Ademais, se a anulação do casamento pode ser pleiteada pelo próprio cônjuge, como justificar a sua capacidade, que deixaria de existir caso procedente a ação? Capacidade para gerar a incapacidade? É um contra-senso, *data venia*.

A terceira causa ensejadora da maioria absoluta é a relacionada ao exercício de emprego público efetivo. Mantiveram-se os moldes já estabelecidos pelo Código Civil de 1916.

Devemos destacar que, apesar da distinção existente na doutrina administrativista sobre as várias espécies de agentes públicos, dentre os quais se encontram os que exercem emprego público, têm-se admitido, para efeitos deste artigo, também a dos exercentes de cargos e funções públicas.

A Constituição Federal traz, em seu art. 37, I, a indicação de que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, sempre na forma da lei.

A nossa Lei Magna é clara ao estipular que só exercerão emprego, cargo ou função pública os que preencherem os requisitos estabelecidos em lei. Essa observação é muito importante para a análise deste inciso III do Código Civil, pois muitas vezes ter 18 anos já aparece como exigência legal.

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente.

O conceito de cargo aparece relacionado ao funcionário público, vinculado ao Estado pelo regime estatutário. Mas, com a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, ou seja, com base na CLT, a expressão “emprego público” também passou a ser usada para designar os servidores públicos.

Enquanto os ocupantes de cargo público possuem vínculo estatutário com o Estado, os empregados públicos estão vinculados por meio de um contrato regido pela CLT.

E, por fim, cumpre-nos caracterizar a função pública, principalmente por seu conteúdo residual, ou seja, é o conjunto de atribuições que não correspondem a um cargo ou emprego.

Assim, com relação ao disposto no inciso III deste art. 5º do Código Civil, podemos concluir que não há diferenciação entre empregos públicos estaduais, municipais ou federais.

Com a tendência crescente de que o ingresso na carreira pública deve dar-se mediante concurso, a operacionalidade do artigo fica altamente comprometida, já que a legislação para os concursos traz exigências que estarão além do limite de faixa etária, tais como a de ser eleitor em dia com seus deveres, a de prestação do serviço militar, exceto, é evidente, quanto aos integrantes da carreira militar.

O inciso IV, que estabelece a aquisição da maioria plena em virtude de colação de grau em curso de ensino superior, por ocasião da vigência do Código de 1916, já era considerado obsoleto. Consideravam os doutrinadores praticamente impossível alguém colar grau antes dos 21 anos de idade.

Neste novo ordenamento, com a maioria plena fixada em 18 anos, a situação prevista neste inciso fica mais difícil de acontecer. É verdade que hoje

em dia o ensino de 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> grau, juntos, dura quinze anos, e, por menor que seja a duração do curso superior, é praticamente impossível, fática e juridicamente, alguém graduar-se antes dos 18 anos. Mas, como a legislação educacional vigente não faz exigência qualquer quanto ao limite etário, pode, como já ocorreu, um jovem com dotes especiais ingressar em curso superior ainda adolescente. Mesmo assim, a conclusão antes dos 18 anos não será de tal intensidade que mereça disposição de lei geral como o Código Civil.

O inciso V foi ampliado em relação ao seu equivalente no Código de 1916, pois, agora, não só o fato de o menor entre 16 e 18 anos ter condição de estabelecer-se civil ou comercialmente, portanto como empresário, mas também seu vínculo em relação de trabalho assalariado, de emprego regular e que permita auto-sustento, são causas de emancipação.

É de lembrar que estabelecimento comercial é conceito advindo do antigo sistema de Direito Civil, superado com o presente Código, que introduz a figura da empresa, em superação ao estático de estabelecimento. Estabelecimento é conceito que se liga ao complexo de bens reunidos pelo comerciante para o desenvolvimento de sua atividade.

Assim, caso um menor entre 16 e 18 anos tenha a reunião de bens necessários ao desenvolvimento da atividade comercial, sofrerá os efeitos da emancipação. Ponderava, à luz do Código de 1916, Silvio Rodrigues que o principal objetivo dessa disposição é proteger as pessoas que de “boa-fé” estabelecem relações comerciais com o menor. Diversamente, para Maria Helena Diniz, este inciso é fruto do amadurecimento e experiência do menor, sendo ilógico que para cada ato seu houvesse uma autorização paterna.

São necessários alguns esclarecimentos com relação à possibilidade de emancipação do menor com 16 anos se este mantiver relação de emprego garantidora de seu sustento, inovação trazida pelo inciso V do art. 5<sup>o</sup> do Código.

Não é qualquer relação de trabalho que ensejará a maioridade plena, mas apenas aquela exercida regularmente e que permita a auto-subsistência, daí a importância de a caracterizarmos bem.

A relação de emprego resulta de um contrato; logo, trata-se de um negócio jurídico que nasce pela manifestação de vontade das partes. Ninguém é empregado ou empregador sem a manifestação dessa vontade, formada e declarada sem vícios.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, para o menor entre 16 e 18 anos ser considerado envolvido numa relação de emprego e, em função desta, possuir economia própria, é necessário que sua relação com o empregador possua as seguintes características: 1<sup>a</sup>) pessoalidade, ou seja, é ele, o empregado, pessoa física, quem está vinculado; 2<sup>a</sup>) não-eventualidade, que implica que o empregado preste serviços de forma constante e regular; 3<sup>a</sup>) subordinação hierárquica, ou jurídica, ao empregador; e, por fim, 4<sup>a</sup>) onerosidade decorrente da contraprestação, excluindo-se a hipótese de gratuidade.

Convém lembrar que os arts. 402 e 403 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), após as alterações realizadas pela Lei n. 10.097/2000, vedam a realização de qualquer trabalho aos menores de 16 anos e permitem apenas, ao

menor entre 14 e 18 anos, a participação em trabalhos na condição de aprendiz, condição que evidentemente não enseja pretensão de enquadramento no dispositivo em exame.

Ratifica-se, após o exame de todas as hipóteses, que a emancipação é irrevogável e, uma vez outorgada, habilita o beneficiado para os atos da vida civil, como se tivesse atingido a maioridade.

**Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 10. A existência da pessoa natural termina com a morte. Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Com o advento da Lei do Desaparecimento, em 4-7-1939, e da Lei de Igualdade de Direitos, em 18-6-1957, o Código alemão passou a tratar do fim da pessoa natural somente no Livro das Sucessões; Código português, art. 68º; Código suíço, arts. 31, 32 e 34; Código Civil espanhol, arts. 32 e 34; o Código Civil italiano não fala expressamente do término da personalidade da pessoa física (*Título I — Delle persone fisiche*), tratando somente da comoriência (art. 4) e da morte presumida (*Título IV — Dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*); Código Civil argentino, arts. 103 a 109 (*Título VII — Fin de la existencia de las personas*); Código Civil francês, arts. 77-92 (“dos termos do óbito”); Código Civil paraguaio, art. 35; Código Civil russo, art. 46.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Livr. Martins Ed., 1972. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil*

*brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** A redação deste dispositivo manteve-se praticamente inalterada se comparada à do artigo equivalente no Código Civil de 1916. Trata do fim da personalidade jurídica da pessoa humana, seja em virtude de sua morte, seja pela presunção da ocorrência desta no caso da ausência.

A personalidade, que tem origem com a forma inicial de vida (art. 4º), termina com a morte. Mas devemos ressaltar que a morte aqui referida é a cessação dos sinais vitais naturais, que vêm a ser objeto de reconhecimento médico e acabam constando de registro civil. Não tem sido admitida, portanto, a denominada morte cerebral.

Por outro lado, no curso da história, o Direito foi deixando de admitir outras formas de morte civil que foram aceitas no passado. Nos primórdios do Direito Romano, quando se tinha os três *status*, a situação era diferente. Havia o *status civitatis*, o *status libertatis* e o *status familiae*. Quando ocorria a perda do *status libertatis*, com a redução à condição de escravo, o indivíduo perdia a personalidade, ou seja, a aptidão para ser titular de direitos. Os escravos tinham sua personalidade cessada através da *capitis diminutio maxima*.

No sistema moderno não se admite a perda da personalidade, em vida. No caso brasileiro, há autores como Maria Helena Diniz e Sílvio de Salvo Venosa que alegam a presença de resquícios da referida morte civil. Para os mencionados autores, a situação prevista agora nos arts. 1.814 e seguintes deste Código (art. 1.599 do CC de 1916) é um forte exemplo disso, pois estabelece que os excluídos da herança por indignidade são considerados mortos, e seus descendentes sucederão normalmente.

Caio Mário da Silva Pereira entende que nosso Direito atual não reconhece qualquer hipótese de perda da personalidade em vida. Para ele, nem mesmo a cassação dos direitos políticos, prevista no art. 15 da Constituição Federal, pode ser alegada como hipótese de perda do referido direito.

A posição de Caio Mário nos parece que deve prevalecer. Uma coisa é deixar de ser titular de direitos sucessórios, ou de direitos políticos, outra, muito mais ampla e inviável de ser suprimida, é a personalidade.

Mesmo que se admitam efeitos para além da morte, como no caso das disposições testamentárias, não podem eles ser considerados como decorrentes de personalidade existente, mas única e exclusivamente da ultra-atividade das disposições para além da morte.

São inúmeras as hipóteses de consequências civis terminativas de relações jurídicas, contratos e até mesmo obrigações, decorrentes da morte. Como exemplos destacamos: o art. 607, o qual prevê que o contrato de prestação de serviços acaba com o falecimento de qualquer das partes; o inciso II do art. 682, que dispõe sobre a cessação do mandato pela morte de uma das partes; o art.

1.571, que estabelece o fim da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, e várias outras.

A morte é provada legalmente pela certidão da lavratura do assento do óbito, extraída dos livros do Registro Público, conforme estabelece o inciso II do art. 9º deste Código e os arts. 77 e seguintes da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Portanto, prova documental de origem pública e de emissão de agente competente.

Nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva, a morte é presumida em relação ao ausente, ou seja, à pessoa que desaparece de seu domicílio, deixando de dar notícias por um longo período de tempo.

A sentença judicial declaratória da ausência enseja a presunção da morte e deve ser registrada (art. 9º, IV). Anote-se, no entanto, que o registro é passível de retificação, pois suscetível de prova em contrário, caso reapareça o ausente.

Para a doutrina, a finalidade maior da declaração era para efeitos de abertura da sucessão. Mas deve-se observar que o reflexo imediato da declaração de ausência dá-se exatamente no âmbito da personalidade, posto que sem efetividade, impondo-se a supressão desse vácuo para a continuidade das relações jurídicas, ou o estabelecimento de outras por pessoas diretamente ligadas ao ausente.

Hodiernamente a ausência ganhou maior relevo, e pode ir muito além dos efeitos meramente sucessórios, pois vê-se, claramente, que altera as esferas de legitimidade e de capacidade do ausente, implicando a nomeação de quem legalmente o represente, em razão e em relação a terceiros, chegando-se a admitir, em diversos direitos positivos, efeitos para fins de estado civil, permitindo-se ao cônjuge supérstite que possa convolar novas núpcias.

Essa visão trouxe reflexos profundos no Código em exame por trazer o tratamento da ausência para a Parte Geral, já que relevada a importância no campo da capacidade para os atos da vida civil e negocial, enquanto no Código anterior essa matéria aparecia no Livro especial do Direito de Família.

A matéria relacionada à ausência aparece prevista neste Código nos arts. 37 a 39, sendo certo que o procedimento para o reconhecimento judicial, resultante em sentença declaratória, está previsto no Código de Processo Civil, arts. 1.161 a 1.168.

A ausência representa um mal tão grande para o Direito em geral que o sistema busca resolvê-la de maneira célere e fornecer meios para que possa prosseguir a vida dos diretamente envolvidos, quer pelos laços familiares, quer pelos negociais.

Daí por que, caso uma pessoa desapareça e não deixe notícias, qualquer interessado na sucessão de seus bens ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a declaração de sua ausência e a nomeação de um curador.

O art. 1.161 do Diploma Processual Civil estabelece que serão publicados de dois em dois meses, até perfazer um ano, sete editais chamando o ausente.

Presumida a ausência, tem início a sucessão provisória, com o inventário e a partilha dos bens do ausente. Seus herdeiros deverão administrar os bens,

dando caução real que garanta a restituição no caso de reaparecimento da pessoa.

Se o ausente regressar em dez anos, receberá seus bens no estado em que estiverem e terá direito ao preço recebido pelos herdeiros com sua venda. Mas, caso regresse após esses dez anos, não terá direito a nada (art. 1.168 do CPC).

A matéria será abordada mais especificamente nos comentários dos arts. 37 a 39.

**Art. 7º** *Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:*

*I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;*

*II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.*

**Parágrafo único.** *A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, arts. 48-73 (*Dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*, Cap. II — *Della dichiarazione di morte presunta*); Código Civil português, art. 68º, 2; Código Civil suíço, arts. 34 e 38 (“indícios de morte”); Código Civil russo, art. 45 (declaração da morte de um cidadão).

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Livr. Martins Ed., 1972. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*; parte geral. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo trata da morte presumida de maneira inovadora em relação ao Código de 1916. O ordenamento anterior só reconhecia o fim da personalidade da pessoa natural pela morte física ou pela declaração de ausência após todo um longo processo, previsto nos Códigos Civil e de Processo Civil.

Não havia outra hipótese legal de presunção de morte da pessoa natural. Com este artigo, sem dúvida, será preenchida uma falha que impedia a celeridade da presunção de morte nos casos em que tal ocorrência era indiscutível.

Já dizia Pontes de Miranda: “Se a morte é considerada como certa, ou extremamente provável posto que não se haja encontrado o cadáver, seria falha grave do sistema jurídico não conter regra que permitisse a justificação perante o juiz, com eficácia semelhante ao registro”.

Nos tempos antigos, as grandes catástrofes não envolviam tantas pessoas como as que ocorrem no mundo contemporâneo. Se já não nos bastassem os exemplos clássicos do Titanic, do incêndio do edifício Joelma etc., tivemos a loucura do ataque às torres gêmeas em Nova York, quando milhares de pessoas morreram sem possibilidade de identificação.

Impossível ao legislador antigo antever tamanhas catástrofes, que não a partir das grandes guerras, em que, assim mesmo, surpreendentemente anos após ressurgiram pessoas dadas como mortas.

O fato é que nesses eventos infaustos sabe-se quem estava no interior do mesmo, e não se pode identificar quem deixou de existir, quase que instantaneamente.

A Lei n. 6.015/73, dos Registros Públicos, prevê justamente, em seu art. 89, a justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, incêndio, inundação, terremoto e catástrofe.

Assim, com o presente Código, uma maior celeridade será dada aos casos de morte presumida, pois não há necessidade de decretação de ausência. A consequência imediata da declaração de morte é a abertura da sucessão definitiva, tal como ocorre na morte real, com a conversão em herança do patrimônio do morto presumido.

Essa situação aparece prevista em duas hipóteses: morte extremamente provável de quem esteja em perigo de vida ou no caso de os desaparecidos e prisioneiros não serem encontrados até dois anos após o término da guerra.

Ressalte-se que o parágrafo único deste artigo é claro ao estabelecer que a

morte presumida só poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, o que evidentemente não pode ser entendido fora do âmbito da razoabilidade.

Caberá ao magistrado, com base em informações e laudos relacionados à tragédia, fixar a mais provável data do falecimento, que, uma vez fixada, passa a ser o termo final e inicial em relação à personalidade do morto presumido, e das relações sucessórias.

Por fim, assim como no caso da ausência, a sentença declaratória da morte presumida também será inscrita em registro público (art. 9º, IV).

Tais registros decorrem da necessidade de se possibilitar a todos o conhecimento do fato.

**Art. 8º** *Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 11. Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 4; Código Civil português, art. 68º, 2; Código Civil francês, arts. 720 a 722; Código Civil alemão, antigo § 20; Código Civil paraguaio, art. 34; Código Civil argentino, art. 109.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Livr. Martins Ed., 1972. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

**COMENTÁRIOS:** A comoriência já merecera o tratamento positivo pelo Código Civil de 1916.

A finalidade maior do dispositivo não está numa previsão genérica para quaisquer pessoas que tenham o instante da morte simultâneo. Havendo relação de parentesco entre duas ou mais pessoas que venham a falecer em virtude de um mesmo acontecimento ou de um mesmo acidente, aí sim surge para o direito o problema de saber quem morreu antes. O interesse justifica-se pela implicância de tal fato na ordem de vocação no plano da sucessão, ou seja, na transmissão de direitos entre sucessores e sucedidos, enfim, quem tem a posição de herdeiro do outro.

A questão fática é extremamente relevante para determinar com exatidão a pré-morte, mas em casos de catástrofe, principalmente, ou grandes acidentes, fica impossível determinar quem faleceu antes, ou depois.

Conforme tenha ocorrido morte simultânea ou sucessiva, diversas e importantes serão as conseqüências sucessórias. Isso porque, com a fixação do momento de cada falecimento, surge a possibilidade de precisar qual sucessão foi aberta em primeiro lugar.

Inexistindo a comprovação documental (atestado de óbito) de qual falecimento precedeu ao outro, o jurista contará com o auxílio da prova pericial e até mesmo de outros meios, como o depoimento de testemunhas que presenciaram o acidente ou o acontecimento.

Na impossibilidade, ou persistindo a dúvida, é que necessário se faz um critério legal objetivo, como o da denominada comoriência.

Os direitos positivos, no curso da História, chegaram a estabelecer critérios em função da idade, do sexo, ou do estado civil, para decidir quem devia ser considerado como pré-morto. A legislação brasileira seguiu a linha da solução alemã, repudiando a opção feita pelo Código Civil Napoleônico, o qual prevê de forma confusa e complicada a solução das controvérsias que se relacionam ao momento de apuração da morte.

O nosso Código Civil adotou o sistema de presunção da comoriência, ou seja, da morte no mesmo momento, independentemente do sexo, idade, ou estado civil, com o que inexiste sucessão entre os mortos.

A repercussão disso dá-se tanto no âmbito do estado da pessoa como no plano sucessório.

***Art. 9º Serão registrados em registro público:***

***I - os nascimentos, casamentos e óbitos;***

***II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;***

***III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;***

***IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 12. *Serão inscritos em registro público:*

*I - os nascimentos, casamentos, separações judiciais, divórcios e óbitos;*

*II - a emancipação por outorga do pai ou mãe, ou por sentença do juiz (art. 9º, § 1º, I);*

*III - a interdição dos loucos, dos surdos-mudos e dos pródigos;*

*IV - a sentença declaratória da ausência.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil russo, art. 47; o Código Civil suíço não elenca situações em um único artigo, estando estas em artigos esparsos, como os arts. 33, 50 e 431. O mesmo se dá no Código Civil francês, em seus arts. 55 a 92 (“Dos termos de nascimento; Dos termos de casamento; Dos termos do óbito”); Código Civil de Quebec, art. 129.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado de registros públicos*. Rio de Janeiro, 1962. v. 1; *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** A inscrição em registro público dos principais fatos da vida humana evidencia a crescente necessidade da publicidade dos atos jurídicos.

A publicidade não implica que todos saibam dos atos e fatos registrados, mas sim que todos tenham possibilidade de vir a conhecer dos atos e fatos, com o que não só o princípio da segurança fica preservado, pois não se pode pretender anular atos em decorrência de ignorância do registro.

Com o registro das situações elencadas neste artigo protegem-se não só as pessoas envolvidas como também o interesse social da publicidade do estado das pessoas, o que faz com que o registro seja uma necessidade tanto de ordem pública como de ordem privada.

Arnoldo Wald lembra que muitas situações ocorrem baseadas nos dados do registro, como, por exemplo, o chamamento de recrutas para o serviço militar, a inscrição de eleitores, a incidência fiscal...

A origem da inscrição pública aparece ligada aos livros do clero católico, no século XV. Nesses registros constavam os nascimentos, os óbitos e os casamentos dos fiéis.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 22, V, estabelece como de competência privativa da União a legislação sobre registros públicos. A lei que trata desse assunto é a de n. 6.015/73.

Os registros são, como ensina Walter Ceneviva (*Lei dos Registros Públicos comentada*), de três espécies, segundo os efeitos produzidos com o registro público: a) constitutivos: o direito nasce com o registro; b) comprobatórios: com o registro se comprova a existência e a veracidade do ato em tela; e c) publicitários: o ato registrado é, na maioria das vezes, acessível a todos, sejam interessados ou não.

Cabe ressaltar que o registro público cria presunção de verdade. Ou seja, a força probante do registro não é, em geral, absoluta, pois ela permanece eficaz enquanto não for modificado o registro, ou cancelado, por meio de ação judicial que o tenha por indevido ou incorreto. Neste sentido assevera Serpa Lopes:

“A presunção de veracidade que decorre do registro do ato do estado civil se localiza no fato da realidade da declaração feita perante o oficial. Contudo, os fatos a que esta declaração se reportar estão sujeitos a uma demonstração em contrário, embora prevaleçam enquanto esta prova não se fizer uma sentença exista reconhecendo-a”.

O inciso I do art. 9º estabelece o registro público dos nascimentos (Lei n. 6.015/73, arts. 50 e s.), dos casamentos (Lei n. 6.015/73, arts. 70 e s.) e dos óbitos (Lei n. 6.015/73, arts. 77 e s.). Com relação ao Código de 1916, a alteração quanto à supressão da separação judicial e do divórcio, que passam a ser situações carentes de inscrição em registro público, deve-se ao aspecto técnico, pois são novos estados civis que devem ser averbados (v. art. 10).

Fica claro que inscrição refere-se a um registro original e a averbação, a uma alteração em registro já existente.

No que tange aos efeitos, notamos que o casamento e o nascimento produzem efeitos constitutivos, enquanto o registro de óbito ocasiona efeitos comprobatórios.

O inciso II trata do registro das emancipações (v. art. 5º deste Código),

situação prevista nos arts. 89 e seguintes da Lei de Registros Públicos. A redação deste dispositivo manteve-se inalterada em relação ao seu antecessor no Código de 1916. Já quanto aos efeitos produzidos, são de ordem comprobatória.

As situações elencadas no inciso III aparecem nos arts. 92 e seguintes da Lei n. 6.015/73. No que respeita aos efeitos produzidos, são, indubitavelmente, publicitários. A redação deste artigo é mais genérica e englobadora que a do Código antecedente, pois envolve todas as situações que ensejem casos de absoluta ou relativa incapacidade.

Por fim, o inciso IV traz como inovação o fato de abranger também as sentenças de morte presumida (v. art. 7<sup>o</sup> deste Código). Seus efeitos são publicitários, e o art. 94 da Lei de Registros Públicos trata da regulamentação do registro da ausência.

***Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:***

***I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;***

***II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;***

***III - dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil russo, art. 47; o Código Civil suíço não elenca situações em um único artigo, estando estas em artigos esparsos, como os arts. 33, 50 e 431. O mesmo ocorre no Código Civil francês, em seus arts. 55 a 92 (“Dos termos de nascimento; Dos termos de casamento; Dos termos do óbito”); Código Civil de Quebec, art. 129.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro; teoria geral do direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, s.d. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado de registros públicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** O Código de 1916 nada dispunha sobre a averbação, denominação técnica que veio a ser introduzida a partir de 1973, com a Lei n. 6.015 (arts. 97 e s.).

A averbação é mais específica que o registro; trata-se de uma anotação que se faz junto à margem de assento já existente sobre determinado fato jurídico, que o modifica ou acautela. A averbação é um acessório ao principal, no caso o registro.

Cuida-se de atividade privativa do oficial ou de funcionário autorizado, e deve ser praticada com o mesmo cuidado e atenção dispensados ao próprio registro.

Para que ocorra qualquer averbação no Registro Civil é indispensável a audiência do Ministério Público. A averbação será efetivada com base em carta de sentença, em mandado ou petição.

O inciso I trata das averbações relacionadas ao casamento. Serão averbadas: as sentenças que decretam a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal. Essas averbações ocorrerão no livro de casamento. Com exceção da hipótese do divórcio, todas as demais alterações do casamento já vinham previstas nos arts. 100 e 101 da Lei de Registros Públicos.

A figura do divórcio apareceu apenas em 1977, com a Lei n. 6.515, após a mudança do texto constitucional, visto que até então o Brasil era o único país do mundo, segundo anotava Yussef Said Cahali, que dispunha sobre a indissolubilidade do casamento em nível constitucional. Só após a Emenda n. 9, de 1977, à Constituição de 1967, é que veio a Lei do Divórcio, portanto quatro anos após a edição da Lei de Registros Públicos.

Sobre o divórcio é interessante observarmos que a redação original deste inciso, no projeto, não lhe fazia qualquer previsão, nem poderia, pois a tramitação começou em 1975, portanto existente vedação constitucional; e quando da revisão da Câmara dos Deputados, em 1985, não se fez nenhuma menção à averbação do divórcio. O Senado Federal, contudo, através da Emenda

de Revisão n. 2, preencheu a evidente omissão, de modo a ficar este inciso consoante ao que dispôs a Emenda n. 9, de 1977, à Constituição de 1967, como ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que autorizam a dissolução do casamento civil pelo divórcio.

O inciso II trata da declaração ou reconhecimento da filiação. O artigo correspondente na Lei n. 6.015/73 é o 102, mas este contém, à falta de revogação expressa, menção a “filiação ilegítima”. Fica patente que o resquício se deve ao momento do surgimento da Lei n. 6.015, ou seja, muito antes da Constituição vigente. O texto do Código refere apenas a reconhecimento de filiação, de acordo com a Constituição Federal de 1988, que proibiu a distinção entre os filhos, não havendo de se falar em legitimidade e ilegitimidade.

Essa averbação é feita no livro de nascimento no qual se deu o registro do indivíduo.

A averbação presente no inciso III também se dará no registro de nascimento, visto que a adoção altera o enquadramento familiar. A previsão da Lei n. 6.515 é a do art. 102, § 3º. A redação é idêntica, apenas houve a supressão da expressão “e os atos que a dissolverem”. Essa expressão decorre da visão da adoção de maiores prevista no Código Civil, que é passível de revogação, o que atenta contra o conceito de adoção em si, e mui particularmente com o direito da personalidade.

## *Capítulo II*

### **DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**BIBLIOGRAFIA:** ALDAZ, Carlos Martinez de Aguirre y. *El derecho civil a finales del siglo XX (la persona como centro de gravedad del derecho civil)*. Madrid: Tecnos, 1991. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FERREIRA, Manuel Alceu. “Imprensa e constituição”. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) *Situazioni esistenziali*). PINTO, Paulo da Mota. “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da

personalidade e os direitos de personalidade no direito português”. In: *A constituição concretizada*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2000. RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. TEBALDESCHI, Ivanhoe. *Soggetto di pensiero e soggetto di diritto: saggi di filosofia della persona e della dimensione giuridica*. Milano: Giuffrè, 1986. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Absolutamente inovador sobre o texto do Código antigo, abre-se um capítulo para os direitos da personalidade, estabelecendo-se não uma disciplina completa, como reivindicado por autores contemporâneos, mas de qualquer maneira o tratamento dos seus princípios fundamentais. Essa disciplina não constou do Código Civil brasileiro por uma razão: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito ou, como salienta Moreira Alves, *pelo fato de não se distinguirem os aspectos da personalidade e de se considerarem que esses aspectos formavam uma unidade e, portanto, tratava-se sempre da personalidade una da pessoa física ou natural*.

Na doutrina tradicional do Direito, tem-se que o conceito de personalidade é fundamental, pois é um atributo jurídico que revela a aptidão de todo ser humano em desempenhar papéis, ativos e passivos, no cenário jurídico.

O conceito de personalidade vem da origem grega de *persona*, que, como ensina Pontes de Miranda, tem que ver com as máscaras dos intérpretes do teatro grego. Exatamente por isso se tem que cada um desempenha papéis diferentes na vida e, por isso, ora tem o papel de feliz, ora de infeliz, ora de alegre, ora de triste...

O que importa é que a cada momento da vida humana representamos um papel diferente, enquanto temos o mesmo conteúdo físico.

Assim é que, na sala de aula, podemos ter o papel de professor, ou de aluno; ao sairmos da sala de aula, podemos ter o papel de funcionário da universidade, ou de contratante dela, para obter ensino; ao voltarmos para nossas casas, poderemos ser o pai, o irmão, o tio, o filho, o neto, o marido etc. Na manhã seguinte, poderemos ser o empregado de uma empresa, o dono de um escritório etc. Só que no trajeto entre nossa casa e o local de trabalho, poderemos ser motorista, ou passageiro, de automóvel, de ônibus, ou de trem etc.

Para cada papel que temos na vida se espera que cumpramos com o *script*, ou seja, que desempenhemos corretamente o que estava previsto como comportamento desejado.

Para cada situação, ou momento, haverá um comportamento previsto,

conforme o ambiente social que freqüentemos, no qual somos atores de papéis da vida.

Só que, no mundo do Direito, são as normas que prevêem os papéis e atribuem as conseqüências pelo não-desempenho, ou desempenho defeituoso.

Só que, para ser ator nesse mundo, há que se ter personalidade, isto é, os seres humanos são dotados de atributos, que lhes conferem a *personalidade*.

Os denominados direitos da personalidade ganharam maior destaque após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o advento da nova Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tratando-se de uma construção recente, fruto da elaboração originária da doutrina germânica e francesa, da segunda metade do século XIX, os direitos da personalidade devem ser vistos como relacionados à tutela da pessoa humana, essencialmente quanto a sua integridade e sua dignidade.

O respeito à dignidade humana passou a ser a tônica dos sistemas constitucionais, em anteposição ao estatismo prevalente no período anterior.

Vários Códigos passaram a dedicar um capítulo aos denominados direitos da personalidade, que anteriormente não tiveram acolhida, em razão da posição de doutrinadores que inadmitiam sua formulação positiva, com medo da exacerbação dos referidos direitos.

Dentre os Códigos que disciplinam positivamente os direitos da personalidade temos o suíço, o japonês, o grego, o egípcio, o italiano e o mais moderno e desenvolvido, o de Quebec. O direito italiano contribuiu muito para a introdução dos direitos da personalidade nos Códigos Civis, daí o nosso Código Civil, Lei n. 10.406, de 11-1-2002, cuidar da questão, vencendo a colocação de que se trata de matéria de direito natural.

A própria denominação de direitos da personalidade variou muito no tempo.

Diz-se que os direitos da personalidade são o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente. Diz-se que são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários.

Absolutos, porque são de tal ordem que devem ser observados, respeitados, por todos.

Extrapatrimoniais, porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas.

São ditos imprescritíveis no sentido de que o exercício do direito pode dar-se a qualquer momento na preservação de sua esfera de integridade, física ou moral.

Indisponíveis, porque o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade. Bem por isso jamais poderão ser objeto de expropriação. Convém lembrar que houve sistemas no curso da história que admitiam a disposição, resultando na legalidade da escravatura.

Importa salientar, quanto à intransmissibilidade, que, por ser inerente à

pessoa, não se admite a transmissão nem *causa mortis*.

Vitalícios, porque integrados à vida do titular, e, enquanto esta existir, perduram seus direitos, alguns dos quais podem produzir efeitos *post mortem*.

Necessários, porque não se admite a ausência de qualquer um deles para o desenvolvimento da própria vida; são imprescindíveis à própria vida.

Os direitos da personalidade podem ser divididos em direitos à integridade física e em direitos à integridade moral.

Em relação à integridade física, destacam-se o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e o direito ao cadáver.

Quanto aos direitos à integridade moral, tem-se o direito à honra, à liberdade, à privacidade e, numa esfera mais estreita, à intimidade, à imagem, ao nome e a direitos morais sobre as criações pela inteligência.

No tocante ao direito à vida, verifica-se que este não contempla como integrante o de extingui-la pelo suicídio, como não abrange a busca de maior suportabilidade através de estupefacientes, como não se tem como admitida a eutanásia.

No tocante ao próprio corpo, verifica-se que a fase atual de desenvolvimento da ciência vem ensejando situações que tornam questionável a indisponibilidade de partes do corpo, em vida. São as hipóteses de doação de órgãos para efetivação de transplantes, a possibilidade de submissão a cirurgias de caráter estético, em que ocorre a eliminação de partes integrantes do organismo, ou até mesmo o implante de partes inexistentes anteriormente na pessoa.

Hoje em dia a questão relativa à disposição de partes do cadáver, como da integridade deste, ganha novos contornos com o advento de legislação específica, que envolve até o direito da família do falecido sobre o cadáver, como estudado por Giovanni Ettore Nanni.

Dos grandes doutrinadores sobre o tema genérico dos direitos da personalidade, tem-se como de permanente citação o mestre italiano Adriano de Cupis, a partir do qual se chegou à obra recente de Rabindranath Capelo de Sousa, *Direito geral de personalidade*, que assim resumiu a eclosão dos direitos na segunda metade de século XX:

“Não admira assim, face a este mundo novo em ebulição, que o homem europeu contemporâneo, causticado pela guerra e pelas crises econômicas, passe antiteticamente a reivindicar para si um certo espaço, um determinado ‘território’, uma concreta esfera de resguardo e de acção, que lhe possibilitem defender-se e afirmar-se no meio social. E, mais do que isso, o homem contemporâneo, embora reconheça a necessidade de igualação num conjunto de condições sociais básicas (v. g. na educação e na saúde), passa a reclamar, ciente de sua individualidade constantemente ameaçada pela ‘normalização’ e pela massificação, um direito à diferença que contemple a especificidade de sua personalidade”. (p. 84)

No Brasil, o tema vem ganhando estudos, devendo ser destacada a obra do professor paranaense Elimar Szaniawski, denominada *Direitos da personalidade e*

sua tutela.

**Art. 11.** *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Trata-se de um tema novo, não previsto em muitos ordenamentos civis. Código Civil português, art. 70<sup>º</sup>; Código Civil italiano, art. 10; Código Civil de Quebec, arts. 10 e 11; Código Civil suíço, art. 27.

**BIBLIOGRAFIA:** BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (“Alguns apontamentos sobre os chamados ‘direitos da personalidade’”, de autoria de Erouths Cortiano Junior). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. FERREIRA, Manuel Alceu. “Imprensa e Constituição”. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 339). Lotufo, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O dispositivo não tem precedentes na legislação anterior.

Impõe-se observar, contudo, que a acolhida dos direitos da personalidade

não decorreu de aceitação unânime, pois houve quem suscitasse dúvidas quer quanto a sua natureza, quer quanto a seu conteúdo.

Os adeptos das teorias negativistas, dentre os quais se destacaram Savigny e Jellinek, sustentaram o argumento de que a personalidade, coincidindo com a titularidade dos direitos, não poderia ao mesmo tempo ser considerada como objeto deles. Sob essa ótica, atribuir existência aos direitos da personalidade ocasionaria explícita contradição lógica.

Savigny foi mais longe ao afirmar que admitir os direitos da personalidade seria o mesmo que legitimar o suicídio e a automutilação, com o que via tais direitos como os direitos de alguém sobre sua pessoa.

Os negativistas sustentam que os impropriamente chamados direitos da personalidade nada mais são que meros efeitos reflexos do direito subjetivo.

Mas a maioria doutrinária aceita a existência dos direitos da personalidade. Defendendo tal ponto de vista destacou-se o mestre italiano, monografista do assunto, Adriano de Cupis: “Existem direitos sem os quais a personalidade restaria uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria mais a mesma”.

A partir dos anos 1950, a doutrina admitiu a existência dos direitos atinentes à personalidade, embora bastante envolvida com os direitos subjetivos patrimoniais, sobretudo a propriedade. Nota-se a preocupação exasperada da doutrina em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em vista a dogmática construída para os direitos patrimoniais.

Dedicando-se a essa questão, Francesco Ferrara, em sua obra *Trattato di diritto civile italiano*, revela seu posicionamento no sentido de considerar não em relação à *res* o objeto desses direitos, mas aos demais homens que estão obrigados a respeitar os bens pessoais. Coloca, o mestre italiano, que o referencial seria uma obrigação negativa que incumbe à coletividade.

Giorgio Gianpiccolo afirma que a utilidade juridicamente protegida não se confunde com o dever geral de abstenção, visto ser este essencial à sua conservação e não à sua constituição. Conclui demonstrando que a separação entre o sujeito e o objeto do direito é postulado lógico quando o interesse protegido dirige-se a uma utilidade externa, tal qual ocorre nas relações jurídicas patrimoniais, mas essa regra não se aplica às relações jurídicas não patrimoniais.

Antes, com a necessidade de proteger o cidadão dos arbítrios do Estado totalitário, era restrito ao direito público o respeito à integridade física e outras garantias políticas, não existindo no direito privado um sistema de proteção fora dos limites dos tipos penais.

Não há como deixar de enquadrar esses direitos, no entanto, na categoria dos direitos privados, pois eles satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo, além do que, como bem coloca Elimar Szaniawski, a inserção dos direitos da personalidade no Direito Civil diz respeito à responsabilidade civil do

ofensor aos direitos da personalidade, que é justamente tutelado por este ramo do Direito.

Assim, para Gustavo Tepedino, considerados como direitos subjetivos privados, os direitos da personalidade possuem como características, além da extrapatrimonialidade e da irrenunciabilidade previstas no art. 11 deste Código, a característica da generalidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

Ainda que o texto do art. 11 pareça ficar restrito à intransmissibilidade e irrenunciabilidade, parece claro que o conjunto de disposições também contempla os demais caracteres dados como inerentes aos direitos da personalidade, como do absolutismo, da generalidade, necessariedade e vitalicidade.

O absolutismo decorre do fato de ser logicamente oponível *erga omnes*, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los.

A generalidade, que consiste em ser concedida a todos, pelo simples fato do ser humano estar vivo, de ser, implica a existência e investidura dos direitos da personalidade.

A extrapatrimonialidade, que decorre da indisponibilidade expressa na intransmissibilidade, ademais, é vista como característica desses direitos por serem insuscetíveis de avaliação econômica, mesmo que sua lesão gere efeitos econômicos.

Conseqüência de serem indisponíveis é serem irrenunciáveis e impenhoráveis. Comentando essa característica dos direitos da personalidade, Rabindranath Capelo de Sousa, em sua obra *O direito geral da personalidade*, assevera: “Dado o caráter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana (vida, corpo, liberdade e honra), não são em princípio reconhecidas ao sujeito ativo dos poderes jurídicos decorrentes da tutela geral da personalidade”.

A imprescritibilidade está intimamente ligada à condição de essencialidade inerente à própria personalidade, que impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, possa convalescer.

Decorre da intransmissibilidade que os direitos da personalidade não podem, pois, ser cedidos, alienados, onerados ou sub-rogados em favor de outrem, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular, como observa Capelo de Sousa.

O caráter pessoal de tais direitos implica o seu normal exercício pelo respectivo titular, ficando inibida, pois, a representação voluntária, que pressupõe outorga de poder, portanto transmissão, como afirmamos em *Questões relativas a mandato, representação e procuração* (São Paulo: Saraiva, 2001).

No tocante à natureza dos direitos da personalidade, podemos concluir com Pietro Perlingieri, o qual lembra de forma incisiva que o denominado direito natural (dever ser) é sempre condicionado pela experiência do direito positivo (ser). De mesma opinião, Tepedino observa que os direitos da personalidade são tidos como inatos unicamente pelo fato de nascerem juntamente com a pessoa

humana, mas, ressalta o referido autor, que nascem segundo a disciplina do direito positivo, despidos pois de qualquer cunho jusnaturalista. Concluímos assim pela corrente que prega pela natureza positiva destes direitos.

Para o já mencionado Gustavo Tepedino, a personalidade é o valor máximo do ordenamento, é o modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.

Sobre a previsão dos direitos da personalidade em âmbito constitucional, bem conclui Tepedino: “A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada, indubitavelmente, como valor máximo pelo ordenamento”.

Fica parecendo que as disposições em nível de Código Civil seriam despidiendas. Aliás, o presente art. 11 e os demais do capítulo, mesmo antes da entrada em vigor deste novo Código, já foram alvo de críticas.

Elimar Szaniawski coloca, ao comentar o Projeto n. 634-B/75, que deu origem a este ordenamento, que o legislador pecou pela grave omissão que cometeu ao não dispor sobre a necessária distinção entre os conceitos de personalidade e de capacidade. Continua o mestre paranaense: “Na parte referente à proteção dos direitos de personalidade, vozes são unânimes em qualificar o Projeto como inferior ao Código Civil Português”.

Se mais se poderia desejar, dúvida não há que a introdução do capítulo implica grande avanço, diante da ausência de disposição ordinária qualquer sobre o tema.

Mas devemos atentar ao fato de que, pela mera inovação trazida, este Código já merece elogios. Não cabe ao Código Civil regular cada situação de forma específica. Devemos elogiá-lo por estar de acordo e abordar uma forte e atual tendência jurídica.

***Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.***

***Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.***

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Trata-se de um tema novo, não previsto em muitos ordenamentos civis. Código Civil português, art. 70<sup>o</sup>; Código Civil italiano, art. 10; Código Civil de Quebec, arts. 10 e 11; Código Civil suíço, art. 27.

**BIBLIOGRAFIA:** BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O previsto neste dispositivo corrobora as colocações feitas no artigo anterior. A possibilidade de se exigir o fim de ameaças ou lesões aos direitos da personalidade sem o prejuízo a outras sanções previstas em lei demonstra o enquadramento desses direitos na categoria dos direitos privados, principalmente por dizerem respeito à responsabilidade civil do seu ofensor.

Convém, neste momento, lembrarmos algumas considerações acerca do chamado por muitos, hoje, de DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE. Este surgiu na Alemanha, por ocasião do fim da Segunda Grande Guerra, tendo em vista os horrores do nazismo.

Na Alemanha, o direito geral da personalidade pode ser tutelado preventivamente, isto é, antes da ocorrência efetiva do atentado ao direito ou como forma de reparação do dano, no caso de já ter a lesão ocorrido. A tutela preventiva dá-se quando o sujeito estiver com seu direito geral da personalidade ameaçado. Se, todavia, já tiver sido praticado o atentado e este se estender pelo tempo, poderá a vítima obter a cessação da violação.

Mas a aceitação desse direito geral da personalidade não é unânime. O grande obstáculo levantado por seus opositores foi a afirmação da existência de uma suposta dificuldade em estabelecer os limites desse direito. Os defensores de

tal posicionamento sustentam que, por ser um direito ilimitado, sua aplicação não é segura.

A Suíça, da mesma forma que os alemães, consagra o direito geral da personalidade no art. 28 de seu Código Civil.

Já na Itália, predomina a teoria que fraciona e tipifica os direitos da personalidade de acordo com os diversos atributos. Dentre os opositores a essa predominante corrente destacam-se Gianpiccolo e Perlingieri.

Assim, independente da denominação usada, seja direitos da personalidade, seja direito geral da personalidade, pensando no caso brasileiro notamos, pela redação deste artigo, que a preocupação do legislador com a tutela do(s) direito(s) da personalidade foi de forma preventiva, quer para cessar a lesão, quer para repará-la.

Não se tem, pois, no nosso ordenamento, qualquer previsão que possa caracterizar a fragmentação dos direitos da personalidade, de modo a impedir uma efetiva proteção integral desses direitos.

Como já destacamos, o caráter absoluto desses direitos implica o fato de serem oponíveis *erga omnes*, impondo-se à coletividade respeitá-los. Quem desrespeitar os direitos da personalidade de outrem responderá, dentre outras penas, por perdas e danos, visto que provoca lesão a ser humano determinado, que tem o direito à integridade de sua esfera jurídica, a qual tem por centro e fundamento sua personalidade, sua dignidade humana.

O parágrafo único deixa explícita a idéia de que, com a morte de um indivíduo, certos direitos lhe são assegurados e devem ser respeitados, em função de sua personalidade, que se projeta no tempo, não por continuar tendo vida, a qual já cessou. Neste sentido, bem coloca Diogo Leite Campos, em seu livro *Lições da personalidade*, que, embora a personalidade jurídica do indivíduo cesse com a morte, ocorre a permanência de certo número de interesses e dos direitos respectivos, como, por exemplo: o direito à sepultura e à sua proteção, o direito a seu cadáver e de decidir o seu destino, e o direito à imagem do que o morto “era” e também à imagem do cadáver.

Se analisarmos a Lei n. 9.434/97, com as devidas alterações feitas pela Lei n. 10.211/2001, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, notamos em seu art. 8º a preocupação do legislador com a dignidade do cadáver. Essa norma estabelece que, após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o corpo do morto deve ser *condignamente* recomposto para ser entregue à família. Sendo que o art. 19 dessa mesma lei estabelece a pena de detenção de seis meses a dois anos a quem deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe o aspecto condigno para sepultamento, ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados. Assim, demonstrado está que, além de poder exigir o fim da ameaça ou lesão aos direitos da personalidade e de reclamar perdas e danos, não há óbice à aplicação de outras sanções, como a acima exposta, previstas em lei.

Não há como negar a preocupação com o morto e com sua dignidade. É importante esclarecermos que o parágrafo único deste artigo legitima os

seguintes parentes do morto para exigir respeito aos seus direitos da personalidade: cônjuge, qualquer parente em linha reta (pai, avô, bisavô...), tio/sobrinho (parente colateral em 3º grau) e primo (parente colateral em 4º grau).

Sobre o disposto neste parágrafo único, comenta Elimar Szaniawski, em sua obra *Direitos da personalidade e sua tutela*, que melhor seria se houvesse a explícita legitimação a terceiros, nas hipóteses de ofensa à memória do morto ou ofensa reflexa ao cônjuge, ascendente, descendente ou qualquer parente *de cujus*, a fim de não dar margem à interpretação de que se esteja admitindo a extensão dos direitos da personalidade após a morte da pessoa.

Foi extremamente inovador o artigo de Giovanni Ettore Nanni (*Cadernos de Direito Civil Constitucional*, São Paulo: Max Limonad, 1999) sobre a disponibilidade do cadáver, desenvolvendo visão menos crítica.

**Art. 13.** *Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*

**Parágrafo único.** *O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 5; Código Civil de Quebec, art. 19.

**BIBLIOGRAFIA:** BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (“Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano”, de autoria de José Antônio Peres Gediel). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. NANNI, Giovanni Ettore. “A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal”. In:

*Direito civil constitucional*. Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Max Limonad, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O artigo veda, a não ser por exigência médica, o ato de disposição do próprio corpo, se tal ato importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

A exceção aparece prevista no parágrafo único: para fins de transplante na forma de lei especial, no caso a Lei de n. 9.434/97, com as alterações trazidas pela de n. 10.211/2001. Trata-se de legislação especial recepcionada pelo Código, ou seja, que não sofre qualquer revogação pela superveniência de lei geral, o Código, posterior.

A referida lei dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Em seu art. 1º permite a disposição gratuita do corpo humano, em vida ou pós-morte, para fins de transplante ou tratamento.

Em princípio parece que se está diante de uma antinomia, visto que permitida a disposição de órgãos, quando a regra fundamental é a da indisponibilidade.

Por outro lado fica parecendo que se pretendeu admitir uma exceção à regra geral, com o que superada estaria a antinomia.

Vejamos o que dispõe a lei especial:

“Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplante em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 1º (vetado)

§ 2º (vetado)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes dos órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de

testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5<sup>a</sup> A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6<sup>a</sup> O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco a sua saúde.

§ 7<sup>a</sup> É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8<sup>a</sup> O autotransplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em um prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais”.

Fica claro que são vários os requisitos para que a disposição do próprio corpo aconteça. Logo no *caput*, e como é lógico, tem-se que só pode ser realizado por pessoa com capacidade jurídica, ou seja, absolutamente capaz, e que o destinatário tem de ter relação de parentesco próxima, o que evidencia o caráter familiar imperante na doação *inter vivos*. A exceção fica restrita à medula óssea, que, além de não ser órgão duplo, pode ser feita por indivíduo incapaz, após o consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais.

Outro requisito que merece destaque é a preocupação do legislador com o caráter de absoluta necessidade do receptor, e a ausência do risco de vida do doador, pois seria um contra-senso atentar contra a vida.

Fica claro que o Código Civil traça só as diretrizes gerais, vetando a disposição do corpo. O artigo em comentário estabelece explicitamente as exceções genéricas, admitidas em seu parágrafo único, deixando para a Lei de Transplantes a regulamentação quanto a essas exceções.

Tal forma de legislar, como já se salientou antes, é marcante no Código, o que permite maior flexibilidade para a legislação especial, principalmente no tema dos transplantes, que deverá acompanhar o permanente progresso científico da medicina, respeitados os princípios éticos relativos à personalidade, que, por isso mesmo, ficam integrando o Código.

**Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.**

**Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**BIBLIOGRAFIA:** BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (“Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano”, de autoria de José Antônio Peres Gediél). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. FERREIRA, Manuel Alceu. Imprensa e Constituição. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 339). NANNI, Giovanni Ettore. “A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal”. In: *Direito civil constitucional*. Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Max Limonad, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo contempla a disposição do próprio corpo para depois da morte, fixando desde logo os requisitos para tanto, ou seja, para fins científicos ou altruísticos e de forma gratuita. Seu parágrafo único garante a possibilidade de revogação desse ato a qualquer momento.

A disposição aqui referida é a feita em vida pelo doador, para produção dos efeitos *post mortem*.

Da mesma forma que o artigo anterior, o Código, aqui, prevê só a norma geral, deixando à lei especial a fixação das exceções que permitam uma contribuição positiva para além da morte.

A lei, no caso, é a mesma, a de n. 9.434, de 4-2-1997, que sofreu as alterações da Lei n. 10.211, de 23-3-2001.

O art. 4º da referida lei, com a redação dada pela Lei n. 10.211/2001, dispõe quanto à legitimação, além da inerente ao próprio falecido no exercício de sua autonomia privada, com efeitos *post mortem*, para dispor quanto à retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica. Ela fica atribuída ao cônjuge ou parente, obedecida a proximidade da relação, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, sendo

certo que tal disposição há que ser mediante documento escrito formal, subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Ainda que o referido art. 4<sup>o</sup> da Lei n. 9.434/97 se refira à maioria, parece-nos claro que a capacidade é que é a referência, com o que, se os parentes tiverem superado a incapacidade por outros meios que não o fato da idade (incisos do parágrafo único do art. 5<sup>o</sup>), devem ser entendidos como legitimados também.

Além de fins altruísticos, a disposição do próprio corpo, em todo ou em parte, também é admitida para fins científicos. A contribuição para a ciência tem de atender aos princípios éticos, sendo inimaginável a disposição como ocorrida no regime nazista. Não se trata, pois, de qualquer experimento científico, mas sempre entendido como aquele que vise a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana. Assim, as pesquisas médicas em busca da cura de uma doença desconhecida ficam viabilizadas.

**Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 340<sup>o</sup>; Código Civil russo, art. 150.

**BIBLIOGRAFIA:** ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982; *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo mostra-se consoante a disposição constitucional garantidora da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), e com a conseqüente preocupação do legislador em zelar pela integridade física e saúde da pessoa humana, o que é condição de existência, de preservação da própria vida.

Veda expressamente quaisquer intervenções ou tratamentos médicos que exponham o paciente a risco de vida, sem que haja o consentimento, decorrente do prévio conhecimento do paciente das razões da tentativa, quer do tratamento, quer da cirurgia.

Assim, mesmo que haja pleno convencimento dos médicos de que o tratamento ou a cirurgia serão em benefício do paciente, há a obrigação de esclarecer o paciente sobre a envergadura, o alcance e as possíveis conseqüências de tal ato.

Sobre esse assunto, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, à luz do Direito português, diz:

*“Assim, são ilícitos os actos de terceiros que, de qualquer modo, lesem ou ameacem lesar o corpo humano de outrem, nomeadamente, através de ferimentos, contusões, esquimoses, erosões, infecções, maus tratos físicos ou psíquicos, mutilações, desfigurações, administração de substâncias ou bebidas prejudiciais à saúde, inibições ou afecções de capacidades, doenças físicas ou psíquicas ou outras anomalias, bem como os actos de terceiros que se traduzam numa intervenção não consentida nem de outro modo justificada, no corpo de outrem, no caso de intervenção e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários em benefício do paciente, mesmo que realizadas de acordo com as regras das leyes artis e efectuadas com êxito”.* (g. n.)

Resta claro o posicionamento desse autor no sentido de considerar ilícito o ato que se traduza numa intervenção médica não consentida, ainda que não ameace de alguma forma a vida do paciente.

Lembra, ainda, como reforço argumentativo, o disposto na segunda parte do art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Públicos: “interdito submeter uma pessoa a uma expectativa médica ou científica sem o seu livre consentimento”.

É de salientar que o Código de Quebec dispõe de maneira a excepcionar a necessidade de consentimento, ou seja, nas hipóteses em que a urgência ou a impossibilidade da obtenção do consentimento ponham em risco a vida do paciente, como se vê do seu art. 13. A exceção não é ampla, porém, uma vez que não se admite a intervenção sem anuência se os meios médicos forem inusitados, ou se os meios empregados implicarem conseqüências intoleráveis para o paciente.

Como se vê, os casos, mui conhecidos, de inadmissão de transfusão de

sangue por parte dos adeptos de seita que vê impedimento bíblico trazem os mesmos problemas éticos para os médicos de Quebec.

Durante a tramitação do presente Código, o conteúdo deste capítulo foi alvo de críticas. Uma, que pertine com o dispositivo em exame, foi a de Elimar Szaniawski, em sua obra *Direitos da personalidade e sua tutela*:

“Peca o Projeto pela grave omissão de não dispor sobre o espinhoso e polêmico problema das conseqüências pela recusa de alguém se submeter a perícia médica”.

De fato, o Código não é explícito sobre tal questão, que tem previsão no art. 11 do Código de Quebec.

Importa salientar que aquele Código é um dos mais extensos no trato dos direitos da personalidade, e nem sempre podemos comparar sua técnica com a das cláusulas abertas do nosso. O nosso legislador entendeu impossível um Código Civil trazer previstas todas as hipóteses de situações relacionadas ao direito da personalidade.

Cabe aos operadores do Direito interpretar este capítulo inovador, dando-lhe a extensão que é viável, a partir dos princípios e valores postos na Constituição, uma vez que o Código não se limita ao nele disposto; pelo contrário, enseja a abertura.

É de lembrar, por outro lado, particularmente para a prova judicial, que é matéria sob o regime jurídico de ônus, cuja submissão a um exame se subordina ao princípio da legalidade (art. 5<sup>o</sup>, II, da CF).

Ademais, cabe ainda o entendimento contrário, ou seja, que este artigo contém vedação a qualquer atuação médica sem o consentimento do paciente, conforme Rabindranath Capelo de Sousa, que invoca questões relacionadas à religião como direito a impedir, por exemplo, a realização de transfusões de sangue em seus fiéis. Assim, havendo a disposição constitucional do art. 5<sup>o</sup>, VI, que determina a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, por ser dispositivo de eficácia plena e imediata, desnecessária qualquer disposição por lei ordinária.

**Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 72<sup>o</sup>, n. 1; Código Civil russo, art. 19; Código italiano, art. 6; Código alemão, § 12; Código suíço, art. 29; Código paraguaio, art. 42; Código de Quebec, art. 3.

**BIBLIOGRAFIA:** BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. Gomes, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. MARTINS, Francisco. *O nome próprio: da gênese do eu ao reconhecimento do outro*. Brasília: Ed. UnB, 1991. OLIVEIRA, Euclides de. “Retificação do nome por apelido”. *Jornal Síntese*, mar. 2001, p. 3. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Com a inserção deste artigo no Capítulo II — “Dos direitos da personalidade”, tem-se uma posição, de direito positivo, correta sobre a natureza jurídica do nome da pessoa humana.

Três foram as principais teorias que tentaram explicar o direito ao nome. A primeira incluía o nome como um direito de propriedade, a segunda, de estado e a terceira, a opção feita pelo legislador, considera o nome como um atributo da personalidade.

Nesse sentido, bem coloca Orlando Gomes ao afirmar que há autores os quais ainda incluem a estas a teoria negativista (Savigny) e que desdobram as teorias da propriedade e da personalidade.

A primeira teoria vê o nome como objeto de propriedade cujo titular é tido por uns como o estado e por outros como o indivíduo.

Para os defensores da teoria do estado, o nome é um fato protegido pela ordem jurídica. Vêm como mero sinal distintivo e exterior do estado, de modo que toda questão a ele relativa é uma questão de estado.

Mas, sem dúvida, por todas as características que possui, por ser um bem intransmissível, inalienável e de cunho extrapatrimonial, correta está sua presença neste Capítulo II.

O nome, sem dúvida, é o sinal principal de identificação humana.

R. Limongi França foi o primeiro monografista no Brasil. Em sua obra *Do*

*nome civil das pessoas naturais* sustenta que o nome é o elemento indispensável ao próprio conhecimento, é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos e que acaba por permitir a rápida caracterização e seu relacionamento com os demais.

É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Sílvio de Salvo Venosa, entende o nome como a “manifestação mais expressiva da personalidade”.

Verifica-se que, no âmbito da psicologia, o nome é reputado como o grande diferenciador entre os seres, como se vê da obra de Francisco Martins.

A redação deste artigo é expressa ao determinar que o nome compreende o prenome e o sobrenome. O prenome é o nome individual, o nome próprio da pessoa, que antes era conhecido como nome de batismo. Este pode ser simples ou composto. O prenome é, normalmente, escolhido pelos pais para o ato do registro.

O patronímico, denominação original do Projeto, é o popularmente conhecido como sobrenome, ou nome de família. Trata-se da designação da família a qual o indivíduo faz parte, daí ser chamado por alguns de apelido de família. Também este pode ser simples ou composto.

Embora a lei seja expressa ao estabelecer que nome compreende o prenome e o sobrenome, é interessante colocarmos a eventual presença do agnome, que nada mais é do que o sinal distintivo acrescentado ao nome completo para diferenciar parentes que tenham o mesmo nome. São exemplos de agnomes: filho, júnior, neto, sobrinho, e os não muito usuais no Brasil: segundo, terceiro, quarto, quinto...

Há outros elementos secundários que podem compor o nome. Dentre outros, destacamos, como exemplo, os títulos honoríficos ou nobiliárquicos (conde, duque...) e os títulos eclesiásticos (padre, monsenhor...).

O apelido é a designação que é atribuída a alguém em razão de alguma particularidade. Há apelidos que se agregam de tal maneira à identificação da pessoa que, se não jocosos, podem ser acrescentados ao seu nome. A Lei n. 9.708/98, deu nova redação ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, assim estabelece: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Caberá ao magistrado, em cada caso concreto, avaliar a notoriedade do apelido.

Alguns casos notórios marcam a vida brasileira, como o acréscimo do apelido Pelé ao nome do cidadão Edson Arantes do Nascimento, ou de Lula, que tem por nome original Luis Ignácio da Silva.

No âmbito da Justiça Eleitoral é muito comum os candidatos pedirem o registro com o acréscimo do apelido, ou a identificação tão-só por ele.

O sobrenome é normalmente adquirido com o simples fato do nascimento. Mas há diversas formas de obtê-lo. Um filho reconhecido ao longo de sua vida por seu pai biológico adquire seu sobrenome. Mas também tal aquisição pode ser decorrência de ato jurídico, como no caso da adoção, do casamento ou ainda mediante requerimento judicial.

Com o casamento, surge para ambos os cônjuges o direito de usarem, se quiserem, o sobrenome um do outro; é assim que dispõe o art. 1.565, § 1º, deste Código Civil. Neste sentido, inovou o legislador, visto que antes, com o estabelecido no Código de 1916, só à mulher era permitida a inclusão dos “apelidos do marido” (art. 240, parágrafo único).

Importa ressaltar que a jurisprudência vinha admitindo a inclusão do nome de família da mulher no registro de maridos que assim o requeressem.

Há de se destacar o princípio da inalterabilidade do nome, por sua vinculação à personalidade do ser humano. Tendo em vista sua evidente relevância, inclusive para o interesse público e social da identificação dos indivíduos, há que se admitir a exceção quando o nome expuser seu portador ao ridículo, causar-lhe embaraços ou houver erro gráfico evidente.

Tal alteração decorre do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Se, por acaso, a atribuição do nome causa a afetação da dignidade da pessoa humana, prevalece o valor mais alto, em face do princípio da imutabilidade dos registros.

É verdade que a lei, no parágrafo único do art. 55 da Lei n. 6.015/73, estabelece que “os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente”.

Mas, mesmo havendo tal possibilidade, pode ocorrer o fato, que, então, não pode ofender o valor constitucional.

Há de se destacar que não só o prenome pode expor o indivíduo ao ridículo, como também a combinação de todo o nome. O nome, por ser elemento fundamental de identificação do indivíduo, não pode expô-lo à galhofa da sociedade.

Um caso de previsão legal que determina a compulsória alteração do prenome é o previsto no art. 63 da já mencionada Lei de Registros Públicos. Trata-se da questão de gêmeos de igual prenome, que deverão ser inscritos com prenome duplo ou com nome completo diverso, de modo que possa ser feita a distinção entre eles.

O nome estrangeiro que estiver comprovadamente errado ou tiver sentido pejorativo, poderá ser traduzido ou adaptado à língua portuguesa (art. 43 da Lei n. 6.815/80).

Questão polêmica, como todas que envolvem as alterações físicas e de prenome, é a relacionada à situação dos transexuais. Especificamente sobre o nome, tem-se de forma interessante a abordagem de Euclides de Oliveira, que distingue bem as situações de mudança de sexo, e as de mero erro no ato do registro, como se vê do artigo “Retificação do nome por apelido”, publicado no *Jornal Síntese*, mar. de 2001, p. 3:

“Subsiste certa controvérsia sobre a mudança de prenome nos casos de ‘transexuais’, como tais definidos os que sofrem de uma inversão da identidade psicossocial, com obsessiva compulsão por comportamento diverso do sexo

anotado em seu registro. Afora casos extraordinários de gênero inconcluso ou disforme, havendo definição do sexo, por aí se guiará a onomástica, independentemente do resultado de operação cirúrgica, como nas hipóteses de homem que venha a se castrar. Há que se respeitar o padrão sexual de origem, como entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao indeferir mudança de nome de Édison para Edy (JTJ 134/213, lembrando jurisprudência anotada na RJTJSP 94/217). Mas sendo comprovado em juízo que houve erro do registro na menção do sexo da pessoa (como nos casos de má formação congênita, hipospádia), cabível será que se altere o seu prenome, para a correta identificação como masculino ou feminino”.

A jurisprudência, nas hipóteses de conflito entre o nome identificador da pessoa na sociedade e o registral, vem tendendo no sentido de que deverá constar no registro aquele pelo qual a pessoa é conhecida e não aquele que consta no registro.

Considerações à parte, e lembrados os exdrúxulos nomes constantes nos mais diversos manuais de Direito Civil, noticiários jornalísticos etc., e as polêmicas questões que envolvem o tema, as decisões que autorizam as mudanças devem ser tomadas com cautela, para que não haja burla, ou seja, para que não ocorra a alteração do nome por mero capricho do indivíduo.

**Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 70<sup>º</sup>, n. 1; Código Civil russo, art. 150; Código italiano, art. 7; Código paraguaio, art. 44.

**BIBLIOGRAFIA:** BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FERREIRA, Manuel Alceu. *Imprensa e Constituição*. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 339). FRANÇA, Rubens Limongi. *Do*

*nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1975. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) *Situazioni esistenziali*). Szaniawiski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. RIVIZ, Patrizia, *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Como exposto no artigo anterior, sendo o nome uma emanção dos direitos da personalidade, seu uso deve gozar de proteção, razão de ser deste artigo.

Pelo simples fato de ser reconhecida a natureza jurídica do nome como um direito à personalidade, a exigência de que cesse a ameaça ou a lesão a esse direito com a conseqüente possibilidade de reclamação de perdas e danos, já se tinha genericamente prevista no art. 12. O destaque especial que dá à guarda do nome resulta da importância que se reconhece à indissolúvel relação do nome com a pessoa que o porta.

Antes, na vigência do Código de 1916, isto é, na ausência de dispositivo expresso, a divulgação vexatória do nome de outrem, ainda que só por culpa, ensejava a invocação genérica do art. 159, que, da mesma forma que o atual art. 186, dispõe sobre a responsabilidade subjetiva.

Agora, temos previsão expressa que protege especificamente o nome de conseqüências difamatórias, mas nem por isso se tornou inoperante o art. 186, cabendo, sem dúvida, ao causador do dano, em decorrência da utilização do nome de terceiro, de forma a causar desprezo público quanto a seu portador, o dever de repará-lo.

É ato ilícito civil o praticado por terceiro que venha a refletir danosamente sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral, portanto causador do dano moral.

Carlos Alberto Bittar, em sua obra *Reparação civil por danos morais*, na esteira da doutrina em geral, refere que os danos morais, como danos de natureza não econômica, se traduzem em *turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado*. E prossegue afirmando que há dano moral quando, por exemplo, a vítima suporta uma desonra ou a dor provocada por atitudes injuriosas de terceiros.

Assim, podemos concluir que há dano moral quando ocorrem lesões na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade. E é justamente a proteção a tais valores que aparece prevista no presente artigo.

A unanimidade doutrinária se tem presente quando se pode invocar, no mesmo sentido, a autora italiana Patrizia Riviz, em sua obra *La tutela risarcitoria*

*della persona:*

“(…) sembra oportuno restringere la nozione di danno morale alle sofferenze di carattere psíquico: vale a dire quelle che si sostanziano nell’ansia, nella preocupação, nel turbamento psíquico” (*parece oportuno restringir a noção dos danos morais ao sofrimento de caráter psíquico, ou seja, aqueles que se sustentam da ansiedade, da preocupação, na turbação psíquica*).

O presente artigo tem como objetivo, também, dar proteção civil ao nome da pessoa em relação às consequências do delito previsto no art. 139 do Código Penal, qual seja, a difamação, mesmo que não haja a intenção de cometer tal ilícito.

Segundo Néelson Hungria, citado por Yussef Said Cahali, “a difamação consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social, sendo portanto ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui. São seus elementos: a) imputação de fato determinado e ofensivo à reputação alheia, seja falso ou verdadeiro; b) comunicação a uma só pessoa que seja; c) dolo específico. Assim, irrelevante indagar, para reconhecimento da difamação, se o fato imputado corresponde ou não à realidade. Mas deve aludir a fato determinado e idôneo a lesar a reputação do sujeito passivo, isto é, a acarretar-lhe a desestima ou reprovação do círculo social em que vive, enquanto o elemento subjetivo da difamação é a intenção má de denegrir ou macular a reputação alheia”.

Por essas colocações nota-se que, para se cometer o ilícito previsto no art. 139 do Código Penal, há que se ter a intenção difamatória. Já a proteção ao nome, aqui, do Código Civil, veta sua exposição de modo a comprometer o convívio social do seu portador, sob qualquer hipótese, mesmo que não haja dolo, mesmo na ausência da vontade de difamar.

Um ponto que pode aparecer intimamente ligado à questão do uso indevido do nome é que isso ocorra por meio da imprensa, o que não altera a substância do que já se viu.

***Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem paralelo.

**BIBLIOGRAFIA:** Araújo, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. BITTAR, Carlos Alberto.

*Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995; CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Aqui, a proteção ao nome contra o uso comercial não autorizado.

Como já se disse, o caráter dos direitos da personalidade não inibe o seu titular de poder fazer uso com fins econômicos de projeções desses direitos, como os de ceder o uso temporário da imagem, ou do nome.

Esses direitos são exclusivos do titular dos direitos da personalidade. Daí por que não é permitida a utilização do nome alheio sem que seu portador tenha autorizado.

Um dos princípios que vem norteando o Direito moderno é o de coibir, de vetar o enriquecimento sem causa, chamado por uns até mesmo de enriquecimento parasitário.

É óbvio que a vinculação de um produto, por meio de propaganda comercial, ao nome de alguém que é estimado, admirado e/ou respeitado pela sociedade, traz inúmeros benefícios ao primeiro e nenhuma recompensa ao célebre detentor do nome.

Por inúmeras vezes, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de vetar a forma de locupletamento narrada neste artigo, garantindo inclusive o direito de indenização, além da proibição de nova utilização.

Na hipótese não há para o titular do nome a necessidade de comprovação da existência efetiva de dano; trata-se da violação de um direito personalíssimo, cuja ocorrência já é violação punível. É direito do indivíduo o uso de seu nome.

Quem quer os benefícios do uso de um nome para a promoção de seus produtos, ou serviços, tem de suportar os encargos do titular.

Mesmo sem a disposição expressa, a jurisprudência já concedia

indenização aos que tivessem seu nome indevidamente utilizado, sem antecedente autorização.

**Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código paraguaio, art. 47; Código russo, art. 19, n. 1; Código português, art. 74<sup>o</sup>; Código italiano, art. 9.

**BIBLIOGRAFIA:** Araújo, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade e sua tutela: estudo de direito privado*. Luanda: Lito-Tipo, 1974. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FERREIRA, Manuel Alceu. “Imprensa e constituição”. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 339). FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7); *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). POTESTÁ, Fábio Henrique. “Direito à intimidade — liberdade de imprensa”. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 197). RIVIZ, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo atribui ao pseudônimo, adotado no exercício de atividades lícitas, as garantias dadas pela lei ao nome.

Na sua acepção, pseudônimo quer dizer falso nome. Mas não podemos considerá-lo dessa forma restritiva. Normalmente, é decorrência da escolha do próprio portador para simplesmente ocultar sua identidade em determinada esfera de sua vida, principalmente a profissional. É comum o uso de pseudônimos na área artística, quer da literatura, quer do jornalismo, das artes cênicas. Com o desenvolvimento da carreira e a fixação do pseudônimo, indubitavelmente se está diante de uma forma de projeção da personalidade.

Não se trata de uma mentira, como explica Limongi França (*Do nome civil das pessoas naturais*), e sim de um modo particular de identificação da pessoa, que prefere reservar-se ao atuar em determinada área.

Há diversos conceitos de pseudônimo utilizados pela doutrina. Para o supramencionado autor, trata-se de um nome, diverso do nome civil, que é usado por alguém, *licitamente*, em certa esfera de ação, com o fim de, nesta esfera, projetar uma face especial da própria personalidade. Para Limongi, a aquisição do pseudônimo se deu por meio de uma prática lícita. A seu ver, se alguém, ao entrar para a vida criminoso, adota um nome falso, não se pode dizer que adquiriu o bandido um pseudônimo.

Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, diz que o pseudônimo designa a pessoa, sem ser o nome civil. Não se utiliza da licitude como requisito caracterizador.

Pela redação do presente artigo, o conceito de pseudônimo é necessariamente o uso do nome para atividades lícitas, pois só gozará de proteção igual à do nome quando seu uso não contrariar o ordenamento jurídico. Não há de se falar em equiparação do nome civil ao falso nome usado por um bandido.

Orlando Gomes, em sua obra *Introdução ao direito civil*, coloca: *O pseudônimo adquire a importância do nome, goza da proteção a este dispensada, na área do Direito Civil, mas não se lhe estendem as medidas de tutela administrativa, podendo ser assumidos, alterados e abandonados com inteira liberdade.*

Assim, podemos destacar que, embora haja a proteção ao pseudônimo igual à feita ao nome, ao contrário deste segundo, para o pseudônimo é permitida a mutabilidade, não há imposição de vínculo

Interessante destacar que o pseudônimo se distingue do apelido. O último é normalmente dado por terceiros em razão do nome civil ou de alguma característica da pessoa. Por exemplo, o ex-presidente americano conhecido por Bill tem como nome civil William Jefferson. São apelidos também Tiradentes, Xuxa, Pelé... Apesar de este Código não dispor expressamente sobre as questões reguladas aos apelidos, por estar este tema imbricadamente envolvido com a identificação da pessoa, o legislador preocupou-se, permitindo que a pessoa altere seu prenome de modo a incluir o apelido, como já referido *supra*. Tal dispositivo — art. 58 da Lei n. 6.015/73 — há que se entender recepcionado, inclusive com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.708/98: “o prenome

será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Note-se que a alteração por força do apelido interfere exclusivamente no prenome, enquanto o pseudônimo acaba por ser um nome completo, ou seja, identifica como que por inteiro o seu portador.

Há pseudônimos que, com absoluta certeza, são muito mais indicativos das pessoas às quais se referem do que o nome civil delas. O escritor Alceu Amoroso Lima é muito mais conhecido por Tristão de Ataíde. Citando outros exemplos de ilustres pseudônimos, coloca Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*): *A proteção jurídica ao nome civil abraça, da mesma maneira, o pseudônimo, que os literatos e os artistas usam, ao afirmar ou divulgar as suas obras. Na sua projeção social, essas pessoas adotam uma designação de fantasia, com que se identificam no mundo de suas produções, sendo muito freqüente por esta forma tornarem-se conhecidas, como Voltaire, George Sand, Marc Twain, El Grecco.*

Assim, nota-se que, embora não sejam as supramencionadas citações designações do nome civil dessas pessoas, integram a sua personalidade no exercício de suas atividades literárias ou artísticas, e, em razão dos interesses valiosos que se ligam à sua identificação autoral, a proteção jurídica do nome estende-se ao pseudônimo, desde que seja este constante e legítimo.

Caso relevante ocorreu com o famoso compositor e cantor Geraldo Vandré, que é pseudônimo, visto que mero nome artístico. Com seu desaparecimento surgiram muitas versões, inclusive de sua morte. O fato é que ele, no período pós-revolução de 1964, ausentou-se, ensejando que muitos ligassem o seu desaparecimento à música, de sua autoria, que ficou sendo símbolo da resistência.

No período desse desaparecimento sua esposa ajuizou ação de desquite por abandono, tendo sido seu marido citado por edital, em que se consignou o nome civil, de registro. A ação acabou sendo julgada procedente, mas a decisão veio a ser anulada, sob alegação do vício da citação, uma vez que dos editais não constou o pseudônimo, Geraldo Vandré, que seria o que permitiria ao público em geral identificar o réu, e buscar levar a seu conhecimento a ação.

Como o pseudônimo foi reconhecido como integrante da personalidade, da identidade, é que se chegou à anulação, pois o réu estava não só vivo, mas no País.

***Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.***

***Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os***

*descendentes.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 79<sup>o</sup>; Código de Quebec, art. 36; Código italiano, art. 10.

**BIBLIOGRAFIA:** ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. DE Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1982. FERREIRA, Manuel Alceu. “Imprensa e Constituição”. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 339). GHERSI, Carlos A. *Derecho del hombre, los daños y protección a la persona*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 1997. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 (p. 153-99 — Cap. 7), *Manuale di diritto civile*. 1997 (parte terza, p. 149-69 — A) Situazioni esistenziali). POTESTÁ, Fábio Henrique. “Direito à intimidade — liberdade de imprensa”. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 (p. 197). SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. Szaniawski, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. RIVIZ, Patriza. *La tutela risarcitoria della persona*. Milano: Giuffrè, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este é um artigo de cunho protetivo da integridade moral do ser humano. O legislador houve por bem, aqui, resguardar o fruto do intelecto, assim como a imagem, tendo em vista que esta não se restringe à apreensão visual, podendo ser entendida, também, como a projeção moral da personalidade, com o que envolve a reputação e a honra.

Assim, desta feita, a divulgação de escritos, a transmissão ou a publicação da palavra e a exposição ou o uso da imagem de uma pessoa.

A utilização da produção intelectual, como da imagem, só será proibida pelo autor, pelo próprio personagem da vida real, quer quanto a sua comunicação pelos escritos, pelas comunicações orais, quer pela reprodução de sua imagem.

Críticas foram feitas ao teor do presente artigo por Elimar Szaniawski, por entender que ficou aquém do que se esperava: “Verdadeira proteção existiria se apenas fossem permitidas as citadas divulgações mediante autorização do interessado, não necessitando de requerimento para proibi-las”.

Ainda uma vez a interpretação feita parece ser extremamente literal e restritiva.

O artigo começa por falar em *salvo se autorizadas*, com o que não se entende a crítica. A hipótese do uso não autorizado é que enseja a proibição e a imposição de penalidade. Ora, se o entendimento é de que cabe sanção pelo uso não autorizado, não se pode entendê-lo presumido.

A hipótese do uso por necessidade da justiça ou da ordem pública é exceção que busca a ponderação dos valores constitucionais expressos nos fundamentos (art. 1º) e nos objetivos fundamentais (art. 3º), pois a própria Constituição dispõe expressamente quanto à proteção da imagem (art. 5º, X) e do direito autoral (art. 5º, XXVII).

Algumas considerações acerca da imagem tornam-se necessárias dadas as divergências doutrinárias quanto ao conceito. Para Pontes de Miranda, o direito à imagem seria o “direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz ou dos gestos, identificativamente”.

Luiz Alberto David Araújo traça sua teoria (*Direito constitucional da própria imagem*), identificando duas espécies: a imagem-retrato, decorrente da identidade física do indivíduo, e a imagem-atributo, que envolve o indivíduo dentro de suas relações sociais, portanto quando trata da consequência da vida em sociedade. Destaca que, havendo desdobramento, ou não, do conceito de imagem, este é abrangido em toda a sua extensão pela proteção constitucional.

Para o mesmo autor, diferentemente das Constituições Federais que a antecederam, a vigente protege a imagem de forma expressa e bastante efetiva. O legislador constituinte inseriu a imagem no Título II da Carta Magna — “Dos direitos e garantias constitucionais”; mais precisamente, ainda, dentro do Capítulo I, cujo título é “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

São três os incisos do art. 5º que tratam da imagem: V, X e XXVIII. E sem dúvida, pela redação deles, nota-se que, para o caso brasileiro, existe a autonomia do direito à própria imagem. Trata-se de uma discussão que agitou não só os doutrinadores nacionais mas também os juristas estrangeiros. O inciso

X do art. 5<sup>o</sup> não deixa dúvida acerca da independência da imagem em relação à honra e à intimidade.

A questão ligada aos direitos da personalidade possui forte vínculo com as atividades exercidas pela imprensa, reguladas pela Lei n. 5.250/67. Essa matéria tem ensejado diversas obras, posto que se vê surgir um verdadeiro conflito de princípios constitucionais, que não implica antinomia, e cuja superação se dá pela ponderação.

É pacífica, entre os doutrinadores, a posição de que nenhum direito é absoluto, visto que tem seu campo de atuação limitado pelo campo de atuação de outro direito. Nesse sentido, bem coloca Pedro Frederico Caldas, em seu livro *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*: “Exercício de direito vulnerador de uma situação jurídica, ou de outro interesse juridicamente protegido, configura despotismo ou abuso de direito, configurações que trincam a ordem jurídica, o equilíbrio e a harmonia social, demandando a reparação devida”.

A Constituição Federal traz, no § 1<sup>o</sup> do art. 220, a vedação à edição de qualquer dispositivo legal que venha a embaraçar a plena liberdade de informação jornalística. No entanto também proclama a inviolabilidade da vida privada e de outros direitos da personalidade, dentre os quais destacamos o direito à honra e à imagem da pessoa. E, a par disso, o art. 221 dessa Carta Magna impõe à produção e à programação das emissoras de rádio e de televisão o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O importante é que se estabeleça até que ponto está havendo a liberdade de comunicação e em que momento essa atividade começa a ferir direitos personalíssimos de outros.

Para José Afonso da Silva, em seu *Curso de direito constitucional positivo*, a liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. Destaca o referido autor que a liberdade de informação jornalística não se resume apenas na liberdade de imprensa, uma vez que “está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação. A informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”.

A Lei de Imprensa penaliza e responsabiliza os que praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, é assim que dispõe seu art. 12. Os arts. 20 a 22 tratam das sanções impostas aos autores de crimes contra a honra da pessoa, quais sejam: calúnia, difamação e injúria, que aparecem previstos também no Código Penal, respectivamente nos arts. 138, 139 e 140.

Nota-se que não se trata de um dispositivo isolado dentro do ordenamento que estabelece punição ao ofensor de algum dos direitos da personalidade, mas sim de uma preocupação dos mais diferentes ramos do Direito.

A parte final deste art. 20 é clara sobre o cabimento de indenização no caso de ofensa à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou quando a palavra, a

imagem ou os escritos de alguém sejam usados para fins comerciais.

Nesta última previsão, o que quis o legislador evitar, mais uma vez, foi o enriquecimento indevido de alguém à custa de outro. E, como visto, os nossos Tribunais Estaduais e mesmo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, já se manifestaram, por inúmeras vezes, no sentido de condenar o locupletamento indevido, ensejador de indenização.

Como dito anteriormente, notamos que o legislador se preocupou também em proteger os escritos. Tal questão aparece, por certo, em decorrência dos chamados direitos autorais.

A produção intelectual tem merecido proteção em todo o mundo, quer no plano puramente acadêmico, quer no científico, como no artístico, ou mesmo industrial, e de caráter econômico.

Ocorre que determinadas criações intelectuais não se prestam à estrita privacidade e, portanto, à necessária autorização prévia de utilização.

É só lembrarmos do conteúdo dos acórdãos, sentenças etc., cujo caráter público leva à divulgação sem qualquer restrição.

Importa salientar que o artigo permite que, quando necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, sejam feitas a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa.

Dada a excepcionalidade, a interpretação há que ser restritiva.

Havendo autorização, fica inibido o nascimento de qualquer direito a indenização pelo uso, tendo em vista que o consentimento torna a utilização legal.

Tal consentimento não há que ser obtido mediante solenidade, ou formalidade prévia, podendo vir a ser manifestado e passível de conhecimento objetivo específico, porque não se pode imaginar autorização permanente e genérica, sob pena de se estar diante de criação sem direito à autoria. Bem por isso tem sido comum a vitória de diversos modelos, que posaram em fotos de nu artístico, quanto a pedidos de indenização pelo uso de sua imagem na edição que não a específica para a qual cedeu o uso.

O disposto no parágrafo único deste art. 20 refere-se à legitimação dada ao cônjuge, aos ascendentes ou descendentes para requererem seus direitos quanto ao uso indevido ofensivo à memória do cônjuge, ou parente. As observações a serem feitas têm paralelo com as desenvolvidas por ocasião do parágrafo único do art. 12, ou seja, de modo que não seja a legitimação vista como a extensão de um direito da personalidade após a morte do indivíduo, mas, sim, como diz Luiz Alberto David Araújo: "... o direito à própria imagem, como direito da personalidade, é intransmissível, pois se extingue com a morte do indivíduo, da mesma forma que aparece com o nascimento da pessoa. Surge, no entanto, com a morte, um direito dos herdeiros, distinto do originário, que cuida de proteger referidos parentes da veiculação da imagem do indivíduo morto".

***Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou***

*fazer cessar ato contrário a esta norma.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 80º; Código de Quebec, art. 35.

**BIBLIOGRAFIA:** Bastos, Celso Ribeiro e Gandra Martins, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. Caldas, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. Fernandes, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977 (p. 33/52 — Cap. II, itens 16 a 23). Gonçalves, Luiz Carlos Santos e Guerra, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée par le droit*. 3. ed. Paris: Economica, 1998. Lotufo, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional* (“O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade”, de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves). São Paulo: Max Limonad, 1999. Miranda, Rosângelo Rodrigues de. *A proteção constitucional da vida privada*. LED, 1996. MOTA PINTO, Paulo. “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 21, p. 21. Neto, Manoel Jorge e Silva. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. Rodriguez, José Luis Concepción. *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: Bosch, 1996. Silva, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. Warren, Samuel e Brandeis, Luis. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

**COMENTÁRIOS:** Aqui aparece a proteção à vida privada do ser humano, cuja inviolabilidade já goza de proteção em patamar constitucional (art. 5º, X).

A referência de que a busca de proteção deverá ser feita pelo ofendido, através de requerimento ao Poder Judiciário, deve ser corretamente entendida como clara garantia do direito à privacidade.

Há que se lembrar que muitos autores entendem a privacidade como conceito incindível, enquanto outros vêem a intimidade como conceito distinto de privacidade.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, em seu trabalho “O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade”, adere à distinção por nós acolhida e evidencia que o campo da intimidade é mais restrito do que o da privacidade, o que implica, com a maior razão, em proteção constitucional e legal.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*) referem a guarida constitucional à reserva da intimidade e da vida privada como a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, bem como impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área de manifestação existencial do ser humano.

Rabindranath Capelo de Sousa, em *O direito geral de personalidade*, ao comentar a proteção dada à vida privada pela legislação portuguesa, assevera que “a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, na criação e assunção de sua escala de valores, na prática dos seus actos, na realização dos mesmos e na recondução de seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe notadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (‘right to be alone’), pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem”.

O mencionado autor frisa que os demais segredos que compõem a personalidade e que não contam com expressa proteção legislativa, por força de artigo similar no Direito português, por serem segredos englobados na “vida privada”, também são tutelados pelo mesmo (artigo). São exemplos deles: o segredo profissional, o sigilo bancário, o segredo de justiça, e todas as demais opiniões e sentimentos que o indivíduo manifeste a vontade de não querer revelar.

Devemos ressaltar que, no entanto, como já mencionado antes, nenhum direito é absoluto, e a proteção à vida privada tem também seus limites. Neste mesmo sentido, Rosângelo Rodrigues de Miranda coloca: “Ora, o direito à vida privada nem sempre porta-se de modo absoluto. Há casos, por exemplo, que a doutrina reconhece sofrer ele limitações, a saber: segurança pública, saúde, informações de relevância histórica etc.” (*A proteção constitucional da vida privada*, p. 80).

Não há que se falar em ato ilícito sobre o mero relato do casamento ou do nascimento de alguém; também não ocorre violação a este dispositivo quanto aos atos de pessoas públicas ou que exerçam funções de representação. Mas

devemos destacar como a principal restrição ao direito de reserva da vida privada a imposta por força do interesse público. “Para a detecção dos interesses preponderantes a respeitar tem de fazer-se uma adequada ponderação caso por caso”, aduz, mais uma vez, acertadamente, Capelo de Sousa.

### **Capítulo III** **DA AUSÊNCIA**

#### **Seção I** **Da curadoria dos bens do ausente**

**Art. 22.** *Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 463. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio, sem que dela haja notícia, se não houver deixado representante, ou procurador, a quem toque administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, nomear-lhe-á curador.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, arts. 89<sup>o</sup> e 100<sup>o</sup>; Código francês, art. 115; Código suíço, arts. 392 e 393; Código alemão, § 1.911; Código italiano, art. 49; Código paraguaio, arts. 64 e 66; Código de Quebec, arts. 84, 86 e 87; Código Civil russo, art. 42; Código argentino, arts. 110 e 115.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. v. 9. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de

Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** A ausência não é o simples desaparecimento de uma pessoa; a este devem ser levados em conta também o tempo prolongado e as circunstâncias do desaparecimento.

Embora a maioria da doutrina pátria afirme que a ausência é um instituto recente, atribuindo sua origem à Revolução Francesa (*Régime de l'absence*), há que se lembrar que os romanos já haviam traçado as linhas do instituto, quando Constantino facultou à mulher do prisioneiro de guerra constituir novas “núpcias”, se há quatro anos não soubesse a “sorte” de seu marido, lapso temporal aumentado para seis anos por Justiniano, após receber grandes pressões da Igreja, oportunidade em que já se verifica a idéia de “incerteza” da existência, elemento típico desse instituto.

A declaração da ausência simplesmente faz presumir a morte que não foi objeto da devida certificação, portanto da prova.

A principal alteração trazida pelo Código de 2002 é a sua introdução tópica na parte, quando era tratada exclusivamente no Direito de Família, no Código de 1916. Sem dúvida, tal alteração revela-se positiva tendo em vista a relevância desse tema no campo da capacidade para os atos da vida civil e negocial, a par dos seus reflexos no campo mais restrito do Direito de Família, em que também continuam a ser tratados, no Título IV do Livro IV, os institutos da tutela e da curatela.

O Código seguiu a tendência das legislações mais modernas, pois.

O Código Civil, em seu art. 39, estabelece os regramentos para o reaparecimento do ausente, seguindo o exemplo das previsões de alguns Códigos estrangeiros, como o italiano, de 1942, em seu art. 56 (*Ritorno dell'assente o prova della sua esistenza*). O mesmo observamos na primeira parte do Código Civil russo, elaborado em 1995.

A finalidade última da declaração é para a abertura da sucessão, o que levou à análise prevalente desse aspecto por grande parte da doutrina. Mas há que se ver que o reflexo pode ir muito além, pois implica alteração na capacidade e conseqüentemente na legitimidade do ausente.

Tal reflexo se deve à caracterização de incapacidade do ausente, particularmente na administração de seu patrimônio, como bem destaca Cesar Fiuza, implicando a nomeação de quem o represente. É evidente que, em relação a terceiros, surgem reflexos, bem como para os membros da família. Hoje já se admite, em diversos direitos positivos, para fins de estado civil, que o cônjuge

presente possa convolar novas núpcias. Nesse caso, grande erro comete quem considera o ausente um incapaz, pois, em verdade, está sendo considerado morto presumidamente.

Na estrutura do nosso Código de 1916, a ausência vinha regulada no âmbito do Direito de Família, enquanto no Código atual a matéria é tratada exatamente na Parte Geral, visto que relevada sua importância no campo da capacidade para os atos da vida civil e negocial, não havendo representante, legal ou voluntário.

Em consonância com a questão da capacidade, é evidente que se o ausente era incapaz há que se buscar saber de representante legal, enquanto, se era capaz, da existência de representante voluntário.

Assim, quem tiver interesse pode requerer a declaração da ausência para que seja dado curador ao desaparecido, e passe a haver regular administração de seu patrimônio, quer na parte ativa, quer na passiva. Daí se ter que mesmo um credor pode ter legitimidade, que não se restringe, pois, aos familiares mais próximos.

À evidência, o Ministério Público tem legitimidade para requerer a declaração de ausência e nomeação de curador.

É de fixar que a incapacidade que se reconhece é em função do patrimônio, para as relações negociais e no âmbito do Direito de Família na parte patrimonial. As relações pessoais dependerão de um *plus*, como a declaração da morte presumida.

Observação (já feita por ocasião do art. 3º deste Código) que merece ser ratificada é a condizente à situação do ausente como incapaz. Repita-se: o ausente não é um incapaz para todos os atos da vida civil; apenas por estar afastado de seu domicílio por certo lapso temporal, não gerencia seu patrimônio. Mas, onde estiver, pode agir civilmente, até mesmo casar.

Acertada a denominação da Seção I do presente Capítulo III para “Da curadoria *dos bens* do ausente”.

Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, v. 5) já discorria sobre a deformação conceitual de se considerar o ausente como um incapaz.

É certo que o interesse de um país em regular e difundir o instituto da ausência varia de acordo com seu envolvimento em situações de guerras, de revoluções, ou de constantes desastres naturais de grande proporção.

Caracterizada a ausência, a curatela dos bens do ausente pode ser decretada mesmo não havendo bens administráveis, podendo restringir-se, por exemplo, aos benefícios previdenciários.

A curadoria de ausentes é marcada pela condição, ou seja, não tem o caráter permanente, já que pode cessar a qualquer momento, seja pelo reaparecimento do ausente, seja pela comprovação de sua morte.

É uma curadoria que nasce em razão do interesse na segurança e conservação do patrimônio do ausente.

A forma de proceder está prevista nos arts. 1.159 a 1.169 do Código de Processo Civil, no capítulo que trata dos *bens do ausente*, até que ocorra a

sucessão definitiva dos bens ou o retorno do ausente.

**Art. 23.** *Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 464. Também se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário, que não queira, ou não possa exercer ou continuar o mandato.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código paraguaio, art. 66; Código português, art. 89<sup>o</sup>; Código de Quebec, art. 86; Código francês, art. 122; Código suíço, art. 392.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Aqui a hipótese é um pouco mais complexa na matéria fática, pois o ausente, antes de desaparecer, deixa um mandatário, o qual não pode ou não quer exercer ou continuar o mandato, ou, ainda, seus poderes são insuficientes.

Veja-se que o desaparecido tinha atividade negocial, a ponto de voluntariamente ter um mandatário. Assim, fica mais clara a razão de ser do tratamento na Parte Geral, ainda que a remissão à figura do mandato implique conhecimento de figura contratual típica.

Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, ao analisar o dispositivo análogo a este do Código Civil de 1916, cita, como exemplos de

situações que seriam abrangidas por essa previsão, a do mandatário que cai em interdição; ou, pela mudança de estado, o mandatário que se inabilita para exercer o mandato; o caso de renúncia, se não houver notícia do procurador.

**Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 465. *O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil russo, art. 43; Código italiano, art. 48; Código português, art. 94<sup>º</sup>; Código argentino, art. 119; Código paraguaio, art. 66; Código de Quebec, art. 87; Código suíço, art. 396.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopèdia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Cabe ao juiz, competente de acordo com a lei orgânica da magistratura para conhecer do pedido de ausência da pessoa cujo paradeiro é desconhecido, constatando que há bens em estado de abandono, a nomeação de curador, fixando os limites de seus poderes e obrigações.

Para essa limitação, o juiz deve levar em conta as circunstâncias de cada caso, observando no que for possível o disposto a respeito de tutores e curadores.

Aqui há que se lembrar que a idéia original da reforma dos Códigos previa a tramitação simultânea. Idéia aceita pelos elaboradores era a de que se deviam escoimar as regras processuais do Código Civil, deixando-as exclusivamente para

o Código de Processo Civil, e que as inovações do Código Civil deveriam ter os meios operacionais introduzidos no CPC. No entanto, por questões históricas, o Código de Processo Civil entrou em vigor em 1974, e o Civil foi aprovado em 2002, para entrar em vigor em 2003...

Daí que as regras relativas à curadoria de ausentes estão previstas no art. 1.160 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhe-á um curador, na forma estabelecida para o processo de herança jacente. Portanto, partindo dessa premissa, e adaptando o disposto no art. 1.144 do CPC, notamos que as obrigações do curador podem ser assim resumidas: representar os bens do ausente em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público; ter boa guarda e conservação dos bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes; executar as medidas conservatórias ao direito de herança; apresentar mensalmente ao juiz um balancete da receita e da despesa e, ainda, prestar contas ao final de sua gestão.

O parágrafo único do art. 1.144 do Código de Processo Civil determina a aplicação de seus arts. 148 a 150, relativos ao depositário e administrador judiciais, ao curador.

Pela leitura desses artigos, notamos deveres e direitos do curador, que perceberá, por seu trabalho, remuneração fixada pelo juiz com base na situação dos bens, no tempo do serviço e nas dificuldades de sua execução. Há também que se lembrar da responsabilidade do curador pelos prejuízos que, por dolo ou por culpa, causar (art. 160).

**Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.**

**§ 1º Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.**

**§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.**

**§ 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.**

**CÓDIGO DE 1916: Art. 466. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, será o seu legítimo curador.**

**Art. 467. Em falta de cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe ao pai, à mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.**

**Parágrafo único. Entre os descendentes, os mais vizinhos precedem aos mais remotos, e, entre os do mesmo grau, os varões preferem às mulheres.**

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo; Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Aqui se tem o elenco e a ordem para nomeação dos legitimados à curadoria dos bens do ausente.

Ressalte-se que o curador nomeado deve prestar contas anualmente ao juiz e ao Ministério Público sobre sua administração em relação aos bens.

N o *caput* do artigo encontramos a regra geral que estabelece a precedência do cônjuge como curador. A ressalva do legislador, *separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência*, não é de todo despicienda, pois, rigorosamente, enquanto não declarada a separação, mantém-se o casamento.

Ocorre que para a curadoria a preferência não é da situação formal, mas da proximidade, do contato com o patrimônio a ser administrado, e, mais, sem que haja conflito de interesses, como normalmente há entre separandos.

Torna-se evidente com o contexto deste novo Código e com o estabelecido na Constituição Federal (§ 3<sup>o</sup> do art. 226) que o companheiro ou companheira que viviam sob o regime da união estável também devem ser preferidos na ordem de nomeação para curador legítimo dos bens do ausente.

O § 1<sup>o</sup> prevê que a curadoria dos bens do ausente, na falta de cônjuge, incumbe aos seus pais ou aos seus descendentes, nesta ordem. Destaque-se: o presente Código ressalta que não pode haver impedimento que os iniba de exercer o cargo. A relação direta de parentesco impõe a curatela e inibe a não-aceitação. É um *munus* decorrente da paternidade, da filiação, enfim, do parentesco direto.

A precedência dos ascendentes se deve à presunção da maior experiência para a vida negocial e administração dos bens, e a dos mais próximos sobre os mais distantes, de haver maior possibilidade de conhecimento

fático e de efetivo exercício.

Se inexistirem os nominados no elenco fechado, cabe ao juiz a nomeação, dentre as pessoas que entenda terem condições de cumprir com o encargo.

Assim, há que se considerar como impedidos para a curadoria dos bens do ausente os mesmos previstos no art. 1.735 deste Código: aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em curadorias anteriores; aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da curatela.

O § 2º dispõe de modo a deixar claro que a proximidade é caráter geral, pois também aplicável aos descendentes. A redação equivalente a este parágrafo no Código de 1916 estabelecia ainda que, sendo os descendentes de mesmo grau, os varões precediam às mulheres. A partir da Constituição de 1988 tal dispositivo perdeu a sua validade, pois evidentemente inconstitucional, visto que discriminava com base no sexo.

## *Seção II*

### *Da sucessão provisória*

*Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 469. Passando-se 2 (dois) anos, sem que se saiba do ausente, se não deixou representante, nem procurador, ou, se os deixou, em passando 4 (quatro) anos, poderão os interessados requerer que se lhes abra provisoriamente a sucessão.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, arts. 49 e 50; Código de Quebec, art. 89; Código paraguaio, art. 70; Código francês, art. 121.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano:

Giuffrè (v. “ausência” e “declaração de ausência”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Especificamente, o artigo trata da abertura da sucessão provisória, ou da *sucessio praematura*, que é autorizada após passado um ano da arrecadação dos bens do ausente ou, em caso de existir um procurador ou representante, passados três anos.

O lapso temporal diverso está baseado na presunção de que o outorgante de mandato e/ou representação tem mais possibilidades de retornar o comando de suas atividades negociais, e está tendo seu patrimônio cuidado por quem é de sua confiança.

Nota-se que a abertura da sucessão é um procedimento a ser tomado por iniciativa dos interessados, cuja legitimidade está prevista no artigo seguinte. Não se admite, pois, que o juiz, de ofício, declare a ausência e abra, mesmo que provisoriamente, a sucessão.

A operacionalidade, ou seja, a efetividade dos dispositivos aqui examinados, tem sua previsão no Código de Processo Civil, especificamente nos arts. 1.159 a 1.169.

O art. 1.161 do CPC deixa claro que, após a ocorrência do desaparecimento, a arrecadação dos bens e a nomeação do curador, devem ser publicados editais durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando a referida arrecadação. Com essa providência o ausente é chamado para entrar na posse de seus bens. Assim, o período de um ano, previsto no artigo ora comentado, deve incluir uma “busca” pelo ausente, e só após a publicação desses editais sem que se tenha notícias do ausente é que a abertura poderá ser autorizada.

Ressalte-se que o prazo de um ano após a arrecadação e o de três anos no caso de existência de representante ou procurador haviam sido estabelecidos para a tramitação conjunta dos Códigos, pelo que o CPC inovou, quando entrou em vigor, sobre o Código Civil de 1916, que previa prazos maiores, de respectivamente dois e quatro anos. Não houve, então, senão revogação, pois ambas são normas federais de igual hierarquia. A superveniência do Código Civil não altera a norma vigente do CPC, posto que a ratifica, com ela não conflita.

***Art. 27. Para o efeito previsto no artigo anterior, somente se consideram interessados:***

- I - o cônjuge não separado judicialmente;***
- II - os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;***
- III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;***
- IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 470. *Consideram-se, para este efeito, interessados:*

- I - o cônjuge não separado judicialmente;*
- II - os herdeiros presumidos legítimos, ou os testamentários;*
- III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte;*
- IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 100<sup>º</sup>, Código paraguaio, art. 68; Código argentino, art. 113.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** O artigo traz de forma explícita o elenco fechado dos que podem ser considerados interessados para efeito de requerimento do pedido de abertura da sucessão provisória.

Verifica-se que o art. 27 prevê o mesmo elenco do § 1<sup>º</sup> e incisos do art. 1.163 do Código de Processo Civil.

Todos os interessados possuem em comum o interesse patrimonial na

abertura da sucessão. Com relação ao inciso I, o direito do cônjuge requerer a abertura da sucessão provisória deve ser entendido como abrangente da figura da companheira, ou companheiro, que vivia em união estável com o ausente, em razão do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Quanto aos previstos no inciso II, seus interesses são claros, são os herdeiros: presumidos, legítimos ou testamentários.

À evidência que, no tocante ao inciso III, devem ser entendidos os legatários, porque seu direito específico de natureza sucessória é subordinado à morte (art. 1.912), exceção feita aos legados clausulados com condição suspensiva inocontrada (art. 125), bem como os nu-proprietários de bem usufruído pelo desaparecido (art. 1.410).

O Código traz ainda outra hipótese de legitimação para requerer a abertura da sucessão provisória: trata-se do Ministério Público, o que será visto nos comentários ao artigo seguinte.

*Art. 28. A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.*

*§ 1º Findo o prazo a que se refere o art. 26, e não havendo interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê-la ao juízo competente.*

*§ 2º Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 471. A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito 6 (seis) meses depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, se procederá à abertura do testamento, se existir, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.*

*§ 1º Findo o prazo do art. 469, e não havendo absolutamente interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê-la ao juízo competente.*

*§ 2º Não comparecendo herdeiro, ou interessado, tanto que passe em julgado a sentença, que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á judicialmente à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.591 a 1.594.*

Código argentino, arts. 116 e 118; Código francês, arts. 123 e 126.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Pelo previsto no *caput* do presente artigo revela o legislador cautela ao conceder um prazo considerado razoável para que o ausente reapareça e tome conhecimento da sentença que determinou a abertura da sucessão provisória de seus bens. Assim, a referida sentença só produzirá efeitos cento e oitenta dias após sua publicação pela imprensa.

Este prazo de cento e oitenta dias pode ser visto como a principal mudança deste artigo em relação ao seu equivalente no Código Civil antecessor. O prazo, antes, era de seis meses, agora temos cento e oitenta dias, o que, embora pareça a mesma coisa, faz diferença.

Veja-se que ao art. 132 traz as regras para a contagem de prazo, sendo que à regra geral do *caput* segue-se a da contagem por dias no § 1<sup>o</sup>, e a por meses no § 3<sup>o</sup>. Basta mencionar uma contagem por dias que envolva o mês de fevereiro, ou mês que tenha trinta e um dias.

Passado tal lapso temporal, com o trânsito em julgado, ocorrerá a abertura do testamento, se este existir, ou o inventário, até a partilha dos bens, como se o ausente fosse morto.

Ressalte-se que o art. 104 da Lei de Registros Públicos estabelece que a sentença determinadora da abertura da sucessão provisória deve ser averbada no registro Civil de Pessoas Naturais.

O § 2<sup>o</sup> deste art. 28 dá ainda o prazo de trinta dias para que um herdeiro ou algum interessado na sucessão dos bens requeira o inventário. Não sendo obedecido tal prazo, será feita a arrecadação dos bens do ausente da forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823, ou seja, os que tratam da herança jacente. Essa orientação mostra-se consoante com o disposto no parágrafo único do art. 1.165 do Código de Processo Civil. O antigo Código dispunha que tal procedimento seria tomado tanto que passasse em julgado a sentença.

A herança jacente diz respeito a uma situação transitória, que pode ensejar a herança vacante, ou seja, a transferência dos bens do morto ao Estado, na ausência de herdeiros.

A situação prevista no § 2º determina que, subsidiariamente, o Ministério Público requeira a abertura da sucessão. Tal requerimento só será autorizado na falta de interessado ou de herdeiro para promovê-la e escoado o prazo previsto no art. 26 deste Código Civil, qual seja, um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se este deixou procurador, três anos.

**Art. 29. Antes da partilha, o juiz, quando julgar conveniente, ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis ou em títulos garantidos pela União.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 472. *Antes da partilha o juiz ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis, ou em títulos da dívida pública da União ou dos Estados (art. 477).*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 126.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopèdia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo e os demais desta Seção II salvagam os bens do ausente, tendo em vista que seu óbito é apenas presumido, sendo possível que de um momento para outro ele retorne. Assim, os bens devem ser preservados, a fim de serem devolvidos quando reclamados.

Este artigo protege especificamente os bens móveis que, sujeitos a deterioração ou a extravio, deverão ser alienados, por determinação judicial, e o

produto auferido será sub-rogado em outros bens, imóveis, ou em títulos da dívida pública.

Cumpre-nos destacar que os Títulos de Dívida Pública são obrigações federais, estaduais ou municipais. Tais títulos de crédito são emitidos e garantidos pela União, por um Estado ou por um Município. Normalmente trazem indicados o prazo do resgate e a taxa de juros incidente

Já com a conversão dos bens móveis em imóveis, o que o legislador pretendeu foi possibilitar a aplicação da regra prevista no art. 31 deste Código, qual seja, a inalienabilidade do bem, a não ser em virtude de desapropriação, hipoteca, ordenadas pelo magistrado, visando a evitar a ruína.

**Art. 30.** *Os herdeiros, para se imitirem na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos.*

**§ 1º** *Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.*

**§ 2º** *Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 473. Os herdeiros imitados na posse dos bens do ausente darão garantias da restituição deles, mediante penhores, ou hipotecas, equivalentes aos quinhões respectivos.*

*Parágrafo único. O que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a dita garantia (art. 478).*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 50; Código francês, arts. 123 e 125; Código paraguaio, art. 70; Código argentino, art. 118.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3.

1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Temos mais um artigo de natureza acautelatória. A regra geral, estabelecida em seu *caput*, impõe que os herdeiros só serão imitados na posse dos bens do ausente após prestarem garantias equivalentes aos seus quinhões. Trata-se, é óbvio, de uma condição imposta aos herdeiros.

O § 2º traz a exceção a esta regra, autorizando certos herdeiros a entrarem na posse dos bens, independentemente de prestarem garantias. Essa possibilidade só diz respeito aos ascendentes, descendentes e ao cônjuge, incluindo, indubitavelmente, nesta última classe, o que convivia sob regime de união estável com o ausente.

A situação pode ser assim resumida: todos os herdeiros prestarão caução com relação aos bens do ausente em algum momento da sucessão provisória. A regra geral determina, a certos herdeiros, a condição inicial de prestação da garantia para a imissão na posse, sendo que para os ascendentes, descendentes e cônjuge, a prestação dessa caução só será feita após terem sido imitados na posse, conforme estabelece o art. 1.166 do Código de Processo Civil.

Sem dúvida, a necessidade de prestação de garantia deve-se ao fato de ser presumida a morte do ausente, cabendo aos herdeiros a devolução no caso de reaparecimento. Protegem-se também os eventuais herdeiros, caso existam e ainda não se habilitaram, os credores do ausente e a própria Fazenda Pública.

Destaque-se que o *caput* deste artigo determina a prestação de garantia hipotecária ou pignoratícia (reais) enquanto o Diploma Processual Civil fala em caução, que pode ser tanto real quanto pessoal. As interpretações sobre quais bens devam ser dados em garantia divergem. Há quem sustente que a escolha será feita pelo juiz tendo em vista o disposto no art. 1.109 do CPC. Adepto a essa corrente aparece José Olympio de Castro Filho (cf. sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil*). Para outros, como Sílvio de Salvo Venosa, tendo em vista que o Estatuto Processual Civil não especifica a modalidade da caução, devem ser admitidas ambas, tanto a real como a fidejussória.

Com relação a este artigo, outra situação que merece destaque é a prevista no § 1º, qual seja, a do que tem direito à posse provisória mas não pode prestar a garantia imposta. O herdeiro que se encontrar nessa situação não sucede provisoriamente, cabendo ao juiz a nomeação de um curador ou a determinação de que um outro herdeiro preste garantia e administre os bens que

lhe caberiam. Resta a esse excluído a possibilidade de exigir a entrega de metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria, como será explicado por ocasião do art. 34 deste Código.

**Art. 31. Os imóveis do ausente só se poderão alienar, não sendo por desapropriação, ou hipotecar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 475. *Não sendo por desapropriação, os imóveis do ausente só se poderão alienar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína, ou quando convenha convertê-los em títulos da dívida pública.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 54; Código francês, art. 128; Código paraguaio, art. 70; Código argentino, art. 121.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Protegem-se aqui os bens imóveis do ausente, não só os arrecadados como também os móveis convertidos por força do art. 29 deste Código.

A regra é que esses bens só poderão ser alienados em caso de desapropriação e não podem ser hipotecados. Mas a decisão judicial que vise evitar-lhes a ruína poderá autorizar tanto a hipoteca como a venda.

Ressalte-se que a previsão para o caso de desapropriação é plenamente justificável, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público em

relação ao privado. Assim, mesmo que o imóvel objeto de desapropriação pertencesse a alguém presente, sua venda ocorreria.

**Art. 32.** *Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele forem movidas.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 476. Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente; de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele se moverem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 52; Código francês, art. 134.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972; *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1 e 2. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** A redação extrema de qualquer dúvida a discussão que se fez presente quando da elaboração do Código anterior, ou seja, quanto à possibilidade de se falar em posse de direitos pessoais.

MOREIRA ALVES (*Posse*, v. 2, p. 242) lembra que:

“Correta, portanto, a interpretação de que a posse de direito, em face do Código Civil brasileiro, só abrange direitos reais limitados.

Com isto não se afasta ... a proteção possessória de titulares de direitos pessoais cujo exercício se prenda à detenção de uma coisa, como ocorre, por

exemplo, na locação. Essa proteção possessória lhe é atribuída pela outra das duas organizações da posse admitidas em nosso sistema jurídico — a vertical —, não porque se reconheça nesses casos a existência de posse de direito, mas, sim, de posse de coisa derivada do *ius possessionis* do que a exerce a título de proprietário”.

Estando os herdeiros empossados nos *bens* do ausente, cabe a eles a representação processual deste, seja nas ações em que figuraria como autor, seja nas em que seria o réu.

Com o empossamento dos herdeiros, mesmo que em caráter provisório, o curador não mais é seu representante legal, não havendo assim justificativa para que permaneça na representação dos bens do ausente. Correrão em relação aos herdeiros tanto as ações pendentes como as futuras que assegurem direitos do ausente.

Não se tem aqui o denominado desdobramento da posse em direta e indireta, porque tal desdobramento decorre de negócio jurídico estabelecido por quem tenha direito à posse.

Aqui a atribuição da representação decorre da própria imissão na posse, o que impõe ao exercente o *munus* de defendê-la.

**Art. 33. O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 29, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.**

**Parágrafo único. Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 477. *O descendente, ascendente, ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem. Os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 472, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 53; Código francês, art. 127.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopèdia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Na interpretação deste artigo há de se fazer a distinção entre duas espécies de herdeiros: ascendente, descendente e cônjuge, de um lado, e os demais, de outro.

Os primeiros, a partir do momento em que forem empossados, terão como seus todos os frutos e rendimentos do quinhão que lhes couber, não lhes sendo imposto o dever de prestar contas.

Já os demais deverão capitalizar metade, para o caso de retorno do ausente. Devem, ainda, prestar contas anualmente ao juiz competente. Nesse caso, a participação do Ministério Público será no sentido de fiscalizar a referida capitalização, nos moldes do art. 29, isto é, através da conversão dos rendimentos e frutos em imóveis ou em títulos da dívida pública.

Há que se lembrar que o exercício da posse implica em atividade do possuidor, que deverá manter a coisa em bom estado e em condições de frutificar. Portanto, além de ter direito à posse, deve ela ser justa (art. 1.200).

Os frutos sendo coisas que com periodicidade provêm de outras, e que separados daquelas não ocasionam sua destruição total ou parcial, podem ser classificados mediante critérios diversos, dos quais o que nos interessa no presente artigo é quanto à origem.

Os frutos naturais são os que a coisa produz em virtude de sua própria essência, como por exemplo os vegetais produzidos pelo solo.

Os frutos civis condizem com os rendimentos produzidos pela utilização econômica da coisa principal. Assim, os rendimentos são uma espécie dentro do gênero frutos; são os civis.

Com relação ao ordenamento anterior, a principal alteração diz respeito ao disposto no parágrafo único deste art. 33. Inovou o legislador ao prever que, em caso de ausência voluntária e injustificada, o ausente perderá, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos. É uma forma de retribuir àquele que cumpriu bem com a posse, e sancionar quem não só não foi ativo, como teve a intenção de não assumir os encargos relativos à posse.

Pode-se divisar aqui a projeção da função social da posse.

Assim, aquele que, por sua vontade, desaparece de seu domicílio por tempo indeterminado, sem dar notícias, perde os direitos a receber os frutos e os rendimentos de seus bens durante o período de sua ausência.

**Art. 34.** *O excluído, segundo o art. 30, da posse provisória poderá, justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocara.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 478. O excluído, segundo o art. 473, parágrafo único, da posse provisória, poderá, justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão, que lhe tocara.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Não há dispositivo equivalente no Direito Comparado.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Trata este artigo da possibilidade dada ao herdeiro que, não sendo ascendente, descendente nem cônjuge do ausente, e impossibilitado de prestar garantia, viu-se privado da imissão na posse do quinhão que lhe caberia.

É consequência do caráter extremamente protetivo do legislador em relação ao ausente, o que é criticado por boa parte da doutrina, ainda mais atualmente, com a velocidade dos meios de comunicação. Sem dúvida, essa

excessiva proteção acaba prejudicando os herdeiros desprovidos de recursos.

Trata-se, com certeza, de uma discriminação em favor de quem tem melhores condições econômico-financeiras.

Aqui se tem o abrandamento: o herdeiro que tiver sido excluído da imissão na posse dos bens, por não poder oferecer garantia, poderá vir a receber, a requerimento seu, o que lhe tocaria se pudesse garantir que não haveria desfalque no caso de retorno do ausente, ainda que os bens, frutos e rendimentos estejam na posse do curador ou de outro herdeiro.

**Art. 35.** *Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 479. Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 57; Código francês, art. 130.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopèdia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** O artigo prevê a hipótese do término da sucessão provisória. Caso se prove, de forma cabal, a morte do ausente, não há por que

manter-se a situação de incerteza, impondo-se a abertura da sucessão definitiva, por força do que dispõem os arts. 6º e 1.784.

O art. 1.167 do Código de Processo Civil, de forma consoante, em seu inciso I, refere, também, à cessação da sucessão provisória pela certeza da morte do ausente.

Trata-se de providência jurídica que visa à segurança e à estabilidade das relações sociais, para que cada um possa viver e realizar suas atividades normalmente.

Aberta a sucessão definitiva não há que se falar em sucessão provisória, até porque pode ocorrer que os herdeiros à época da abertura da sucessão definitiva, ou seja, os existentes na data da morte, não sejam os mesmos que se admitiram com a declaração da ausência. A data a ser considerada para efeitos de abertura da sucessão é a atribuída ao dia de falecimento do ausente.

Com a morte ocorre a transmissão aos herdeiros, ainda que não estejam presentes no local da morte e possam ter de imediato o *corpus* da posse. Em função do sistema sucessório brasileiro, não há dúvida sobre o momento da transmissão, que, evidentemente, deve preponderar sobre o fixado por sentença na ausência, e que se destina à proteção provisória do patrimônio do ausente, ainda presumido vivo e titular da propriedade dos bens.

***Art. 36. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 480. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até à entrega dos bens a seu dono.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 56; Código francês, art. 131; Código argentino, art. 120; Código paraguaio, art. 71; Código português, art. 98º; Código russo, art. 44; Código de Quebec, art. 97.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA,

Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** O artigo manteve inalterada a disposição do Código Civil antecessor.

Manteve-se a regra, que é lógica, de que, no caso do reaparecimento ou prova de que está vivo o ausente, restabelecem-se as relações jurídicas relativas à posse, propriedade e administração de seus bens.

Os herdeiros terão cessadas todas as vantagens e restarão obrigados a tomar providências até que ocorra a devolução dos bens ao seu verdadeiro dono; do contrário ter-se-á tipificado o esbulho possessório. Cumpre-lhes, ainda, preservar o patrimônio do ausente, sob pena de virem a responder por perdas e danos. Fica claro que a administração do período gera obrigação de prestação de contas ao retornado, exceto quanto à metade que se torna direito próprio no caso do parágrafo único do art. 33.

### *Seção III*

#### *Da sucessão definitiva*

**Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 481. *Vinte anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a definitiva e o levantamento das cauções prestadas.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, arts. 58 e 63; Código paraguaio, art. 72; Código argentino, art. 122; Código francês, art. 129.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo e os dois seguintes tratam da sucessão definitiva, que é o último estágio de todo o procedimento iniciado pela ausência.

A nova redação dada evidencia que o disposto no art. 1.167, II, do Código de Processo Civil, que refere o mesmo prazo de dez anos, após passada em julgado a sentença da sucessão provisória, para a abertura da sucessão definitiva, está em consonância, desde os projetos respectivos, com este Código.

A diminuição do prazo em relação ao Código de 1916 atende à necessidade de se permitir maior circulação dos bens e riquezas, em perfeita harmonia com a diminuição dos prazos relativos à usucapião.

A sucessão definitiva não é consequência objetiva da sentença declaratória da ausência, não ocorre de maneira automática; os interessados deverão formalizar sua intenção, demonstrando o fundamento de seu pedido, qual seja, o decurso dos dez anos.

Com a ocorrência da abertura da sucessão definitiva, os sucessores não mais serão provisórios, pois adquirirão o domínio e a disposição dos bens recebidos, mas se está diante de uma propriedade resolúvel, no caso de o ausente retornar nos dez anos seguintes à data da abertura da sucessão definitiva, conforme previsto no art. 39, *caput*.

Para Pontes de Miranda, os principais efeitos aos sucessores da abertura definitiva podem ser assim resumidos: “a) os sucessores definitivos percebem e fazem seus os rendimentos dos bens que constituem os quinhões; b) suspende-se a inalienabilidade dos imóveis; c) os sucessores podem demandar e ser demandados como legítimos herdeiros do ausente”.

**Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 482. *Também se pode requerer a sucessão definitiva, provando-se que o ausente conta 80 (oitenta) anos de nascido, e que de 5 (cinco) datam as últimas notícias suas.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 129; Código paraguaio, art. 72.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** A abertura de sucessão definitiva aparece relacionada também à morte presumida; nesse caso, a abertura é feita sem a fase da sucessão provisória e a decretação de ausência. De acordo com os arts. 6º e 7º deste Código Civil e o art. 88 da Lei de Registros Públicos, há a hipótese excepcional da presunção, em prazo inferior, cinco anos, para os desaparecidos com mais de oitenta anos.

Os efeitos para os sucessores serão os mesmos já expostos por ocasião do art. 37 deste Código e trarão as mesmas conseqüências e procedimentos dos herdeiros do ausente.

Esta previsão manteve-se inalterada em relação ao Código anterior, e está conforme o art. 6º. Da mesma forma estabelece o art. 1.167, III, do CPC. A presunção para tal faixa etária decorre da maior dificuldade de condições de sobrevida sem a assistência familiar.

**Art. 39. Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados**

*em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.*

**Parágrafo único.** *Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 483. Regressando o ausente nos 10 (dez) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes, ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo.*

**Parágrafo único.** *Se, nos 10 (dez) anos deste artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, a plena propriedade dos bens arrecadados passará ao Estado, ou ao Distrito Federal, se o ausente era domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se o era em território ainda não constituído em Estado.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 132; Código italiano, art. 66; Código paraguaio, art. 72.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1972. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “assenza” e “dichiarazione di assenza”, por Emilio Romagnoli), v. 3. 1958. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1978. EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Ed. V.T.E., 1957. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 5.

**COMENTÁRIOS:** Caso o ausente retorne, ou qualquer de seus herdeiros

necessários apareça nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, apenas poderá requerer a devolução dos bens no estado em que se encontrarem, os sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros ou interessados receberam pelos alienados depois daquele tempo, respeitando-se assim o direito adquirido de terceiro.

Como podemos concluir, a sucessão definitiva prevista nos dois artigos antecessores tem o efeito de impedir a restituição de bens, caso tenham sido alienados a terceiros. Aqui o princípio da boa-fé do terceiro adquirente refere-se à relação de dominação da coisa.

Diversa é a relação quanto aos herdeiros beneficiados pela sucessão, na hipótese do reaparecimento do ausente, ou de herdeiros e sucessores que prefiram aos beneficiados.

Como o reaparecimento implica a inexistência de causa para a sucessão, o benefício pelos herdeiros havido equivale a um enriquecimento sem causa. Daí a disposição no sentido de terem de restituir os bens, se existentes, mas no estado em que se encontrem, ou seja, mesmo que deteriorados, sem obrigação de indenizar pela menos valia quanto ao momento do desaparecimento. A hipótese subsequente é que, se ocorrida a venda dos bens, mas integrando o patrimônio dos herdeiros, dá-se a sub-rogação; e por fim, caso vendidos mas não adquiridos outros, o reaparecido só terá direito ao preço da venda.

Hipótese que ensejou discussão na doutrina clássica e foi superada foi a de existir ou não direito ao preço da coisa, pelo reaparecido, caso não tenha ocorrido venda, mas doação.

A resposta ficou centrada na ausência de enriquecimento pelo herdeiro e, portanto, na inexistência de fundamento para restituir o que não existe.

Com relação aos frutos e rendimentos percebidos pelo sucessor provisório, até a data em que aparecer o ausente ou seu herdeiro, à evidência que não há por que serem restituídos, pois frutos e rendimentos no período do exercício legal e justo da posse.

O parágrafo único traz situação excepcionante. É a hipótese de ausência de herdeiros e sucessores legítimos, ainda que testamentários, que oportunamente vindicaram a herança. Se nesses dez anos o ausente não regressar, e nenhum interessado promoveu a sucessão definitiva, mediante a arrecadação, a propriedade dos seus bens passará ao Município ou Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou serão eles incorporados ao domínio da União quando estiverem situados em território federal.

Cabe destacar que a sucessão por ausência, segundo o art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, obedecerá à lei do país em que era domiciliado o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação de seus bens.

Em sintonia com tal norma, o nosso Direito interno dispõe que a declaração da ausência será requerida ao juiz do domicílio do ausente ou, na falta de domicílio, ao da comarca de última residência deste.

Há, ainda, outros efeitos produzidos pela ausência, como os que repercutirão no Direito de Família, afetando as relações de direito pessoal, como, por exemplo, a previsão do art. 1.728, I, ou seja, os filhos de pais julgados

ausentes serão postos em tutela.

## *Título II*

### **DAS PESSOAS JURÍDICAS**

**COMENTÁRIOS:** Além das pessoas naturais, existem certos entes abstratos, visto que criados pela inteligência como realidade jurídica, que se denominam pessoas jurídicas (pessoas morais, em outras legislações), decorrentes do irrefreável espírito associativo dos seres humanos, entes que atuam como sujeitos de direito.

São as pessoas jurídicas.

Pessoa jurídica é uma entidade própria e inconfundível com as pessoas naturais que a compõem; seu patrimônio, igualmente, é distinto e inconfundível.

Além das pessoas humanas, que são, em última análise, a razão de ser do Direito, das relações jurídicas, criam-se certos grupos sociais, de diversa finalidade, e até mesmo massas de bens constituídas para alcançar determinada finalidade, a que se atribuem direitos próprios. São unidades abstratas, como referimos, a que denominamos pessoas jurídicas, as quais passam a ter direitos subjetivos e obrigações, no contexto social, regido pelo Direito.

As limitações inerentes às pessoas humanas fizeram-lhes ver a necessidade da união de esforços para o atingimento de determinados fins, superação de dificuldades, que exigem maiores recursos.

A primeira lembrança que ocorre às pessoas é a decorrente da formação histórica do Estado.

Mas, no meio social, constatamos outros tipos de formação mais próxima: são os grupos de pessoas que se unem com fim lucrativo ou não (sociedades ou associações).

A discussão doutrinária quanto à natureza jurídica da pessoa jurídica é das mais extensas e profundas.

São várias as teorias que buscaram explicar e viabilizar a atuação desses entes no âmbito do Direito. Fundamentalmente as posições podem ser divididas em duas: as que negam personalidade a elas e, em contraposição, as que lhes afirmam personalidade.

As que negam partem do pressuposto de que só o ser humano pode ser sujeito de direito.

**1) Teorias da ficção.** Preconizada por Savigny, para quem a pessoa jurídica é mera criação da lei, uma ficção do Estado, ou até mesmo da doutrina, não tendo, pois, existência real.

A crítica que se faz a esta teoria é de que não explica a existência do Estado. Teixeira de Freitas, jurista brasileiro precursor de tantas inovações no

mundo do Direito, dizia não entender como tal teoria ainda podia existir ao seu tempo, apesar de quem estava na sua origem, ou seja, Savigny.

A posição de Jhering é classificada por parte da doutrina como integrante da teoria da ficção, mesmo merecendo resistência. De qualquer forma, está bastante próxima dela, como salienta Caio Mário, pois, para Jhering, a personalidade repousa sempre nas pessoas naturais, que são, portanto, os verdadeiros sujeitos de direito, com o que a pessoa jurídica não passa de uma ficção dogmática, utilizada para explicar certas situações de atividade conjunta dos indivíduos.

Outra teoria que se admite integre a corrente da ficção é a da *vontade*, do jurista alemão Zitelmann. Mas, das que são classificadas como tal, a que alcançou maior repercussão foi a da *propriedade coletiva*, defendida pelos franceses Planiol e Berthélemy.

Tais teorias não repercutiram no Direito contemporâneo.

**2) Teorias realistas.** Afirmando que não é o Estado que cria a pessoa jurídica, porque esta é um fenômeno espontâneo. Foram diversas as formulações teóricas realistas, mas há uma essência comum, como se vê das posições de Endemann, na Alemanha, de Saleilles, Gény, Capitant, na França, De Page, na Bélgica, Ferrara, na Itália, Cunha Gonçalves, em Portugal, e Clóvis Beviláqua, no Brasil.

Dessa essência comum chegaram a duas grandes formulações: em *realidade objetiva* e em *realidade técnica*.

A objetiva está ligada ao organicismo, socorrendo-se da analogia com a pessoa natural para explicar a existência real da pessoa jurídica.

A realidade técnica, que também é chamada de jurídica, não é uma realidade objetiva, muito embora existam os grupos associativos de fato, com fins comuns, cuja personificação decorre da atribuição de forma e capacidade pelo mundo jurídico.

A maior ou menor necessidade, ou até impossibilidade, de o legislador fixar limites sobre a criação e existência da pessoa jurídica, segundo Radbruch, seria problema pré-jurídico, isto é, um problema de política legislativa.

No Direito contemporâneo, predomina a aceitação da teoria da realidade técnica, porque se admite que não só a pessoa jurídica tem existência diversa da de seus membros como sua vontade é diversa da de seus componentes, além do que a capacidade que lhe é atribuída pelo direito positivo não é a de seus integrantes, mas a que lhe foi atribuída no ato constitutivo, ou modificativo, portanto através do exercício da autonomia privada.

O nosso direito positivo, para o reconhecimento da pessoa jurídica, exige forma. Sem a satisfação das formalidades prescritas, não existirá pessoa jurídica de direito, portanto com capacidade para a prática dos atos jurídicos. Outros requisitos existem, que vão muito além dos formais, como os fins legais, que também se denominam objeto lícito.

O direito de associar-se é um dos direitos individuais que expressam a liberdade de atividade (art. 5º, XVII e XX, da CF). Assim, há garantia de ordem

constitucional do direito de associação das pessoas naturais, o que implica dizer que ninguém pode ficar obrigado a permanecer associado, também.

Incumbindo ao Estado a preservação do bem comum e da ordem pública, o seu direito positivo tem de prever hipóteses em que, além das formalidades, deve haver prévia e necessária aprovação estatal, para o nascimento de uma pessoa jurídica.

A fiscalização das sociedades e associações que se criam está clara no requisito de prévio registro formal das mesmas para o início da personalidade jurídica (art. 45 do CC).

O ato de vontade das pessoas naturais na mesma direção, isto é, no mesmo sentido, de criação de uma nova pessoa jurídica, não é bastante; fica submetido ao ato registral, que é o que confere reconhecimento à nova pessoa jurídica. O órgão registral variará conforme o tipo de sociedade.

A classificação das pessoas jurídicas pode começar pela distinção clássica entre as de direito público e as de direito privado (art. 40 do CC).

Muitos autores, particularmente publicistas, entendem não mais caber ao Código Civil fazer tal distinção. No entanto, prossegue prevista e justificada neste Código Civil, tal como no anterior, em função da responsabilidade civil.

Quanto aos partidos políticos, que figuravam no Código de 1916, estão submetidos hoje a legislação específica e especial (Lei n. 9.096/95), não cabendo mais a previsão no Código Civil.

As pessoas jurídicas de direito público têm relevância quer no plano interno, quer no plano internacional, daí poder-se dividi-las em pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas de direito internacional.

As pessoas jurídicas de direito público são objeto de estudo específico no Direito Administrativo.

Há que se observar, porém, que podem praticar inúmeros atos negociais, e outros, regrados pelo direito privado, quando, então, ficam submetidas às suas regras.

As pessoas jurídicas de direito privado normalmente são classificadas quanto aos seus fins.

Assim, as de fins ideais denominam-se associações, enquanto as de fins econômicos denominam-se sociedades.

Existe, além delas, outro tipo de pessoa jurídica, muito especial, decorrente da destinação de um patrimônio para determinado fim. A destinação pode ter sido disposta por ato de pessoa natural, como de pessoa jurídica. São as fundações, para as quais o Direito prevê um requisito específico na finalidade, ou seja, deve ser sempre finalidade superior, altruística.

As associações nascem de negócios jurídicos unidirecionais, isto é, as pessoas naturais emitem vontades convergentes para sua criação e estabelecimento de suas finalidades. Caracterizam-se, ainda, por inexistir qualquer previsão de proveito econômico ou de partilha dos resultados. Tais previsões não inibem, logicamente, a atribuição de obrigações aos seus integrantes, até mesmo de ordem pecuniária, para o atingimento dos fins. Essas

obrigações, porém, não são de caráter recíproco, mas concernem a pessoa jurídica.

Caio Mário entende que não há impedimento de que tais tipos de sociedades civis venham a ter finalidades econômicas, do que discorda Orlando Gomes, bem como a maioria da doutrina, que lembra os exemplos mais comuns das associações: desportivas, culturais, recreativas e religiosas.

Em razão de suas finalidades, as associações, que, como notamos acima, alguns denominam sociedades civis, são as únicas pessoas jurídicas de direito privado que podem vir a ser reconhecidas como de utilidade pública, quando poderão gozar de benefícios administrativo-tributários, para melhor concretização de seus fins.

No tocante às sociedades, tem-se que a finalidade é basicamente econômica, razão pela qual são divididas em civis e mercantis.

Essa classificação acabou por levar parte da doutrina, na elaboração dos manuais, a restringir às mercantis o fim econômico.

Os autores contemporâneos vêem que sociedades civis também podem ter fins econômicos, como é nítido nas sociedades prestadoras de serviços profissionais, em que se busca a produção de renda.

Nos dias de hoje estamos cientes de que um grupo de médicos, quando forma uma clínica ou um hospital, não o faz só com fins altruísticos de preservar a saúde de futuros pacientes, mas tem em mira fins econômicos, tanto quanto ocorre com grupos de advogados na formação de uma sociedade de advogados etc. Assim, a divisão clássica ficou ultrapassada, ainda que repetidamente se tenha seu uso no que respeita às sociedades mercantis, como as de fins econômicos.

Há que se lembrar que o conceito original de mercancia era da compra e venda com intuito de lucro, conceito básico do comércio, que é um conceito muito mais restrito que o de finalidade econômica.

As sociedades mercantis são objeto de estudo pelos autores de Direito Comercial.

A proposta do projeto do presente Código Civil foi a de unificação obrigacional, envolvendo obrigações quer civis quer mercantis, o que resultou num Código mais abrangente que um mero Código Civil, pois engloba a empresa, depois as sociedades, excluindo a divisão entre comerciais e civis.

As sociedades civis são universais ou particulares.

Universais, quando a sua constituição compreenda todos os bens, quer presentes, quer futuros, dos sócios, ou compreenda os bens presentes ou futuros, e todos os rendimentos e frutos deles.

Particulares, as que compreendem só parte dos bens dos sócios, quando tem de ocorrer a especificação dos bens que integrarão o patrimônio da novel sociedade.

É de observar que as sociedades civis não estão sujeitas ao regime de falência, que é exclusivo das sociedades mercantis, no nosso sistema de direito positivo (art. 1<sup>o</sup> da Lei de Falências — Dec.-Lei n. 7.661/45).

Cabe uma breve referência às *sociedades de fato*.

Por vezes surgem grupos de pessoas, com denominações sociais, que não têm nem o devido registro, nem, por vezes, o próprio contrato social. No entanto atuam no plano jurídico, provocando efeitos, com o que têm a aparência de ser regulares.

São as denominadas sociedades de fato, que não se deve confundir com grupos de pessoas, ou situações não personificadas, às quais o Direito atribui a condição de sujeito de direito, podendo exigir direitos e cumprir obrigações.

A denominação de sociedades irregulares é a mais feliz para elas, pois exercem atividade como se fossem regulares — portanto como se tivessem direitos e condição de serem imputadas em deveres —, mas não são.

Se uma sociedade de fato vier a regularizar sua situação, com o registro de seu contrato social, haverá a convalidação dos atos praticados anteriormente.

Enquanto isso não ocorrer, a situação da outra parte que contratou não deve ficar prejudicada, razão por que há imputação de responsabilidade ao conjunto patrimonial, bem como daquela pessoa que usou da denominação social inexistente, podendo-se, ainda, alcançar as pessoas dos sócios de fato.

A sociedade de fato não pode agir como sociedade regular por não ter representação válida, ou seja, conforme os estatutos, pois estes dependem de regular registro e possibilidade de conhecimento por terceiros.

Diversa é a situação dos grupos de pessoas e coisas despersonalizados, já que o sistema lhes confere a condição de sujeitos de direito, como temos com a massa falimentar, o espólio, os condomínios de edifícios etc.

É de salientar que o Código, em seu art. 50, mediante emenda do Senado, traz a previsão da desconsideração da pessoa jurídica, que é extremamente importante.

## *Capítulo I*

### **DISPOSIÇÕES GERAIS**

***Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.***

**CÓDIGO DE 1916: Art. 13. As pessoas jurídicas são de direito público interno, ou externo, e de direito privado.**

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Não há dispositivo equivalente na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas jurídico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O Direito cria suas próprias realidades, que podem não coincidir com as da vida da natureza. Assim é que cria o horário de verão sem que se altere a rotação da Terra, muito menos numa região ou determinado país.

Para suas finalidades o ser humano vai criando, com o uso de sua inteligência, figuras abstratas, que vão ganhando participação real na vida em sociedade.

Ciente de suas limitações, o ser humano sabe que, unindo-se a outros, pode empreender e enfrentar obstáculos muito além de suas forças, física e mental, isoladas.

Determinados fins almejados não podem ser alcançados por um ser isolado, daí criarem-se certos entes abstratos para produção de efeitos concretos na realidade jurídica. Tais entes constituem-se idealmente (pessoas morais, em outras legislações), decorrentes do irrefreável espírito associativo dos seres humanos, para que atuem como sujeitos de direito. São as pessoas jurídicas.

Pessoa jurídica é, pois, uma entidade própria e inconfundível com as pessoas naturais que a compõem; e sua dotação patrimonial, igualmente, é distinta da de seus criadores e integrantes subsequentes.

Tão preciosa criação não deixou de causar perplexidade quanto a sua natureza jurídica. Doutrinadores desenvolveram várias teorias que buscaram explicar e viabilizar a atuação desses entes no âmbito do Direito. Numa primeira visão surgiram posições que lhes negaram personalidade e, em contraposição, as que afirmaram.

Como visto nas considerações gerais antecedentes, os que negam partem do pressuposto de que só o ser humano pode ser sujeito de direito. Para os partidários da teoria da ficção, a pessoa jurídica é mera criação da lei, uma ficção do Estado, ou até mesmo da doutrina, não tendo existência real.

Outra teoria que se admite integre a corrente ficcionista é a da *vontade*, de Zitelmann, mas, dentre as ficcionistas, a que alcançou maior repercussão foi a da *propriedade coletiva*, defendida pelos franceses Planiol e Berthélemy.

Tais teorias não alcançaram sucesso maior no direito contemporâneo.

As teorias realistas partem da premissa de que não é o Estado que cria a pessoa jurídica, porque ela existe por si mesma; é um fenômeno espontâneo. Foram diversas as formulações, com essência comum, como se vê nas posições de Endemann, na Alemanha, de Saleilles, Gény, Capitant, na França, De Page, na Bélgica, Ferrara, na Itália, Cunha Gonçalves, em Portugal, e Clóvis Beviláqua, no Brasil.

Há basicamente uma divisão: em *realidade objetiva* e em *realidade técnica*.

A objetiva está ligada ao organicismo, socorrendo-se da analogia com a pessoa natural para viabilizar a existência efetiva da pessoa jurídica.

Na técnica, também denominada realidade jurídica, a personificação dos grupos associativos decorre de construção do mundo jurídico, que lhes atribui forma e capacidade; não é uma realidade concreta, embora existam grupos associativos com fins comuns. Segundo Radbruch, o problema é pré-jurídico, de política legislativa, isto é, maior ou menor necessidade, ou até impossibilidade, de o legislador dispor sobre a criação e existência da pessoa jurídica.

Não é o que prevalece no Direito contemporâneo, em que se tem a aceitação predominante da teoria da realidade técnica, pela qual a pessoa jurídica tem existência diversa da de seus membros, bem como sua vontade se distingue da de seus componentes. Sua capacidade não se confunde com a de seus integrantes; é a que lhe foi atribuída no ato constitutivo, ou modificativo.

A classificação das pessoas jurídicas iniciada pelo presente artigo faz a distinção clássica entre as de direito público e as de direito privado.

Grande parte dos publicistas entende que não cabe mais ao Ordenamento Civil fazer tal distinção. No entanto, a classificação prevista no Código de 1916 permaneceu no vigente.

As pessoas jurídicas de direito público têm relevância, quer no plano nacional, quer no plano internacional, razão por que se pode subdividi-las em

pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas de direito internacional.

No mundo contemporâneo, em razão do desenvolvimento tecnológico, os limites e fronteiras deixaram de ter a significação que já tiveram, tempos atrás. Em consequência, conceitos considerados fundamentais até a metade do século passado começaram a entrar em crise, diante da evidente globalização. Hoje não se consegue, no plano intelectual e negocial, ficar restrito ao âmbito territorial do país, pois se vive numa esfera muito mais ampla. Com os meios de comunicação alcançando todos, em qualquer lugar, conceitos de soberania, de jurisdição, dentre outros, sofrem abalos nas suas concepções clássicas.

Ao grande desenvolvimento do estatismo no século passado, seguiu-se o movimento de valorização do indivíduo, a partir da sua segunda metade, com as seguintes privatizações de pessoas jurídicas de direito público interno, e cessação de criação de novas sociedades estatais, no final do século XX e início do XXI.

As pessoas jurídicas de direito público são objeto de estudo específico no Direito Administrativo.

Há que se observar, porém, que, mesmo elas, pessoas jurídicas de direito público, podem praticar e praticam inúmeros atos negociais, além de outros, regrados pelo direito privado, submetendo-se, portanto, às suas regras.

No tocante às pessoas jurídicas de direito privado, tem-se que normalmente são classificadas quanto aos fins, como veremos na análise do art. 44.

***Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:***

***I - a União;***

***II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;***

***III - os Municípios;***

***IV - as autarquias;***

***V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.***

***Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 14. São pessoas jurídicas de direito público interno:*

*I - a União;*

*II - cada um dos seus Estados e o Distrito Federal;*

*III - cada um dos Municípios legalmente constituídos.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 11; Código argentino,

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Têoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo trata das pessoas jurídicas de direito público interno, a começar pela União, entendida como um todo, como a nação e a República Federativa do Brasil.

União foi a denominação dada para evidenciar que os Estados e Municípios se uniram indissolavelmente sob um desígnio comum, em território único, república democrática federativa, para o desenvolvimento de seu povo, mediante fundamentos de caráter permanente, como se vê do art. 1º, I a V, da CF.

A nação brasileira foi politicamente organizada na forma federativa, a partir de uma composição através dos Estados Federados e dos Municípios. Cada qual é pessoa política, com dignidade constitucional. Todas pessoas jurídicas de direito público interno, como preceitua o presente dispositivo, em consonância com a Constituição.

Ao lado dessas pessoas políticas, em virtude da crescente multiplicidade e complexidade das funções do Estado, a Administração viu-se obrigada a criar organismos paraestatais, para facilitar a ação administrativa, como ocorre com as autarquias.

Estas, definidas pelo art. 5º do Decreto-Lei n. 200/67, como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica; patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira

descentralizada”.

O presente ordenamento traz de forma explícita a classificação das autarquias como pessoas jurídicas de direito público interno em seu inciso IV. São entes que desfrutam de certa autonomia, mas aparecem umbilicalmente ligadas ao Estado. A limitação feita às suas atividades é estabelecida pela mesma lei que as institui. Citemos como exemplos de autarquias o INSS, a OAB...

Assim como o inciso que trata das autarquias, o inciso V também é novidade trazida por este Código. O legislador enquadrou ainda neste artigo todas as entidades que possuam caráter público e tenham sido criadas por lei, como, por exemplo, os partidos políticos, os quais têm sua personalidade jurídica atribuída pela Lei n. 5.682/71.

O parágrafo único, igualmente não constante do Código de 1916, dispõe que, salvo disposição em contrário, quando constituídas sob a forma de pessoas jurídicas privadas, estarão submetidas às normas deste Código.

Portanto, quando de sua atuação, poderão ficar submetidas às disposições de direito privado.

**Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 92; Código Civil argentino, art. 34.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Têoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). HORSTER, Heinriche Ewald. *Parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992. MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien. 1972. v. 2. t. 1. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito*

*privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1 : “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O artigo dispõe sobre as pessoas jurídicas de direito público externo, considerando-as Estados estrangeiros, e todas as demais regidas pelo direito internacional público, como a ONU, OEA etc.

Assim, as nações politicamente organizadas possuem personalidade jurídica, trocam representantes internacionais e organizam entidades internacionais; são pessoas jurídicas na esfera internacional.

Entende-se que a Igreja Católica tem personalidade internacional sob a égide da Santa Sé, com representantes diplomáticos nas nações, que igualmente enviam seus embaixadores à Santa Sé. É a única Igreja que é assim tratada, mas não tem assento e não participa dos organismos internacionais.

Sobre a Igreja Católica, interessante citarmos a colocação de Heinrich Ewald Horster, em sua obra *A parte geral do Código Civil português; teoria geral do direito civil*, para quem as pessoas coletivas (denominação dada pela doutrina portuguesa às pessoas jurídicas) podem ser de direito privado, de direito público e, ainda, de direito eclesiástico. Diz o referido autor: “São pessoas colectivas de direito eclesiástico as associações, corporações e institutos religiosos da Igreja Católica, constituídos em conformidade com as disposições do direito canónico e de acordo com a liberdade organizatória de que a Igreja goza por virtude da Concordata de 7 de Maio de 1940”.

De qualquer modo, as pessoas jurídicas de direito público externo, nas suas relações entre si, não são objeto de estudo do direito privado, cabendo ao Direito Internacional Público a regência das relações.

**Art. 43.** *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código paraguaio, art. 98; Código Civil da Argentina, art. 43.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Bastos, Celso Ribeiro e Gandra MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*, 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Secção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Secção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** A história do presente artigo, quando da discussão do Código de 1916, mostra que houve necessidade expressa de sua inserção, em razão da reação dos “protetores” do Estado contra as indenizações..., a que se seguiu a tentativa de excluir da responsabilização os atos *iure imperii*.

Vencida a resistência, a previsão acabou sendo de ordem constitucional — Constituição Federal, art. 37, § 6º. Hoje em dia denomina-se responsabilidade objetiva do Estado no exercício de função pública causadora de danos a outrem.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, destaca que neste dispositivo trata-se de justiça social. “Visa a repartir de modo equitativo os encargos sociais. O custo do serviço público, no qual se incluiu o dano causado a particulares, deve ser repartido por todos.”

Assim, quem sofreu o dano deve provar que este lhe fora causado por alguém que era executor de função pública.

Ressalte-se que tal dispositivo se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito público analisadas por ocasião do art. 41, as quais serão responsabilizadas de modo a reparar patrimonialmente e a recompor a situação econômica da vítima do ato danoso.

Outro ponto que merece análise é a presença do vocábulo “agente”, tanto neste artigo como na Constituição. Para Celso Bastos, a utilização desta palavra abrange qualquer pessoa praticante de função pública, ainda que irregularmente investida. Aduz o referido mestre: “Agente, ainda, é mesmo aquele que extravasa a sua competência. Não importa que tenha atuado abusivamente. Se o fez a partir de uma situação que lhe propiciava a própria administração, agente é”.

O presente artigo ressalva o direito de regresso ao Estado em relação a tais agentes se estes tiverem agido com culpa ou dolo. Ou seja, o Estado pode acionar o(s) agente(s) responsável(eis) com o fim de ressarcir-se da indenização paga.

Sobre a possibilidade de a vítima acionar diretamente o agente público, a doutrina se divide. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que é possível, já Celso Bastos, não, pois, de seu ponto de vista, tanto a Constituição como o Código Civil dizem claramente que as pessoas acionáveis pelas vítimas são as de direito público.

À evidência que, se o agente é conhecido, responde pela ilicitude de seus atos, não se podendo ver no dispositivo constitucional impedimento ao particular de usar a via de responsabilização mais custosa e de eficiência duvidosa. O direito de acionar diretamente o comitente da violação é assegurado pela própria Constituição, a qual não exige, como condição da ação, a legitimidade exclusiva da pessoa jurídica de direito público.

*Data venia*, não se tem no dispositivo constitucional uma redução do direito de agir do particular, nem uma responsabilização exclusiva do Estado.

***Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:***

***I - as associações;***

***II - as sociedades;***

***III - as fundações;***

***IV - as organizações religiosas; (Inciso acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22-12-2003.)***

***V - os partidos políticos. (Inciso acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22-12-2003.)***

***§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes o reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22-12-2003.)***

***§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste***

**Código.** (Parágrafo renumerado pela Lei n. 10.825, de 22-12-2003.)

§ 3º *Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.* (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.825, de 22-12-2003.)

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 16. *São pessoas jurídicas de direito privado:*

*I - as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações;*

*II - as sociedades mercantis;*

*III - os partidos políticos.*

§ 1º *As sociedades mencionadas no n. I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.*

§ 2º *As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuido nas leis comerciais.*

§ 3º *Os partidos políticos reger-se-ão pelo disposto, no que lhes for aplicável, nos arts. 17 a 22 deste Código e em lei específica.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, arts. 12 e 13; Código Civil francês, art.1.832 e seguintes, no que concerne às sociedades.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Secção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Secção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito*

*civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O artigo elenca as pessoas jurídicas de direito privado. O traço comum a todas elas diz respeito às origens ligadas à autonomia privada, ou seja, aparecem como a realização de interesses e fins privados, que atingem seus instituidores, ou parcela da sociedade.

Neste sentido registra Orlando Gomes: “Caracterizam-se pela qualidade da iniciativa de sua criação. Tanto faz que se constituam para realização de obra de interesses coletivos como para a consecução de fins particulares. Importa que sejam fruto da iniciativa privada”.

A distinção feita pelos três primeiros incisos é importante porque, de acordo com o modelo adotado, variará a posição de seus membros, seus direitos e obrigações, suas responsabilidades e vinculações. Quanto aos dois últimos, cuja inserção no elenco foi fruto de emenda pela Lei n. 10.825, de 22 de dezembro de 2003, seu caráter distintivo foi menos pela visão a partir dos seus membros e mais pela de seus fins.

As associações almejam um fim ideal, seja político, seja educacional ou assistencial. Nasceram de negócios jurídicos plurissubjetivos, mas unidirecionais, isto é, de vontades convergentes quanto a sua criação e suas finalidades. Caracterizam-se, ainda, por não haver qualquer previsão de proveito econômico nem de partilha dos resultados, o que não as impede, logicamente, de atribuir obrigações aos seus integrantes, inclusive de ordem pecuniária, para o atingimento dos fins. Tais obrigações, porém, não são de caráter recíproco, sinalagmático, mas concernem à pessoa jurídica.

Em razão de suas finalidades, as associações, também denominadas, por alguns autores, sociedades civis, são as pessoas jurídicas de direito privado que podem pleitear o reconhecimento do seu caráter de utilidade pública, quando poderão gozar de benefícios administrativo-tributários, para melhor concretização de seus fins.

Quanto às sociedades, verifica-se que sua finalidade é basicamente econômica. Desse viés decorre serem classificadas em civis e mercantis.

Autores de manuais referem-se à atividade econômica como exclusiva das sociedades mercantis. É consequência de visão arraigada ao pensamento antigo, em que só se tinha fim econômico no lucro decorrente da revenda com intuito de lucro, portanto, da atividade comercial.

A visão hodierna da economia, e da própria tributação, conflita com tal entendimento, pois claramente hoje se admite que a prestação de serviços pode ser fonte de auferimento de renda. Aliás, o fisco gosta muito dos rendimentos dos trabalhadores e dos profissionais liberais, a ponto de ser essa base de incidência tributária mais atingida do que o lucro das empresas mercantis, e os prestadores de serviços estarem ameaçados de sofrer agravamento tributário na forma societária para cobrir o que a União deve aos contribuintes pela falta de correção

das bases de cálculo do imposto de renda.

É evidente que um grupo de profissionais, ao se unir para criar uma sociedade prestadora de serviços, visa a fins econômicos com tal prestação, como, por exemplo, um grupo de advogados na criação de uma sociedade de advogados.

A clássica divisão fica prejudicada, ainda que seu uso, quanto às sociedades mercantis e às de fins econômicos, continue forte pela inércia. É de lembrar que o conceito original de mercancia estava ligado à compra para revenda, com intuito de lucro, conceito muito mais restrito do que o de finalidade econômica.

Por outro lado, as sociedades mercantis sempre foram estudadas pelo Direito Comercial. Como a proposta do presente Código Civil é de unificação obrigacional, envolvendo as obrigações mercantis, tem-se que a atividade negocial das sociedades terá de englobar figura mais abrangente, como é a da empresa, passando a referir, depois, as sociedades de fins predominantemente econômicos, sem dar prestígio à divisão em comerciais e civis.

As denominadas sociedades civis podem ser universais ou particulares.

São universais quando sua constituição compreende todos os bens dos sócios, quer presentes, quer futuros, ou quando, ainda, compreende os bens, presentes ou futuros, e todos os seus rendimentos e frutos.

São sociedades particulares quando na sua constituição ficar compreendida só parte dos bens dos sócios, hipótese em que ocorre a especificação dos bens integrantes do patrimônio da sociedade.

Observa-se desde logo que as sociedades civis não estão sujeitas ao regime de falência, o qual só atinge as sociedades mercantis (art. 1<sup>º</sup> da Lei de Falências — Dec.-Lei n. 7.661/45).

As fundações são totalmente distintas, começando por sua constituição, pois decorre de um patrimônio destinado a determinado fim. Caio Mário da Silva Pereira diz sobre elas: “O seu instituidor, que pode ser uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, estabelece sua criação mediante dotação patrimonial a que a ordem jurídica atribui personalidade. Os fins a que visam tais entidades serão sempre altruísticos, ora proporcionando ou estimulando a investigação e a cultura científica, artística ou literária, ora realizando finalidades filantrópicas, mantendo hospitais, asilos, creches etc.”.

O § 1<sup>º</sup> foi fruto de grande movimentação política das entidades religiosas, particularmente em face da exigüidade de tempo para a adaptação de todos os tipos de associações e sociedades prevista no art. 2.031, na sua redação original, que era de um ano, e veio a ser alterado pela Lei n. 10.838, de 10 de janeiro de 2004.

Assim, a estrutura e a hierarquia das organizações religiosas não ficam submetidas ao sistema comum das associações ou sociedades, como claramente excepciona o parágrafo.

O § 2<sup>º</sup>, que era o parágrafo único na redação original do Código, estabelece a aplicação subsidiária das normas relacionadas às sociedades, as

quais aparecem no Livro II da Parte Especial deste Código, qual seja: Do Direito de Empresa.

O § 3º, de certa forma, traz de volta disposição do Código de 1916 quanto à aplicação de legislação específica. Assim, busca excluir os partidos políticos do regime comum e geral.

Verifica-se que a modificação introduzida foi mais buscando a exclusão do que visando o sistema adotado pelo Código, deixando o legislador de se pronunciar sobre questões que foram e continuam a ser suscitadas quanto ao âmbito de incidência e a compulsoriedade de adaptação das demais associações e sociedades.

**Art. 45.** *Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.*

**Parágrafo único.** *Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.*

*Parágrafo único.* *Serão averbadas no registro as alterações que esses atos sofrerem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 93; Código Civil argentino, art. 45; e Código Civil suíço, art. 52.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Téoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas juridico-privadas tutoras:*

em consideración al aspecto personal de la tutela. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAU, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170/219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi; 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Em razão de sua origem restrita, qual seja, a vontade dos que desejam criá-la, a pessoa jurídica deve poder chegar ao conhecimento dos demais cidadãos.

Desta feita, cabe ao Estado a fiscalização das pessoas jurídicas de direito privado. As sociedades e associações, ao serem criadas, devem obedecer ao requisito do prévio registro formal, para o início da personalidade jurídica, para a publicidade de sua existência.

O ato de vontade das pessoas naturais na criação não é bastante, no sistema, pois fica condicionado ao ato registral, que confere reconhecimento à nova pessoa jurídica.

O registro variará conforme o tipo de sociedade, isto é, o sistema cria registros específicos para maior facilidade de conhecimento das demais pessoas, os quais têm na classificação das sociedades sua especificidade.

A redação do artigo faz a ressalva para que constem do registro todas as alterações posteriores, averbações, pelas quais passe o ato constitutivo.

Desta feita, notamos que o nosso Direito estabeleceu duas fases distintas para se alcançar a determinação do começo da existência da pessoa jurídica, ou seja, para o ato constitutivo procedido pelo registro.

Há casos em que, pela natureza de determinadas pessoas jurídicas, além do registro de seu ato constitutivo, é exigida autorização, ou aprovação, do Poder Executivo. Tal condição que precede o ato do registro se justifica pela importância ou pelo destaque dado pela legislação para a atividade a ser desenvolvida pela pessoa jurídica.

Arnoldo Wald lembra, em sua obra *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1:

“Necessitam de prévia autorização as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de bancos, seguro, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas legalmente organizados”.

Acresce o referido autor: “As sociedades e fundações estrangeiras não poderão funcionar no Brasil sem que os seus atos constitutivos tenham sido aprovados pelo Governo brasileiro (art. 11, § 1<sup>o</sup>, da Lei de Introdução ao Código Civil)”.

Ressalte-se, desde logo, que as fundações necessitam sempre da aprovação dos seus estatutos pelo Ministério Público local, que, ainda, terá a função de fiscalizar suas atividades.

O estabelecido no parágrafo único deste artigo apresenta-se como novidade em relação ao Código Civil de 1916. Dispõe acerca do prazo decadencial para que sejam feitas anulações da constituição das pessoas jurídicas por estas apresentarem algum defeito. O prazo de três anos, contados da publicação e inscrição no registro, evidentemente se volta para algum dos participantes ou interessados que tiveram seus direitos feridos.

**Art. 46. O registro declarará:**

*I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;*

*II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;*

*III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;*

*IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;*

*V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;*

*VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.*

**CÓDIGO DE 1916: Art. 19. O registro declarará:**

*I - a denominação, os fins e a sede da associação ou fundação;*

*II - o modo por que se administra e representa ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente;*

*III - se os estatutos, o contrato ou o compromisso são reformáveis no tocante à administração, e de que modo;*

*IV - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais;*

*V - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio neste caso.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 33; Código Civil alemão, §§ 55 e seguintes.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas juridico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi; 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** O presente dispositivo elenca os requisitos que devem constar do registro da inscrição do ato constitutivo, o qual, como comentado no artigo anterior, determina o início da existência das pessoas jurídicas de direito privado.

Conforme a natureza da pessoa jurídica, seu registro será feito perante registro específico. Assim, no Cartório de Títulos e Documentos, para as associações, enquanto as sociedades mercantis deverão ser registradas no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, de competência das

juntas comerciais; já o registro das sociedades civis competirá ao oficial do Registro Público de Pessoas Jurídicas, segundo o disposto nos arts. 114 a 121 da Lei n. 6.015/73.

As sociedades de advogados têm de ser registradas no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, em cuja base territorial tiver sede, conforme dispõe o Estatuto da Ordem, Lei n. 8.906, de 4-7-1994, art. 15, § 1<sup>o</sup>.

Agostinho Alvim (*Comentários ao Código Civil*), ao analisar o art. 19 do Código Civil anterior, equivalente ao que ora comentamos, entendia que: “Ocorre, freqüentemente, que, por inadvertência, o registro se faz sem que o documento apresentado se revista de todas as formalidades legais. Nestes casos, tudo dependerá da natureza da falta e das circunstâncias. Se há, p. ex., uma simples omissão da sede da associação, isso não invalida o registro; aliás, a falta é sanável”.

Já Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*) dava destaque à sede, porque a pessoa jurídica também tem domicílio, e poderá ocorrer a pluralidade de domicílios no caso de ela estar localizada em diversos estabelecimentos: “A lei pode determinar, nesse caso, que cada estabelecimento seja considerado domicílio para os atos nele praticados, mas nem por isso se pode dizer que tem várias sedes”.

Assim, a importância da análise de qual é o elemento faltante, se sua omissão é ou não substancial, se é ou não sanável, não depende só das circunstâncias e da natureza da falta, pois, no caso de sede, a ausência pode gerar a incompetência do registrador.

Sobre os fins da sociedade, interessante destacarmos o art. 115 da Lei n. 6.015/73, a dos Registros Públicos:

“Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos, ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

Parágrafo único. Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o juiz, que o decidirá”.

A ilicitude do objeto ou das atividades da pessoa jurídica pode ser patente à primeira vista, demonstrada por ocasião dos atos constitutivos, mas, como bem coloca Silvio de Salvo Venosa, “Caso a pessoa tenha logrado a constituição e posteriormente se desvie de suas finalidades, é o caso de ser promovida a ação de dissolução, cabendo ao Ministério Público a iniciativa, se não o fizerem os sócios ou alguns deles”.

Sobre o texto do Código de 1916 tem-se o acréscimo do inciso II, que se refere à identificação dos fundadores das associações ou sociedades, ou dos instituidores das fundações, bem como dos diretores, o que já havia sido introduzido no sistema positivo relativo aos registros, mais especificamente o Decreto n. 4.857, de 9-11-1939.

Sobre a inobservância dos requisitos e obrigatoriedade do registro, é

importante destacar que tal hipótese leva à caracterização das sociedades irregulares. Como lembra Arnaldo Wald, “a sociedade irregular tem uma posição de desfavor, pois cabe-lhe a capacidade passiva para ser acionada, não tendo todavia capacidade ativa para demandar ou acionar”. Essas sociedades não personificadas serão alvo de análise mais profunda por ocasião dos comentários dos arts. 985 e seguintes, que sobre elas dispõem.

**Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

Obs.: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

(...)

§ 2º *As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos”.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil argentino, art. 36.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñoz. *Las personas jurídico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo:

Revista dos Tribunais (p. 170/219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Secção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Secção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O antigo art. 17, do Código de 1916, deixou de existir no presente, muito embora se possa dizer que era dispensável em face do inciso II do antigo art. 19, que também se referia à representação.

Criada, a pessoa jurídica, logicamente, deve manifestar-se no mundo negocial e jurídico, pelo que há de se lhe atribuir um mecanismo que permita reconhecer suas manifestações volitivas.

A criação interna de órgãos não resolve a questão, visto que fundamental é o estabelecimento das relações com terceiros, quer voluntárias, quer impostas pelo sistema.

Direitos e obrigações não que ser exercidos e cumpridos.

Os atos de administração nem sempre conferem com os de efetiva representação, mas, sem dúvida, os de administração podem criar obrigações, e devem exercer direitos.

Estando previsto na estruturação das sociedades, inciso III, o modo pelo qual se administra e representa, quer ativa, quer passivamente, judicial e extrajudicialmente, sabe-se que a destinação do inciso é permitir a todos o conhecimento de quem efetivamente obriga e exerce os direitos em nome da sociedade.

O texto do art. 47 é bastante claro e incisivo.

No momento do registro, a pessoa jurídica nasce, passando a ser sujeito de direitos e de obrigações, o que significa que repercutem na sua personalidade jurídica, portanto sem nada ter em relação à personalidade e patrimônio de seus sócios. Os atos da pessoa jurídica são tidos como seus próprios atos e ocasionam a sua responsabilização por eles.

Pela redação, nota-se que o ato constitutivo deve estabelecer os poderes do administrador, havendo como que uma limitação da responsabilidade da pessoa jurídica ao se referir aos atos que excedam os limites previstos no seu ato constitutivo.

É verdade que a exigência do registro é no interesse da coletividade, dos terceiros, para que possam conhecer da realidade, pois nos negócios formais exige-se a apresentação do ato constitutivo e investidor, devidamente atualizado, para saber da real condição dos administradores e representantes.

A questão da responsabilidade das pessoas jurídicas pelas obrigações assumidas por quem foi regularmente investido de poderes de representação, ou na administração, não é alvo de grandes discussões, porque é a consequência

normal.

Eventuais discussões estarão ligadas a vícios nos atos de investidura, ou seja, se corretamente escolhido o administrador ou representante, portanto questão de nulidade ou anulabilidade dos atos internos da sociedade.

O presente artigo trata da responsabilidade negocial, que tem limite nos termos da outorga de poderes conferidos aos administradores.

A par dessa responsabilidade direta poder-se-á cogitar a decorrente da aparência, isto é, a oriunda daqueles que sem estarem regularmente investidos nos poderes de representação, ou na administração, atuam de forma continuada e sem oposição das sociedades, de maneira a aparentar perante terceiros que são os regulares administradores e/ou representantes. Portanto, competentes para a concretização de relações negociais.

Aqui, ainda que não se esteja diante de ato próprio da sociedade, poder-se-á entender que, em face do princípio da boa-fé, os terceiros busquem responsabilização da sociedade, pois ingressaram na relação negocial certos, pela aparência, de que estavam diante do legítimo administrador ou representante, portanto, da sociedade.

Não há que se confundir a responsabilidade negocial com a responsabilidade decorrente de atos ilícitos (art. 186), inclusive os praticados pelos prepostos da pessoa jurídica contra terceiros (art. 932, III).

**Art. 48.** *Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.*

**Parágrafo único.** *Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil de Portugal, arts. 163<sup>a</sup> e 164<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO,

Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas juridico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Secção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Secção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo não encontra precedentes na legislação anterior. Trata-se do modo de permitir a vida da pessoa jurídica que tiver administração coletiva, ponderando a vontade da maioria sobre a da minoria, salvo as exceções, que terão de ser previstas em lei, ou decorrentes da autonomia privada na elaboração do ato constitutivo da própria sociedade.

O objetivo da norma é não permitir impasse na administração, com falta de decisão. Na ausência de critério de legislação especial, ou diretamente determinado pela vontade dos que constituíram a sociedade, o artigo oferece a solução, que corresponde ao princípio democrático da prevalência da vontade da maioria.

É lógico que a previsão toma a administração coletiva como de composição ímpar, a ensejar sempre a maioria em qualquer votação.

Se, porém, for par, há que se estabelecer outro critério, como o denominado voto de Minerva, que dá ao dirigente de cargo mais alto o poder de proferir novo voto para o desempate.

O dispositivo refere-se à maioria sem qualificação, com o que há que se entender a simples e não a absoluta.

A previsão também de prazo decadencial, no parágrafo único do artigo, para as hipóteses de anulação da decisão tomada pela maioria à lei ou a estatuto, ou, ainda, quando decorrentes de erro, dolo, simulação ou fraude, em três anos, visa dar segurança às relações jurídicas da sociedade.

O direito da minoria, aqui, deixará de existir em favor da segurança, por força da sanção.

Importa destacar que há hipótese específica de previsão legal na Lei n.

6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas, art. 138, que prevê a possibilidade de o estatuto dispor que a administração da companhia poderá ser dúplice, Conselho de Administração e Diretoria, ou só Diretoria, o que, segundo Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*): "...acompanha a tendência das modernas legislações societárias européias, adota, como regra, o sistema de duplicidade de órgãos de administração, representado, de um lado, pelo Conselho de Administração, órgão decisório colegiado, e, de outro, pela diretoria, órgão decisório não colegiado, cujos membros têm a representação orgânica da sociedade.

A duplicidade dos órgãos de administração é obrigatória nas sociedades de economia mista (art. 239), nas companhias abertas (art. 4º) e nas companhias que adotam o regime de capital autorizado, tanto abertas como fechadas.

A duplicidade somente não é obrigatória nas sociedades de economia mista (art. 239), nas companhias abertas (art. 4º) e nas companhias que adotam o regime de capital autorizado, tanto abertas como fechadas.

A duplicidade somente não é obrigatória para as companhias fechadas privadas (art. 239) de capital fixo.

Daí, o equívoco de se declarar que o regime de duplicidade orgânica da administração societária brasileira é optativo. Na realidade, a opção é residual, na medida em que apenas as companhias familiares e de capital fixo é que podem deixar de constituir os dois órgãos de administração".

**Art. 49. Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, art. 29; Código paraguaio, art. 106.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas jurídico-privadas tutoras:*

en consideración al aspecto personal de la tutela. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAU, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** A previsão deste dispositivo justifica-se pela possibilidade de ocorrência de algum fato que atinja a pessoa do(s) administrador(es), como, por exemplo, uma sociedade formada e administrada por dois sócios que falecem em um mesmo acidente aéreo. Apesar de não mais existir, para este caso, a figura do administrador, as obrigações e os direitos da sociedade, que a ambos pertenciam, continuam a existir. Nesse caso, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomeará um administrador provisório, o qual se encarregará, dentre outras funções, de receber possíveis créditos da sociedade e adimplir os débitos.

Tal administração poderá ir até a liquidação, ou encerramento da sociedade.

O caráter emergencial da nomeação judicial é claro, pois, além de eventuais herdeiros dos titulares, podem existir os empregados, que são dependentes econômicos, e não só têm legítimo interesse, como certamente serão credores.

Evidencia o dispositivo que para além dos sócios há uma projeção efetiva da pessoa jurídica na vida do Direito.

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

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Não exatamente com a redação dada ao presente dispositivo brasileiro, são similares: Código Civil paraguaio, art. 94; Código alemão, § 43.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas jurídico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Secção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Secção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Importante consequência da personalização da pessoa jurídica é a sua autonomia patrimonial em relação aos seus sócios ou associados. Mas tal autonomia pode ensejar inúmeras atitudes fraudulentas e abusivas de direito.

Visando impedir essas atitudes é que ganha cada vez mais força e positividade a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Foi uma emenda do Senado que deu a redação do dispositivo, o qual introduziu e positivou a figura da desconsideração, acolhendo os ensinamentos doutrinários, um tanto quanto recentes em nosso país, mas objeto de construção jurisprudencial profunda e permanente, tanto que os doutrinadores citam julgados para esclarecer seu significado e sua interpretação.

Referindo-se à necessidade de um dispositivo regulamentador dessa matéria, Fábio Ulhoa Coelho (*Desconsideração da personalidade jurídica*) dizia: “Paulatinamente, a doutrina e a jurisprudência têm incorporado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Mas, efetivamente, o grande avanço na área resultará da incorporação, pela legislação nacional, de dispositivo de lei que a consagre”.

A origem foi com a teoria da *disregard of legal entity*, a qual propunha que o ato constitutivo da pessoa jurídica pode tornar-se episodicamente ineficaz, embora não se discuta sua validade para proteger-se todos os demais atos e negócios não fraudulentos praticados pela sociedade, salvaguardando-se assim os terceiros de boa-fé.

Marçal Justen Filho, em *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, ensina que: “É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica”.

A redação original do artigo, no texto do projeto, foi objeto de crítica firme por parte dos comercialistas, como Rubens Requião, Fábio Konder Comparato, Fábio Ulhoa Coelho e Marçal Justen Filho, que chegaram a classificar o dispositivo como mera tentativa de adoção da teoria da desconsideração, mas que consagrava solução distinta e inconfundível com ela.

A redação original do artigo era:

“Art. 50. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”.

O Senado Federal entendeu que o supratranscrito texto iria ficar muito aquém da desconsideração da personalidade jurídica, pois admitia, “tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade”, e que o art. 51 trata dos “casos de dissolução da pessoa jurídica” ou da cassação da autorização para seu funcionamento, daí ter oferecido o substitutivo.

Os doutrinadores julgaram acertada essa providência, salientando que a desconsideração não envolve “a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito em caso concreto” (Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, *RT* 410/12, dez. 1969). Vale dizer: cumpre distinguir entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica. Nesta, “subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa

de seus sócios ou componentes, mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto” (Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3. ed., Forense, 1983, p. 283).

O mesmo autor, Comparato, examinando o dispositivo, acentuou que “a causa da desconsideração da personalidade jurídica não é, apenas, o desvio dos fins estabelecidos no contrato social ou nos atos constitutivos. O abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores, ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente. Justificou a menção, no texto, ao Ministério Público, visto que ‘ele também pode intervir no processo sem ser parte’”.

Nota-se que responsabilização pressupõe claramente que os efeitos, de certas e determinadas relações obrigacionais, sejam estendidos aos bens particulares dos sócios da pessoa jurídica.

Assim, para atender à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida por “disregard doctrine” ou “disregard of legal entity”, no Direito anglo-americano; teoria do “superamento della personalità giuridica”, na doutrina italiana; teoria da “penetração” — “Durchgriff der juristischen Personen”, na doutrina germânica; o “abus de la notion de personnalité sociale” ou “mise à l’écart de la personnalité morale”, do Direito francês, necessário se torna que o preceito contemple o triplice interesse posto pela doutrina, porquanto aplicável diante de atos ilícitos, ou abusivos, que concorram para fraudar a lei ou ainda para lesar terceiros.

Nessa linha de entendimento, a redação da emenda afigura-se mais consentânea à construção da doutrina, melhor adequando a idéia do legislador ao normatizar a desconsideração da pessoa jurídica.

A aprovação da subemenda de redação, deslocando a vírgula constante após a expressão “Ministério Público”, para após o vocábulo “parte”, afastou a ambigüidade do texto, certo que a parte intervém no processo, pela sua qualidade no composto litigioso, enquanto o órgão ministerial atua, como *custos legis*, sempre nas hipóteses previstas em lei.

***Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.***

***§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.***

***§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.***

***§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 30.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali.* Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil.* 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas jurídico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela.* Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca.* Bologna: Zanichelli, 1972. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil.* Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil.* 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2. t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1979. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato.* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo regula a dissolução ou cassação da perda de autorização de funcionamento da pessoa jurídica, determinando sua subsistência até a conclusão da liquidação.

As duas situações previstas no artigo, quais sejam, a dissolução ou a cassação da autorização, caracterizam o termo inicial do período que levará à completa extinção da pessoa jurídica.

As causas de dissolução da pessoa jurídica eram previstas nas disposições do Código Comercial.

O art. 335 daquele Código reputa como dissolvidas as sociedades no caso de: expiração do prazo ajustado para sua duração; quebra da sociedade ou de qualquer dos sócios; mútuo consenso de todos os sócios; pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem; e por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade constituída por prazo indeterminado.

Não se admite instantaneidade na extinção, porque a sociedade deve continuar, exclusivamente, para que se ultimem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação.

O art. 336 regula a dissolução provocada pelo interessado antes do período marcado no contrato, que pode ser requerida nos seguintes casos: mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social; por inabilidade de alguns sócios, ou incapacidade moral ou civil julgada por sentença; por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

O falecido professor paranaense Rubens Requião propôs uma classificação para as hipóteses de dissolução: dissolução social total e dissolução social parcial. Como o autor dizia em seu *Curso de direito comercial* (v. 2, p. 259), a expressão “dissolução parcial” é contestada por alguns autores, mas correntia nas decisões judiciais. A disposição atual mantém a tendência da legislação comercial anterior, que expressamente só se referia à hipótese da dissolução total, sem contemplar a dissolução parcial, a que Alberto Gomes da Rocha Azevedo melhor denominava dissociação.

A sociedade dissolvida continua com sua personalidade jurídica intangível apenas para o término das negociações pendentes, como vem sendo elucidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma que a sociedade dissolvida permanece na integralidade de sua personalidade até o final da liquidação.

O presente art. 51 corrobora, pois, tese hoje pacífica e está conforme o precedente art. 207 da Lei das Sociedades Anônimas, ao dispor que a companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica até a extinção, com o fim de proceder a liquidação.

Destaque-se que um dos requisitos relativos à constituição das pessoas jurídicas é a observância às prescrições legais. E há casos, previstos em lei, nos quais se faz necessária a prévia autorização do Governo para certas categorias funcionarem. Nesse caso, a personalidade é adquirida por ato especial do Estado, pois trata-se de causas de ordem pública ou de interesse geral que justificam a intervenção estatal. Assim, se ocorrer a cassação dessa autorização, a pessoa jurídica subsistirá apenas até a conclusão de sua liquidação.

Os parágrafos do presente artigo trazem o procedimento a ser tomado nessa fase, o qual tem início com a averbação do registro em que a pessoa jurídica estiver inscrita e encerra-se pelo cancelamento da inscrição, após a liquidação.

**Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos**

## *direitos da personalidade.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Não há dispositivo semelhante na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Téoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. CAPELO DE SOUZA, Radindranath Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. ESPADA, Esther Muñiz. *Las personas jurídico-privadas tutoras: en consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. FRANZONI, Massimo. *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1995. GHESTIN, Jacques (Dir.). GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1989 (personne juridique). MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972. v. 2, t. 1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée par le droit*. 3. ed. Paris: Economica, 1998. LEÃO, Antônio Carlos Amaral. “Considerações em torno do dano moral e a pessoa jurídica”. *RT*, 689/7-13. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 170-219 — Cap. V — “O paradigma do direito privado coletivo”, Seção 1: “Ação humana individual, coletiva e grupal”; Seção 2: “O direito privado coletivo”). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè,

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo é inovador, e enseja polêmica, muito embora esteja de acordo com a jurisprudência atual do STJ.

Sabendo da polêmica, o próprio legislador fez a ressalva: “no que couber”. Mas não deu maiores diretrizes acerca de quais situações seriam ensejadoras da referida proteção.

É de lembrar que, após a divulgação dos direitos fundamentais, foram criados os mecanismos de sua efetividade. Daí que instrumento poderoso como o mandado de segurança para a proteção dos direitos individuais, inicialmente entendido como sendo exclusivo do ser humano, logo foi considerado como aplicável também às pessoas jurídicas.

A justificativa foi óbvia, o instrumento tinha de atender a uma personalidade jurídica marcada também pela individualidade, em face dos desmandos do Estado.

Na formulação da súmula do STJ, que admite a reparabilidade do dano moral sofrido pelas pessoas jurídicas, portanto lesão a direito inerente à personalidade, tem-se uma clara aplicação do que se vê no texto do art. 52, mesmo que ainda não vigente.

Clóvis do Couto e Silva mostra com muita clareza que o dano moral é sempre uma transgressão a direito da personalidade (“O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”, *RT*, 667/816).

A questão envolve muitos aspectos e fundamentos, que merecem estudo em maior profundidade.

Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, v. 26, já sustentava a possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima de dano não patrimonial e de requerer sua reparação.

Rubens Limongi França trata da questão de maneira diferente, embora seja contundente na defesa da pessoa jurídica. Eis suas ponderações sobre o dano moral: “Com efeito o Dano Moral não tem a ver necessariamente com a alma, não precisa ser indireto, podendo ser direto e imediato, e não cremos que deva excluir de todo a pessoa jurídica. Daí propormos o seguinte conceito: Dano Moral é aquele que direta ou indiretamente a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”.

A sua colocação, portanto, é direta e clara a favor da indenizabilidade também do dano moral.

Elimar Szaniawski, na obra *Direitos da personalidade e sua tutela*, específica sobre o tema, faz sua análise a partir de um fundamento diferente, mas em favor do direito à indenização (v. também “Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas”, *RT*, 657/25-31). Conclui, por fim, que se deve admitir a existência de uma intimidade na vida privada das pessoas jurídicas, o que já não ocorreria no Direito brasileiro, conforme diversas

disposições legais. Não diz, porque não é o objeto de sua colocação, quanto ao direito à proteção decorrente do dano moral, as atividades íntimas e resguardadas. Suas invocações são basicamente disposições do Direito Penal, Direito Penal protetivo da propriedade industrial, da marca, ou seja, do patrimônio imaterial da pessoa jurídica.

Boa parte de sua argumentação baseia-se em Pierre Kayser (*La protection de la vie privée par le droit* — obra que integra o Curso de “Autonomia Privada e a Constituição” do Pós-Graduação da PUCSP), autor francês contemporâneo o qual salienta que a proteção não se deve dar por absoluta semelhança, mas por alguma proximidade aos direitos humanos.

Como se vê, já temos um argumento forte em favor da reparabilidade dos danos morais e da invasão da esfera privada das pessoas jurídicas, com base na analogia.

Massimo Franzoni (*Il danno alla persona*, p. 614-31) enfrenta o problema da civilidade e o ressarcimento do dano moral causado a pessoas não físicas, argumentando que se está diante de um problema que envolve o conceito de dano moral.

Desde logo afirma que não se pode negar que muitas hipóteses de incidência dos danos morais de sua própria natureza só se podem reportar às pessoas físicas. Uma das lesões é a psicofísica, bem como a da liberdade individual, da liberdade sexual. Mas o âmbito do dano não patrimonial é muito mais amplo, como a honra, a reputação, a imagem, o nome, a privacidade, cuja lesão pode atingir todas as pessoas e até antes de fato.

Sob tal enfoque podem ser sujeitos passivos de dano moral até mesmo pessoas jurídicas de direito público e pessoas políticas de direito público.

Por outro lado, em trabalho sobre a questão da reparabilidade do dano moral à pessoa jurídica, Antônio Carlos Amaral Leão (“Considerações em torno do dano moral e a pessoa jurídica”, *RT*, 689/7-13) discorreu em torno de uma questão de protesto de título, por banco, título que já teria sido pago. Conclui o referido autor que não é cabível o pedido de indenização por dano moral contra pessoa jurídica, pois “a indenização a título de dano moral só se justifica quando a vítima é pessoa física, pois caracterizando-se esse tipo de dano com sofrimento de natureza psíquica não há como considerá-la em relação a uma pessoa jurídica”.

Tal colocação é interessante, porque começa a definir uma melhor precisão tecnológica. Dentre os autores brasileiros contemporâneos, no âmbito do Direito Civil, vem se destacando, pelos seus méritos próprios, Gustavo Tepedino (*Temas de direito civil*, p. 49-53), que faz uma abordagem extremamente aguda sobre essa questão.

Para Tepedino, se os sócios ou acionistas não forem diretamente atingidos pelas lesões e estas repercutirem exclusivamente no desenvolvimento econômico da pessoa jurídica, esta deve merecer técnicas eficazes e específicas de reparação, não havendo que se confundir com os bens jurídicos inerentes à personalidade humana:

“Com base em tais premissas metodológicas percebe-se o equívoco de se imaginar o direito da personalidade e o ressarcimento por danos morais por categorias neutras, adotadas artificialmente pela pessoa jurídica para a sua tutela. A maximização de seu desempenho econômico e de seus lucros”.

Alerta por fim sobre a necessidade de o intérprete estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica e para que essa comunidade intermediária, constitucionalmente privilegiada, seja merecedora de tutela jurídica apenas e tão-somente como um instrumento especial para a realização de pessoas que no seu âmbito de ação é capaz de congrega.

É posição calcada na teoria mais moderna sobre os direitos humanos fundamentais.

Há que se referir, porém, que vamos encontrar poucos acórdãos negando o direito à indenização do chamado “dano moral” pelas pessoas jurídicas.

Nesse sentido um dos acórdãos mais significativos é do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Nele o Ministro acaba afirmando: “A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida contra os direitos de título cambial. Cabe a indenização por dano patrimonial decorrente”.

No estudo do Direito nós não podemos ficar com uma situação que não tenha proteção. Não é porque o direito pessoal, individual, seja algo que devemos preservar de maneira absoluta que podemos deixar de entender que existe uma esfera a ser protegida das pessoas jurídicas. A esfera de proteção, porém, não é a mesma.

Quando falamos de aplicação de analogia, temos de ter os mesmos fundamentos e fatores em jogo, mas estes, nessa situação, não são os mesmos. O valor da dignidade da pessoa humana transcende a qualquer outro, tanto que levou a uma conquista milenar para se chegar ao que temos hoje, como uma Declaração Universal.

Não se confunde, portanto, com a conquista que foi da racionalidade humana, da construção da figura jurídica. São valores diversos, e o primeiro valor, o valor da pessoa humana, merece proteção incondicional sempre.

Por isso entendemos que o Dano Moral é um dano a esta esfera, à sua integridade humana e à sua personalidade.

O direito à personalidade, que mereceu estudo primoroso de Radindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (*O direito geral de personalidade*), em que faz a demonstração das duas grandes teorias do direito da personalidade, evidencia que não podemos confundir os que seriam os direitos chamados “naturais”, porque são direitos com os quais o homem quando nasce recebe o direito à personalidade.

Não é qualquer empresa privada que consegue ter direito à fama, à respeitabilidade e ao crédito, quando nasce. São coisas diversas, são coisas distintas. A boa fama, a honra objetiva da empresa, é algo que ela conquista no desenvolvimento de suas atividades. É algo que ela faz integrar no seu

patrimônio, é um bem imaterial que ela desenvolve e faz com que seja meritório de proteção. *Isto não significa que tenha a mesma denominação, o mesmo conteúdo, a chamada “dignidade humana”.*

Não nos parece que para resguardar, por exemplo, a “boa fama”, a “reputação” da maioria das empresas, devamos utilizar daquilo que levou milênios e milênios para ser alcançado pelo ser humano. Precisamos preservar os direitos humanos como sendo absolutamente intocáveis e que não podem ser submetidos a uma analogia tão simplista na invocação de uma “honra objetiva”.

Sabemos que a dignidade do ser humano é algo que transcende a qualquer violação, como não é qualquer violação que faz permitir a falência de uma empresa. São conceitos diferentes. São belezas diferentes que foram construídas no desenvolvimento da atividade humana.

Por isso, entendemos que o âmbito da honra objetiva da empresa é algo que é inerente ao desenvolvimento de suas atividades, ao seu dia-a-dia, e que por isso mesmo passa a integrar o seu patrimônio. Portanto, mais perto da proteção que o direito contemporâneo denomina “propriedade imaterial”.

Nesse sentido, a qualquer lesão que seja cometida a essa conquista, devida será a reparação.

Mas, como já dissemos, os fundamentos para a reparação são diferentes, embora estejam sendo confundidos como se fossem um único, ainda mais em relação ao problema do dano moral.

O dano moral tem a sua colocação, o seu fundamento em função da dignidade da pessoa humana.

Já o problema da lesão à denominada honra objetiva da empresa pode até ter alguma similitude, mas não pode levar a que apliquemos os mesmos fundamentos e a mesma base. São questões diversas: o direito de propriedade tem outro fundamento constitucional, que é tão legítimo quanto os outros que encontramos, mas é específico. A atividade privada e a iniciativa privada têm fundamento constitucional, que permite a sua devida proteção. Qualquer lesão ao âmbito da moralidade, ao âmbito da credibilidade, que foram construídos, que foram edificados pelas empresas, deve ser reparada.

O homem contemporâneo tem de preservar a condição de seus direitos fundamentais, fazendo com que suas criações mereçam proteção também. Essa colocação é muito importante porque mostra que no Direito contemporâneo estamos num processo de crescimento dos chamados “direitos humanos”, e que hoje já não são contestados. Ora, essa é uma construção que é milenar e sempre gira em torno do ser humano, que veio a ser confundido com o cidadão para que houvesse a possibilidade de participação efetiva.

O fruto do exercício da cidadania, do trabalho e da associação dos esforços é que leva à construção da pessoa jurídica. *Esse é um valor criado, não um valor natural, é um valor; portanto, que merece proteção específica, que deve ser dado à pessoa jurídica.* Por isso sua construção deve ser com respeito aos valores que não são patrimoniais diretamente.

O valor do crédito hoje é algo efetivo e necessário no desenvolvimento da

atividade empresarial, sob o medo da falência. A “boa fama”, a “reputação”, a “honra objetiva” são atributos necessários para que haja a receptividade, quer por parte daqueles que vão aderir com seu trabalho, quer por parte daqueles com os quais se vão estabelecer relações negociais.

Há necessidade de adaptação de sanções repressivas com sanções indenizatórias, que não são suficientes para a preservação da integridade, quer pessoal, quer econômica, porque as indenizações são cabalmente as patrimoniais, que levam à indenização no sentido de tornar ao estado anterior. E as sanções por danos extrapatrimoniais podem extrapolar essas limitações do mero tornar indene.

Tais alterações de formulação não são exclusivas do dano moral. Um trabalho recente sobre a pena privada (Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris: LGDJ, 1995) mostra bem que precisamos começar a pensar que a pena privada pode ser aplicada no sentido de impor sanção ao violador, não só em proveito do lesado, não só em proveito daquele que sofreu o dano, mas também pode ser aplicada de maneira a servir de exemplo.

Pensamos que se isso for possível, nada impede que uma lesão a empresa possa permitir que, além da reparação patrimonial cabal, seja aplicada uma sanção que implique uma imposição de pena a não ser revertida em favor da própria empresa, mas sim em favor da própria comunidade.

Isso já ocorre, por exemplo, com o Direito Penal. Nada impede que no Direito Civil exista proteção decorrente de sanções nesse sentido. Não há nenhum óbice constitucional. Isso vale não só no âmbito do dano moral da pessoa, como vale para qualquer dano extrapatrimonial.

O problema de querer estender conceitos, de dar denominação unívoca, é mal do século recém-findo. Precisamos lembrar que o dano extrapatrimonial merece ser punido com a indenização cabal do dano, se possível sua aferição, sem prejuízo de uma sanção inibitória, repressiva de nível que proteja os valores sociais.

O fato que se identifica é que até aqueles que são a favor do dano moral da pessoa jurídica acabam tendo de confessar que se referem a bem extrapatrimonial.

Mas, na verdade, a moral não é um bem extrapatrimonial; a moral é algo integrante da personalidade humana e, portanto, é algo transcendente, que não pode ser levado à objetividade de um bem, no sentido específico de compor patrimônio.

Ressaltando que a jurisprudência brasileira tem agido corretamente ao condenar as empresas que violaram a denominada “honra objetiva” ao afetar o crédito de outras empresas, não significa que concordemos com o uso do conceito de direito da personalidade, ainda que agora a própria lei venha a fazê-lo. Temos de respeitar o que foi conquista da humanidade em torno dos direitos humanos, em torno da dignidade do ser humano, e vamos colocar a respeitabilidade merecida pelas pessoas jurídicas em outros termos: como fruto do trabalho dos que compõem este ente jurídico, que é fruto da criação humana,

mas que não é um ser humano, com as características a ele inerentes.

## *Capítulo II* **DAS ASSOCIAÇÕES**

*Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*

*Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, art. 60; Código Civil paraguaio, art. 102; Código alemão, § 21.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Ainda que não seja comum ao legislador definir, temos que o artigo conceitua as associações. Assim, associações são as pessoas jurídicas que resultam da união de indivíduos com fins ideais, não econômicos, distinguindo-se das de fins econômicos, que são as sociedades.

As associações nascem de negócios jurídicos plurissubjetivos unidirecionais, ou seja, de vontades convergentes quanto a sua criação e suas finalidades. Caracterizam-se por não haver qualquer previsão de proveito econômico nem de partilha dos resultados, o que não impede, logicamente, que atribua obrigações aos seus integrantes, inclusive de ordem pecuniária, para o atingimento dos fins. Tais obrigações são relacionadas à pessoa jurídica, não aos demais associados.

Antônio Chaves, analisando o verbete “Associação civil” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 8 p. 274 e s.), comenta as modificações estabelecidas pelo então Projeto de Código Civil. A seu ver, a redação do artigo dá as diretrizes gerais, mas necessário se faz um conceito mais explícito, daí sugerir: “Podemos defini-la como a entidade de direito privado formada pela reunião, em caráter estável, de pessoas, objetivando determinado fim comum não lucrativo, regida por contrato ou estatuto, com ou sem capital”.

O artigo inova em relação ao Código de 1916, no sentido de espantar as dúvidas sobre a possibilidade de as associações terem finalidades econômicas, inibindo as divergências doutrinárias que decorriam do texto anterior. Veja-se que, para Caio Mário, não havia impedimento de que as sociedades civis tivessem finalidades econômicas, ao que se contrapunha Orlando Gomes, e a maioria, daí se ter que os exemplos mais comuns são as associações desportivas, culturais, recreativas e religiosas.

Em razão de suas finalidades, as associações são as únicas pessoas jurídicas de direito privado que podem ser reconhecidas como de utilidade pública, ou seja, podem gozar de benefícios administrativo-tributários, para melhor concretização de seus fins.

Há que se entender que os fins não econômicos impostos pelo artigo referem-se aos que possam resultar em favor dos associados, posto que a associação, em si, não fica inibida de efetuar negócios e auferir resultados econômicos para a consecução dos seus fins. Nesse sentido, também, Maria Helena Diniz: “...Não perde a categoria de associação mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados, p. ex., associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, balas, raquetes etc., embora isto traga, como consequência, lucro para a entidade”.

Questão que se põe em razão do texto do art. 1º e das justificativas dadas para a prevalência da emenda é quanto ao efetivo significado de “PESSOA” na redação do presente artigo. Podem as associações ser fruto não apenas da união de indivíduos, mas também de pessoas jurídicas?

Contra a afirmativa tem-se a colocação de Galgano, cujo conteúdo é bastante significativo, particularmente pelo fato de o Código italiano não conceituar nem referir expressamente a composição, como o nosso. Diz o referido autor:

“2. Struttura logica del concetto di persona giuridica. — Il problema consiste, anzitutto, nello stabilire quale posizione occupi, nel mondo del diritto, il fenomeno che il linguaggio legislativo designa con il nome di persona giuridica:

se esso effettivamente assuma, accanto alla persona fisica, la posizione di un ulteriore soggetto di rapporti giuridici o se debba, invece, essere collocato — come è stato più volte collocato, in epoche antiche quanto in epoche recenti — in un ambito diverso dal diritto delle persone.

Il fenomeno può, in prima approssimazione, essere descritto come quello per il quale entità diverse dall'uomo sono sottoposte ad un trattamento normativo corrispondente, per molti aspetti, al trattamento normativo dell'uomo. Esso è ... un fenomeno anteriore, storicamente, all'ideazione stessa del concetto di persona giuridica; è il fenomeno dall'osservazione del quale há tratto origine, in sede di successiva ricostruzione teorica, il convincimento dell'esistenza di altri soggetti di diritto oltre gli esseri umani. Nel linguaggio del codice civile, che a questo dottrinale convincimento adegua le rubriche dei primi due titoli del libro I, il concetto di persona giuridica si presenta come un concetto di specie. Il genere è la persona: è il soggetto di diritto, il centro di imputazione dei rapporti giuridici; una nozione concepita come distinta, concettualmente, dalla nozione di uomo e che può, in quanto tale, designare entità — le associazioni, le società, le fondazioni — che sono diverse dagli uomini singoli, ma che si pongono, al pari degli uomini singoli, quali autonomi soggetti di rapporti giuridici. Di questo genere la persona fisica è solo una specie, distinta dall'altra — la persona giuridica — per il solo fatto d'averne, quale substrato naturale, l'uomo” (Francesco Galgano, *Delle persone giuridiche*, ristampa della prima ed., 1972, p. 3 e 4).

Relembrando que o conceito de pessoa sempre foi na Parte Geral, e até mesmo na emenda, referindo-se ao ser humano, o que é reforçado pelo art. 2º, pode-se entender que o artigo em exame, o 53, não pretendeu abarcar pessoas jurídicas.

Cabe, ainda, lembrar a posição de Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, endossada por Antônio Chaves, classificando as associações em três grupos, conforme a finalidade visada: a) as associações cujo objetivo principal é o interesse pessoal dos próprios associados; b) as que embora possam, ocasionalmente, seus associados visar a um interesse pessoal, sua finalidade precípua é prover a uma obra de caridade em benefício de terceiros; e c) as associações que têm por escopo principal ficar subordinadas a uma obra dirigida autonomamente por terceiras pessoas.

O parágrafo único evidencia claramente que as associações não são contratos sinalagmáticos entre os associados, isto é, com obrigações respectivas. Na teoria do negócio jurídico o contrato é classificado como plurissubjetivo unidirecional, porque são vários os que declaram suas vontades, mas todas no mesmo sentido, vontade comum, pelo que muitos o denominam acordo. Não se põe o *do ut des*.

**Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà:**

**I - a denominação, os fins e a sede da associação;**

- II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;*
- III - os direitos e deveres dos associados;*
- IV - as fontes de recursos para sua manutenção;*
- V - o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;*
- VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, art. 60; Código português, art. 167<sup>º</sup>; Código paraguaio, art. 104; Código Civil italiano, art. 14.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. CHAVES, Antônio *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Aqui se têm os requisitos indispensáveis para os estatutos constitutivos das associações. Assim como as demais pessoas jurídicas de direito privado, a organização da associação desenvolve-se sob o binômio estatuto/diretoria. Sendo que o primeiro determina sua estrutura e o segundo regra sua operacionalidade.

A submissão das associações a esses requisitos objetiva uma regulamentação mais homogênea entre as várias espécies dessas pessoas jurídicas.

O ato constitutivo pode ser resumido como o meio de ligação entre os associados, sejam eles os originários, sejam os de posterior adesão.

Quanto ao inciso I, particularmente o requisito “fins”, tem-se a mesma fundamentação dos comentários do art. 46.

Quanto ao inciso III, que trata dos direitos e deveres dos associados, há que se lembrar que, como regra geral, cada sócio é obrigado a um pagamento inicial no momento de seu ingresso na associação, bem como a contribuir, com prestações periódicas, para que a associação possa desenvolver suas atividades e concretizar seus fins. Outros deveres são os de observância ao disposto no estatuto e, obviamente, a abstenção da prática de qualquer ato que tenha a tendência de contradizer ou ofender a finalidade da associação.

**Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, arts. 67 e 68; Código português, art. 176<sup>º</sup>; Código paraguaio, art. 109; Código Civil alemão, § 34.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** São vários, e em princípio idênticos, os direitos dos associados.

Direitos fundamentais dos associados são os relativos à possibilidade de intervirem na realização dos fins sociais, o que basicamente se dá através da participação nas assembléias, que são os atos mais importantes das associações, quer se manifestando, quer votando, além de certas utilidades e vantagens no seio

da associação, como o uso e gozo de dependências, freqüência às atividades, e o extremo de haver quota de liquidação do patrimônio em caso de dissolução. Evidentemente que uso e gozo podem não existir se o fim da sociedade é altruístico, bem como não haver direito a quota, se, pelo estatuto, o patrimônio for atribuído a outra pessoa jurídica, no caso de dissolução.

A exceção à igualdade de direitos dos sócios deve decorrer de exceção expressa, que confirme o princípio da igualdade na sua operacionalidade, isto é, desigualdade decorrente das condições participativas dos associados, quer pelas contribuições, quer pela intensidade do labor.

No mais das vezes a desigualdade se estabelece pela outorga de qualificação honorífica, sócio benemérito, ou identificadora da maior contribuição que leva à isenção das contribuições, caso dos sócios remidos.

**Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.**

**Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 180º, Código alemão, § 38.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** A reforçar o que falamos quanto ao art. 53, o presente dispositivo evidencia que as associações refletem em geral comunhão de ideais de pessoas humanas, de tal sorte que, fixado o ideal, tem-se o caráter pessoal do vínculo, claro na regra geral da intransmissibilidade da qualidade de associado.

Por ser o âmbito expressivo da autonomia privada é que se admite a exceção, ou seja, a transmissão, mediante previsão expressa do estatuto.

Na hipótese de a composição do patrimônio ser por quotas, ou frações ideais, o parágrafo único estabelece a distinção entre o aspecto patrimonial e o pessoal, de sorte que a transmissão patrimonial não importará na atribuição da qualidade de associado, quer ao adquirente, quer ao herdeiro. A exceção, mais uma vez, fica por conta de prévia e expressa disposição estatutária.

Assim, na hipótese de inadmissão de substituição no quadro social, haverá a diminuição patrimonial equivalente à quota, ou fração a ser paga ao cessionário.

*Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim.*

*Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembléia geral.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, art. 72; Código Civil de Portugal, art. 170<sup>o</sup>, n. 3.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. BASILE, Massimo. *L'intervento dei giudici nelle associazioni*. Milano: Giuffrè, 1975. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. "Delle persone giuridiche". In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*;

parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** A exclusão do associado é um problema delicado. A partir da constituição de uma associação, ou do ingresso no quadro associativo, tem o sócio o direito de manter sua condição de membro. Por isso, além de excepcional a hipótese de perda da condição, esta só pode ocorrer se suas atitudes importarem em prejuízos ao grupo, externados através de posturas nocivas ao fim a que se destina a associação.

Assim, por ser a exclusão uma atitude radical, não se admite ampliação das duas hipóteses, a par de ter de haver procedimento comprobatório do cometimento e da avaliação da gravidade. Portanto, deve haver respeito ao legítimo direito de defesa, mesmo perante órgãos da própria associação.

Na primeira hipótese, temos a exclusão do associado por justa causa prevista no estatuto. Note-se a clareza do dispositivo ao estabelecer: "...havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto...".

Caso não haja o elenco tipificador, caberá ao órgão máximo, a assembléia, avaliar a existência de motivos graves e deliberar, fundamentadamente, exigida a maioria absoluta dos membros presentes à assembléia, para se aprovar a decisão.

Ressalte-se a observação constante no parágrafo único deste artigo: quando a decisão for de órgão, como a diretoria, o associado excluído pode recorrer à assembléia geral, por ser o órgão máximo da sociedade civil.

Já a deliberação da assembléia, mesmo que originária, não permite recurso, por falta de qualquer órgão mais alto na estrutura social.

**Art. 58.** *Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, arts. 67 e 68; Código português, art. 176<sup>o</sup>; Código paraguaio, art. 109; Código Civil alemão, § 34.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto*

*de Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro.* São Paulo: Atlas, 1977. BASILE, Massimo. *L'intervento dei giudici nelle associazioni.* Milano: Giuffrè, 1975. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca.* Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato.* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O estatuto não pode criar exceção ofensiva ao princípio da igualdade, pelo qual, em tese, todos sendo iguais, têm direito de exercer as funções para as quais forem eleitos.

O dispositivo veda arbitrariedades que possam vir a comprometer a vontade da maioria da associação.

É evidente que as exceções estatutárias ou legais não que ser coerentes com o princípio da igualdade, de forma a só discriminar em razão das condições pessoais, como exercício de outros cargos, ou funções, ou habilitação específica.

***Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:***

***I - eleger os administradores;***

***II - destituir os administradores;***

***III - aprovar as contas;***

***IV - alterar o estatuto.***

***Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil da Suíça, arts. 65 e 66;

Código português, arts. 170<sup>o</sup>, 172<sup>o</sup> e 173<sup>o</sup>; Código Civil da Itália, art. 21; Código paraguaio, arts. 105 e 107; Código Civil da Alemanha, §§ 27, 32 e 33.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVLÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. BASILE, Massimo. *L'intervento dei giudici nelle associazioni*. Milano: Giuffrè, 1975. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** A assembléia geral deve ser a reunião da totalidade dos membros, ou da expressiva maioria dos que compõem a associação, fixado um limite mínimo na convocação, para que juntos tomem as decisões de maior importância para a vida dessa pessoa jurídica.

Os incisos I a IV elencam as questões que só podem ser objeto de deliberação por assembléia.

Importa lembrar que as decisões têm de resultar da maioria, por vezes qualificada, de dois terços dos presentes, como nas hipóteses dos incisos II e IV. Em consequência, os demais incisos devem ser considerados como de aprovação por maioria simples.

Antônio Chaves (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 8) transcreve trecho de Francesco Ferrara muito significativo quanto à maioria nas associações: “O princípio da maioria é necessário e congênito nas associações, e mesmo na falta de uma disposição estatutária, conforme ao uso, deve entender-se tacitamente pressuposto”.

A previsão dos incisos deste artigo refere-se a ações que influenciam diretamente no funcionamento da associação, seja pela importância da decisão tomada, seja por alterar alguma disposição ou manifestação do estatuto, que é sua lei máxima.

As demais deliberações, por não terem a mesma repercussão na sociedade, podem ser tomadas pela diretoria, ou outros órgãos, conforme dispuser o estatuto.

**Art. 60.** *A convocação da assembléia geral far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 174<sup>º</sup>; Código Civil da Itália, art. 20; Código alemão, §§ 36 e 37.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. BASILE, Massimo. *L'intervento dei giudici nelle associazioni*. Milano: Giuffrè, 1975. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** É de presumir que a diretoria sempre vele pelo bom andamento da vida associativa, convocando, oportunamente, as assembléias, quer ordinárias, quer extraordinárias, que se fizerem necessárias.

Pode ocorrer, no entanto, que grupo de associados não participante da direção entenda que certa questão ou questões mereçam ser analisadas pela assembléia, em face da competência.

Para que tal direito não fique submetido aos caprichos dos eventuais detentores da direção, abre-se a oportunidade, desde que haja uma expressão numérica reputada significativa pela lei: um quinto.

**Art. 61.** *Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.*

§ 1º *Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.*

§ 2º *Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 22. Extinguindo-se uma associação de intuítos não econômicos, cujos estatutos não disponham quanto ao destino ulterior dos seus bens, e não tendo os sócios adotado a tal respeito deliberação eficaz, devolver-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.*

*Parágrafo único. Não havendo no Município ou no Estado, no Distrito Federal ou no Território ainda não constituído em Estado, em que a associação teve sua sede, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, à do Distrito Federal, ou à da União.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, arts. 57 e 76; Código de Portugal, art. 184º; Código Civil paraguaio, art. 116; Código italiano, art. 31; Código Civil alemão, §§ 45 a 47.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. BASILE, Massimo. *L'intervento dei giudici nelle associazioni*. Milano: Giuffrè, 1975. CHAVES, Antônio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. GALGANO, Francesco. "Delle persone giuridiche". In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972; "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati". In: *Commentario*, cit., 1967 (arts. 36-42). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo sofreu consideráveis modificações se comparado a seu equivalente na legislação anterior.

A nova redação traz uma escala de procedimentos — obrigatória — a serem adotados no caso de ocorrência da dissolução.

Primeiro, dever-se-á apurar o patrimônio líquido, entendendo-se como tal o patrimônio da associação no momento, deduzidas as quotas ou frações ideais dos associados, a quem serão restituídas.

Tal hipótese poderá ter sido afastada pelo estatuto, ou decisão dos associados que estão se dissociando.

Se houver previsão de instituição congênere, de fins não econômicos, para receber o patrimônio remanescente, a ela será destinado.

Caso o estatuto seja omissivo, terá de ser tomada a deliberação dos associados quanto aos bens remanescentes, que deverão ser encaminhados a uma instituição pública (municipal, estadual ou federal) com fins idênticos ou muito semelhantes. Remanesce válida a observação de Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 190) ao analisar o art. 22 do Código Civil anterior, no sentido de que um estabelecimento existente no Município onde a associação tinha sua sede prefere o de outro Município, ainda que do mesmo Estado.

O § 1º assegura aos associados o direito de receberem em restituição o respectivo valor atualizado das contribuições, antes de feita a destinação dos bens remanescentes a outra entidade. Destaque-se, mais uma vez, que tal direito será manifestado ou por previsão estatutária ou por deliberação dos membros.

Se, portanto, frustrou-se o intento, não há razão para que ocorra, também, lesão patrimonial dos fundadores da associação. Ambas as hipóteses dependem do exercício da autonomia privada, a primeira previamente — estatuto; a segunda posteriormente — deliberação no momento da dissociação.

O § 2º estabelece um destino extraordinário ao patrimônio remanescente. Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação dissolvida tenha sede, um estabelecimento que preencha as condições previstas no *caput* deste dispositivo, seus bens serão considerados vagos para efeitos de se devolverem ao fisco do Estado onde se achava sua sede.

Caio Mário da Silva Pereira entende que: “a devolução neste caso, em paridade de situação com o que ocorre na hipótese de sucessão *causa mortis* atribuída à Fazenda Pública, na falta de parentes sucessíveis ou disposição testamentária, muito embora não exista um vero e próprio direito hereditário do Estado, pois que de sucessão hereditária só se pode cogitar em caso de morte de pessoa natural. Daí procurar-se a justificativa para aquela devolução bonitária em uma espécie de direito eminente do Estado, que se especializa em aquisição dominial” (*Instituições de direito civil*, p. 223).

## DAS FUNDAÇÕES

*Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.*

*Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 24. Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 124; Código de Portugal, art. 185º; Código suíço, arts. 80 e 81; Código Civil da Alemanha, § 80.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Fundação, no dizer de Clóvis, “é uma universidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, ou, ... um patrimônio transfundado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado”. São

entidades que decorrem da atribuição de um patrimônio para determinado fim.

Quando é instituída por ato entre vivos, o é mediante escritura pública, enquanto se por *causa mortis*, o é por meio de testamento.

Portanto, sempre depende de formalidade a ser satisfeita.

A exigência de que sejam bens livres é lógica, porque seria inviável disponibilizarem-se bens vinculados, ou onerados a qualquer encargo, como, por exemplo, os gravados de ônus reais.

O patrimônio há que produzir rendimentos, permitir administração produtiva, sem o que nenhuma finalidade poderá ser alcançada.

É ato de exclusiva vontade do instituidor, que só restará viável se quem for cometido do encargo de administrar aceitar e der execução à destinação prevista pelo fundador, a qual obrigatoriamente terá de ser uma das elencadas no parágrafo único.

Ainda com relação a este artigo, oportunas as palavras de Nicolau Balbino Filho, em seu livro *Sociedades civis*, p. 21, citando J. M. DE CARVALHO SANTOS. Segundo este autor, antes que a pessoa jurídica adquira personalidade, o ato de fundação se limita a criar um mero estado de expectativa de direitos, que tem seus efeitos cessados caso o instituidor revogue sua declaração de vontade. Tal revogação pode ser feita até o momento que a instituição adquire personalidade.

Prossegue: “se a instituição é feita por escritura pública, até a aprovação dos estatutos pela autoridade competente e o respectivo registro pode o fundador revogá-la, pois até então os bens não saíram de seu patrimônio.

(...) Em se tratando de testamento não é possível a revogação após a morte do testador. Os seus herdeiros não podem desrespeitar-lhe a vontade, a não ser que lhe haja liberalidade lesiva a seus direitos hereditários. Em vida, porém, o testador pode revogar a instituição, tornando sem efeito o testamento”.

Por fim, cumpre-nos destacar o disposto no parágrafo único, o qual estabelece quais os fins que justificam a constituição de uma fundação. São eles: religiosos, morais, assistenciais ou culturais. Agostinho Alvim (*Comentários ao Código Civil*, p. 159), comentando a redação deste parágrafo, no ainda Projeto de Código Civil de 1965, assevera que o legislador optou por ser explícito visando evitar fundações com finalidades fúteis ou caprichosas.

***Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 25. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens doados serão convertidos em títulos da dívida pública, se outra coisa não dispuser o instituidor, até que, aumentados com os rendimentos ou novas dotações, perfaçam capital bastante.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, art. 83; Código Civil português, art. 188<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Pode ser que a vontade do instituidor seja ótima, mas o patrimônio que atribuiu para o fim altruístico não seja suficiente. Para evitar que se tenha o absurdo de um patrimônio ficar sem uso, a lei buscou solução.

É evidente que se estamos diante de uma instituição de fundação por ato entre vivos, em princípio não se alcançou a plena validade, e, portanto, o patrimônio deveria retornar ao instituidor. Porém, o que indica a lei é outro caminho, uma vez que, feita a atribuição e o administrador já tenha tomado posse, só aí é que será possível avaliar da insuficiência para o fim almejado. Ora, formalmente, já existe fundação para o fim altruístico, só não há possibilidade de eficácia na destinação.

A solução da lei é dar eficácia, com a atribuição do patrimônio a outra fundação de mesmo fim, ou seja, busca dar efetividade à vontade do instituidor.

O mesmo deve ser aplicado à fundação instituída *causa mortis*.

**Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 127; Código de Portugal, art. 186<sup>º</sup>; Código alemão, § 82.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O ato do instituidor é entendido como perfeito e acabado, devendo alcançar sua plena eficácia, daí a execução dos demais atos necessários à regularização da transmissão do patrimônio, na hipótese de sua inércia subsequente.

Por meio do mandado judicial apenas se dará execução a uma situação de direito; dar-se-á ao proprietário ou ao detentor do direito real acesso ao que já lhe pertence.

**Art. 65.** *Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.*

**Parágrafo único.** *Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 27. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 24), os estatutos da fundação projetada, submetendo-os, em seguida, à aprovação da autoridade competente.*

*Parágrafo único. Se esta lha denegar, supri-la-á o juiz competente no Estado, no Distrito Federal ou nos Territórios, com os recursos da lei.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código paraguaio, art. 129; Código Civil suíço, art. 83; Código alemão, § 85.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna: Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O dispositivo dá a impressão de que o instituidor não poderia, ele próprio, elaborar o estatuto.

À evidência seria uma *captis diminutio*. Pode elaborá-lo por inteiro, como pode formular-lhe somente as bases, ou seja, as cláusulas gerais, que deverão ser desenvolvidas pelo administrador que aceitou a incumbência.

A validade do estatuto depende do registro (art. 119 da Lei n. 6.015/73), que na dicção do artigo em exame equivale à “aprovação pela autoridade” — o registrador —, que poderá suscitar dúvida, a qual será decidida pelo juiz (art. 115 da Lei n. 6.015/73).

Outro ponto que merece destaque é que a autoridade competente à qual o estatuto formulado se submeterá é o Ministério Público Estadual, que, segundo o art. 1.201 do CPC, tem quinze dias para aprová-lo ou denegá-lo ou, ainda, indicar modificações que entenda necessárias. A análise versará basicamente sobre a presença dos requisitos indispensáveis à criação da fundação, que são a vontade do instituidor e a existência de bens livres para determinados fins. Se a aprovação for denegada, qualquer interessado poderá recorrer ao Judiciário para que o juiz confirme ou não a decisão do MP. Ressalte-se que dessa decisão do juiz também cabe recurso, no caso, o de apelação.

O parágrafo único inova e está em consonância com o disposto no art. 1.202 do Código de Processo Civil. Assim, caso o estatuto não seja elaborado no

prazo estipulado pelo instituidor ou, não havendo prazo estipulado e transcorridos cento e oitenta dias, tal tarefa caberá ao Ministério Público. O mesmo ocorre se o instituidor for silente na delegação da aludida incumbência, conforme estabelece o inciso I do artigo acima mencionado.

**Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.**

**§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.**

**§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.**

**CÓDIGO DE 1916: Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.**

**§ 1º Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo.**

**§ 2º Aplica-se ao Distrito Federal e aos Territórios não constituídos em Estados o aqui disposto quanto a estes.**

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 84.**

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** Aqui já temos a fundação existente validamente, portanto, após o devido “nascimento” da pessoa jurídica fundação.

Começa a atividade fiscalizadora do Ministério Público.

A novidade sobre o texto revogado é quanto ao § 1º com atribuição de fiscalização ao Ministério Público Federal quanto aos Territórios e ao Distrito Federal.

O texto original do projeto previa também a competência do Ministério Público Federal para as fundações que estendessem suas atividades por mais de um Estado.

No Senado ocorreu emenda do Senador Fernando Henrique Cardoso, que reduziu a função fiscalizatória do Ministério Público Federal só para os Territórios e Distrito Federal, argumentando que o Ministério Público Estadual vinha desenvolvendo bem suas funções, e que o Federal não teria condições materiais e pessoais de assim fazê-lo. Prevaleceu sua emenda.

*Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:*

*I - seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;*

*II - não contrarie ou desvirtue o fim desta;*

*III - seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 28. Para se poderem alterar os estatutos da fundação, é mister:*

*I - que a reforma seja deliberada pela maioria absoluta dos competentes para gerir e representar a fundação;*

*II - que não contrarie o fim desta;*

*III - que seja aprovada pela autoridade competente.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 189º, Código italiano, arts. 21 e 34.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** A alteração estatutária das fundações tem de passar por um procedimento complexo, com intervenção de competências diversas.

Assim, o procedimento começa perante o órgão qualificado para a iniciativa, os competentes para gerir e representá-la, impondo-se que tal proposta de alteração seja aprovada pelo *quorum* especial de dois terços. Logo, não dos presentes ao ato, mas da totalidade dos dotados de competência.

A finalidade da fundação é o que se pode denominar “cláusula pétreia”, ou seja, imodificável, de nada adiantando a vontade dos administradores ou representantes pós-instituição. Significativo prestígio da vontade individual do instituidor, quer pelo fim altruístico, quer pela dotação do patrimônio para alcançá-lo.

Por fim, a aprovação pelo Ministério Público. Caso ocorra parecer pela não-aprovação, cabe a busca do Judiciário, que poderá suprir a vontade negada pelo Ministério Público.

Como se vê, é um procedimento integrado por vontades diversas e emanadas de órgãos internos e externos à fundação, o que confere um caráter distinto à alteração estatutária.

Realizada a reforma, esta será submetida à aprovação do órgão do Ministério Público, da mesma forma que o estatuto originário, e averbada à margem do registro.

Inovou o presente artigo, em relação à legislação de 1916, ao estabelecer que a pessoa interessada poderá provocar o Poder Judiciário visando suprir a autorização negada pelo MP.

Outra diferenciação notada, após a comparação com o Código anterior, refere-se à qualificação da maioria necessária para que aconteça a reforma do estatuto. Antes, a lei exigia a maioria absoluta, ou seja, mais da metade. Hoje, a legislação vigente estabelece a manifestação de dois terços dos competentes para gerir e administrar a sociedade; temos agora a maioria qualificada como requisito necessário para eventual alteração do estatuto fundacional.

**Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do**

**Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 29. *A minoria vencida na modificação dos estatutos poderá, dentro em 1 (um) ano, promover-lhe a nulidade, recorrendo ao juiz competente, salvo o direito de terceiros.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** O art. 29 do Código Civil de 1916 dispunha de modo diverso ao presente no que toca ao meio previsto legalmente para que a minoria vencida combatesse a reforma do estatuto. Mas, para a maioria da doutrina, o artigo do Código de 1916 já se encontrava revogado, tendo em vista o conflito entre ele e o art. 1.203 do Código de Processo Civil.

Visando dirimir o conflito existente, foi proposta a alteração da lei civil. Assim, quando a decisão que reforma o estatuto da fundação não for fruto de uma vontade unânime, os administradores, ao submetê-la ao Ministério Público, cumprindo a exigência do disposto no artigo anterior, requererão que a minoria vencida seja científica para eventual impugnação, em dez dias.

**Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu**

*patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.*

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 30. *Verificado ser nociva, ou impossível, a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes.*

*Parágrafo único. Esta verificação poderá ser promovida judicialmente pela minoria de que trata o art. 29, ou pelo Ministério Público.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código paraguaio, art. 131; Código português, arts. 192<sup>a</sup>, 193<sup>a</sup> e 194<sup>a</sup>; Código alemão, § 87; Código Civil italiano, arts. 30, 31 e 32.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BALBINO FILHO, Nicolau. *Sociedade civil: constituição e registro*. São Paulo: Atlas, 1977. GALGANO, Francesco. “Delle persone giuridiche”. In: *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*. Bologna Zanichelli, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

**COMENTÁRIOS:** As hipóteses de extinção das fundações por iniciativa do Ministério Público começam pela legislação superveniente a sua instituição, que torne ilícita sua finalidade, o que é difícil de imaginar em razão do disposto no parágrafo único do art. 62.

Aliás, o Código de 1916 não previa tal hipótese.

Porém, relendo Agostinho Alvim, podemos ver que o Código de 1916, referindo-se ao fato de se tornar nociva a fundação, entendia que isso poderia decorrer de alteração da filosofia do próprio Estado, no que toca à religião, costumes etc. O exemplo citado é muito significativo:

“Suponhamos que existisse na Alemanha uma fundação, destinada a trabalhar pelo desaparecimento das desigualdades oriundas das diferenças de

raças.

É claro que, introduzido, mais tarde, por Hitler, o racismo, acompanhado de perseguição, uma fundação como a suposta teria que desaparecer, como nociva (*ilícita*), porque (praticamente) ninguém pode supor legítimo o que o Estado condena”.

Já a hipótese de impossibilidade pode decorrer quer de alterações de ordem econômica, quer de evolução científica ou mesmo social.

São exemplos as fundações destinadas ao estudo de combate a determinadas moléstias, que alcançam resultados superiores, como a erradicação da moléstia, ou, ainda, a fundação destinada à alfabetização num município, onde se alcança o bendito resultado. Evidentemente, fica impossível prosseguir na finalidade, quando não inútil.

Nesses casos, o Ministério Público, ou qualquer interessado no bem-estar comum, deve agir para a extinção da fundação, e, com isso, alcançar outras finalidades, com a incorporação do patrimônio a outra fundação, de fim semelhante, mediante decisão judicial.

Outra hipótese, ainda, é a do decurso do prazo de sua existência, em obediência à vontade do criador. Agostinho Alvim alertava quanto aos negócios pendentes da fundação com terceiros, em que, credora ou devedora, deverá ocorrer a liquidação e “Também no que respeita à sua vida interna, assim há de ser. Terminado, p. ex., o prazo de uma fundação que consiste num hospital, não se poderão receber novos doentes, mas não se abandonarão os ali internados”.

### ***Título III*** ***DO DOMICÍLIO***

***Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.***

***CÓDIGO DE 1916: Art. 31. O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.***

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 102; Código alemão, § 7<sup>º</sup>; Código italiano, art. 43; Código português, art. 82<sup>º</sup>; Código de Quebec, arts. 75 e 76; Código suíço, art. 23; Código argentino, art. 89; Código paraguaio, art. 52.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil: notions generales*. 4. ed. Paris: A. Pedone. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. DE PAGE. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles, 1962. ENNECERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1953. t. 1. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil*. Madrid, 1978. MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrétien, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris, 1952. t. 1. RUGGIERO e MAROI. *Istituzioni di diritto privato*. Milano, 1955. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

**COMENTÁRIOS:** A noção de domicílio surge com os romanos, etimologicamente, de *domicilium* (morada) e *domus*, lugar em que a pessoa estabelece seu lar e concentra seus interesses. Tal entendimento está relacionado à preocupação dos romanos com a vida prática, sendo que o lar era o local onde habitualmente o *pater familias* concentrava seus interesses.

A doutrina francesa, através de Aubry e Rau, tornou a noção complexa, segundo a qual o domicílio seria uma relação jurídica entre uma pessoa e um lugar. Os italianos aderiram a esse pensamento, como se observa em Ruggiero e Maroi: *Il domicilio è, invece, una relazione schiettamente giuridica: costituisce un vincolo di diritto tra la persona e il luogo, pur riposando, naturalmente, su un elemento di fatto che è dato dall' avere alcuno in quel luogo il centro dei propri affari ed interessi*. Em contrapartida, os alemães retomaram à idéia concreta dos romanos, deixando à deriva a noção abstrata dos franceses, como se percebe no art. 7º do *B.G.B.*: “Quem reside permanentemente em um lugar, estabelece nesse lugar o seu domicílio.”

Contudo, nas palavras de Caio Mário, “os modernos escritores franceses insurgem-se contra a concepção do *vinculum iuris* entre a pessoa e o lugar, para ficarem com a idéia do lugar ou da morada: domicílio não é uma noção abstrata, mas uma noção concreta. Não existe uma relação entre pessoa e um lugar na idéia de domicílio, porém este aponta um lugar, que, segundo o art. 102 do Código Civil Francês, é aquele onde a pessoa tem o seu principal estabelecimento”. Como se percebe em Capitant (*Droit civil*, § 3) e De Page, *le domicile est un lieu, comme l'ont soutenu Zachariae et Aubry et Rau, et, avec eux, l'école de l'exégèse. C'est une notion concrète, et non une notion abstraite*.

Já a doutrina suíça encontrou um meio-termo para a conceituação, em que introduz o fator intencional em vez da existência de uma relação jurídica. Basta ler o art. 23 do Código Civil suíço: “O domicílio de uma pessoa se acha no lugar onde ela reside com a intenção de aí ficar duradouramente...”.

O Código atual mantém a redação do Código Civil anterior, que mereceu, de Caio Mário, a seguinte observação: “o Código de 1916, ..., propendeu na conceituação para a suíça e formulou uma definição...” .

Agostinho Alvim concorda, mas acresce que já era da tradição do nosso Direito:

“Inclinou-se, neste ponto, pelo disposto no art. 23 do Cód. Civil suíço.

Realmente ambos dispõem no mesmo sentido, ...

O certo, porém, é que antes do Cód. Civil suíço, publicado em 1907, e que entrou em vigor em 1912, já o direito brasileiro era aquele.

Com base nas Ordenações do Reino, Carlos de Carvalho, em 1899, consolidou: ‘Domicílio é o lugar em que alguém tem fixado sua residência. Da intenção e vontade de permanecer no lugar resulta o domicílio’ (art. 132 da sua *Nova Consolidação das Leis Civis*)”.

Clóvis já teve outra visão: “... Desviou-se da noção comum, que nos transmitiu o direito romano, segundo o qual, ao elemento residência permanente se devia associar o centro das relações civis ou da atividade da pessoa. Somente quando a pessoa tem vários centros de atividade é que estes são tomados em linha de conta”.

Dois elementos compõem o domicílio, segundo Orlando Gomes: “o conceito de domicílio integra-se de dois elementos: um *objetivo*, outro *subjutivo*... o *curso simultâneo* dos dois elementos forma o domicílio”. O elemento objetivo é o fato de uma pessoa permanecer em certo lugar, em virtude do exercício de uma atividade. O elemento subjetivo é o próprio ânimo definitivo de estabelecer um determinado lugar como centro ou sede de ocupações e interesses.

Entende-se por ânimo definitivo, ou *animus manendi*, a vontade, a intenção de permanecer num determinado espaço, tendo como caráter essencial a habitualidade. Afastam-se, portanto, da noção de domicílio a acidentalidade, a ocasionalidade e a anormalidade.

Para a linguagem jurídica, o domicílio distingue-se da residência. Residência é o lugar que a pessoa física escolheu para morar, com a intenção de nele permanecer, mesmo quando temporariamente afastada. Assim dizem Planiol e Ripert: “Ce point d’attache légal sera souvent distinct de la résidence, c’est-à-dire du lieu où séjourne une personne sans avoir l’intention de s’y établir”. E Orlando Gomes: “residência é o lugar onde mora a pessoa física com a intenção de aí permanecer, ainda quando temporariamente afastada”. Entretanto, para o jurista San Tiago Dantas, residência é o lugar onde a pessoa se encontra. Percebe-se que a doutrina não é pacífica quanto ao conceito de residência, sendo que alguns ainda fazem a distinção entre residência e morada, como Pontes de Miranda, o próprio San Tiago, Ruggiero e os irmãos Mazeaud.

Pode ocorrer que uma pessoa resida num lugar e exerça em outro a atividade econômica ou profissional. Nessa hipótese, domicílio e residência se separam claramente. Uma pessoa pode ter um domicílio e residências diversas.

Daí a pluralidade conceitual de domicílio, pela doutrina: domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sede principal de seus negócios (*constitutio rerum et fortunarum*), o ponto central das ocupações habituais (Orlando Gomes); é o espaço em que a pessoa exerce os atos de sua vida de relação, como centro da sua atividade no mundo jurídico, para onde se lhe dirige o que lhe interessa, ou a outrem interessa, e de onde a pessoa dirige a outrem o que tem interesse de dirigir (Pontes de Miranda); o lugar em que a ação jurídica da pessoa se exerce de modo contínuo e permanente é o seu domicílio (Eduardo Espínola); *domicilio é o lugar que o direito considera como centro das relações de uma pessoa* (Enneccerus-Kipp-Wolff); domicílio civil é o lugar onde a pessoa se supõe localizada, para exercer certos direitos e responder por suas obrigações de ordem privada (Clóvis Beviláqua); *le domicile est le lieu où une personne est réputée avoir établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires, de sorte qu'elle s'y trouve juridiquement située* (Planiol e Ripert). Na visão de San Tiago, o domicílio é a sede da personalidade, ou seja, o centro espacial da sua vida jurídica.

Existem dois caracteres principais do domicílio: a necessidade e a fixidez. Nas palavras de Orlando Gomes, “a necessidade de tê-lo depreende-se... da circunstância de que a exigência não se faz apenas no seu interesse, mas também no de terceiros”.

A doutrina costuma dividir o domicílio civil em duas espécies: domicílio voluntário, sendo geral ou especial (ou de eleição) e domicílio necessário. Pelo primeiro entende-se o lugar escolhido livremente pela pessoa física para ser o centro de suas atividades. Destarte, todos os atos inerentes a tal centro devem ser nesse lugar praticados. Resulta, portanto, de ato de vontade. Conforme Orlando Gomes, “parte do princípio de que toda pessoa tem direito a escolher livremente domicílio, salvo quando a lei o impõe em razão de circunstâncias particulares”.

O domicílio especial ou de eleição, também chamado contratual, é aquele escolhido pelas partes para a prática de certos atos. Como bem acentua Capitant: “Les parties qui contractent ensemble peuvent faire élection de domicile dans une commune, pour l'exécution de l'acte qu'elles passent”.

Por ser determinado por um acordo de vontades, é considerado fictício, pois se abstrai o elemento objetivo. Cria-se, artificialmente, por declaração de vontades dos interessados. É temporário e limitado, antepondo-se ao ânimo definitivo, exigível no domicílio geral.

O domicílio necessário é presumido por lei em razão da condição ou situação em que se encontram os incapazes, o funcionário público, civil ou militar, o marítimo e o preso (v. comentários do art. 76).

A importância do domicílio é decorrência da necessidade do aspecto espacial para o Direito, ou seja, todo direito tem de ser aplicado num determinado território e sua operacionalidade se dá em delimitações especificadas pelo próprio Direito, como salientavam De Page (n. 306) e

Capitant (§ 3º, 103) nas obras retrocitadas.

Dá ser conceito necessário não só ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil, como ao Direito Tributário, ao Direito Eleitoral etc.

Bem por isso a Lei de Introdução ao Código Civil, no art 7º, *caput*, dispõe: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Também o art. 10, *caput*, e § 2º, quanto à sucessão.

**Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 32. *Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código alemão, § 7º; Código português, art. 82º; Código de Quebec, art. 77; Código suíço, art. 23; Código argentino, art. 93; Código paraguaio, art. 55

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone. De Page. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles, 1962. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1953. t. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris, 1952. t. 1.

**COMENTÁRIOS:** O novo Código manteve o entendimento anterior, qual seja, o da pluralidade domiciliar, como se observa na literalidade do próprio dispositivo.

Os romanos já admitiam a pluralidade, conforme lição de Paulo, o que decorre justamente da realidade prática. Se um indivíduo fixava mais de um lugar como sua residência e centro de interesse, mais de um seria seu domicílio.

Já a doutrina francesa foi por caminho diverso e adotou o princípio da unicidade, que, a bem dizer, foge à dinamicidade da realidade prática e concreta, como se observa do art. 102 do Código de Napoleão: “O domicílio de todo francês, quanto ao exercício dos seus direitos civis, é o lugar onde está ele principalmente estabelecido”.

Essa redação resultou da doutrina prevalente na redação do Código, como se constata da observação de Capitant: “il résulte de la conception admise par les rédacteurs du Code civil qu'une personne ne peut avoir qu'un seul domicile, puisque ce domicile est le lieu du principal établissement”. No mesmo sentido Planiol e Ripert, dos quais divergia Josserand.

Os italianos, suíços, ingleses e americanos também partilham do mesmo raciocínio da doutrina prevalente em França.

Entretanto nossos legisladores adotaram a crítica do mestre Beviláqua quanto à teoria da unicidade: “Se, realmente, a pessoa tem mais de uma residência onde alternadamente viva, se, em vários centros, tem ocupações constantes, habituais, seria contrariar a realidade das coisas, por amor de uma abstração infundada, persistir em considerar que somente uma dessas residências ou centros de atividade é seu domicílio e, arbitrariamente, escolher um deles para esse fim”. Daí a adoção do *princípio da pluralidade*, na linha do Direito alemão, como se vê do art. 7<sup>o</sup> do *BGB*: “O domicílio pode existir ao mesmo tempo em vários lugares”.

Para resguardar o interesse de terceiros tem-se adotado a teoria da aparência, conforme assevera Orlando Gomes, com apoio em De Page: “...Para resguardar o interesse de terceiros, quando não é possível sequer encontrar a residência da pessoa, vem-se adotando a teoria do domicílio aparente, segundo o qual ‘aquele que cria as aparências de um domicílio em um lugar pode ser considerado pelo terceiro como tendo aí seu verdadeiro domicílio’ (De Page). O domicílio aparente pode ser invocado unicamente por terceiros, porque constitui sanção à imprudência de quem não tem domicílio certo mas, evidentemente, se alegado com fundamento em erro inescusável”.

Outrossim, o novo Código suprimiu a expressão “vários centros de ocupações habituais”, o que realça o papel da residência. Até porque o art. 72, uma inovação, esclarece a questão, evidenciando que o centro de ocupações habituais está vinculado à idéia de profissão.

Deve-se considerar, sobremaneira, que domicílio não é somente um centro de ocupações habituais, mas também o lugar onde a pessoa responde pelas obrigações contraídas. Pode-se dizer que é um centro de responsabilidades.

***Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.***

***Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 83<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil.* Barcelona: Bosch, 1953. t. 1. Gomes, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. RUGGIERO e MAROI. *Istituzioni di diritto privato.* Milano, 1955. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo é uma inovação, como se disse no comentário ao artigo anterior, e busca realçar a idéia de que domicílio é o lugar onde a pessoa responde por suas obrigações perante terceiros.

Não se confunde com o local onde nasce a obrigação. Se esta for contraída em determinado lugar, mas a pessoa é domiciliada em outro, responde pela obrigação no último.

Quanto ao ânimo definitivo, o próprio exercício da profissão torna o local fixo. Se presente a habitualidade, fica aquele lugar determinado como a sede de negócios e obrigações.

No parágrafo único tem-se a multiplicidade de domicílio profissional, fato que se coaduna com a dinamicidade e praticidade do mundo contemporâneo, à luz da teoria pluralista (v. comentários do art. 71).

Com esse dispositivo o legislador deixou claro que domicílio não é apenas o local onde a pessoa física estabelece seu lar com *animus manendi*, mas também aquele em que exerce seu ofício, estabelece relações de negócios e, principalmente, responde pelas obrigações, ainda que contraídas em lugar diverso.

Percebe-se, desse modo, que o Código atual se mostra em consonância com a realidade da vida contemporânea.

É importante frisar que o domicílio profissional refere-se às relações jurídicas decorrentes de tal atividade.

**Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 33. *Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual (art. 32), ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negócios, o lugar onde for encontrada.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 82<sup>o</sup>; Código de Quebec, art. 78; Código argentino, art. 90; Código paraguaio, art. 53.

**BIBLIOGRAFIA:** ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*, Barcelona: Bosch, 1953. t. 1. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris, 1952. t. 1. RUGGIERO e MAROI. *Istituzioni di diritto privato*. Milano, 1955. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Com referência ao Código anterior, o artigo manteve a mesma idéia, qual seja, a de que se considera domicílio da pessoa, caso não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.

A atribuição de tal domicílio está relacionada com um dos caracteres do domicílio, a necessidade.

A maior parte das pessoas que não têm domicílio fixo não precisam tê-lo, pelo modo de vida que levam ou pela profissão que exercem, como os clássicos exemplos do vagabundo e do circense, respectivamente. Porém, a finalidade do domicílio no mundo do Direito não é satisfazer a vontade de uma ou algumas pessoas, mas viabilizar a atuação do Direito, permitindo que terceiros, que eventualmente estabeleçam relações com tais pessoas, possam exercer seus direitos ou meramente pretensões em local identificável.

Assim, a pessoa que não apresenta domicílio fixo e contrai uma obrigação não fica isenta de responder por ela porque não tem residência fixa nem local de exercício regular de sua atividade profissional, ou de estabelecimento de relações jurídicas, visto que se torna seu domicílio o lugar em que se encontra. Conclui-se que o Código resguarda o direito de terceiros quanto ao cumprimento das obrigações.

**Art. 74. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.**

**Parágrafo único.** *A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 34. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com intenção manifesta de o mudar.*

**Parágrafo único.** *A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa mudada às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, arts. 103 a 105; Código alemão, § 7º; Código suíço, art. 24; Código argentino, arts. 97 e 99; Código paraguaio, art. 58.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo-Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris, 1952. t. 1.

**COMENTÁRIOS:** O artigo em referência traz o elemento vontade, que gera efeitos no mundo jurídico, quando manifesta. Nessa linha, infere-se que há alteração do domicílio de uma pessoa pelo fato de esta mudar de residência com ânimo definitivo.

Assim, é imprescindível a intenção, ainda que não declarada por instrumento escrito, de mudar de residência e estabelecer outro local como centro de interesses.

Percebe-se que o dispositivo frisa a residência como elemento principal para a caracterização do domicílio. Daí o comentário de Agostinho Alvim, com referência ao artigo correspondente do Código anterior: “Este dispositivo reafirma que o elemento principal para a caracterização do domicílio é a residência, pois é dela que o texto se ocupa, deixando de mencionar o centro de

ocupações habituais”.

Como se observa pela literalidade do próprio artigo, a prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares que deixa e para onde vai. Portanto a intenção manifesta de mudar servirá como prova.

A referência às municipalidades decorre de ser a pessoa jurídica de direito público mais próxima da vida dos cidadãos, e, por isso mesmo, a que tem relações jurídicas de identificação domiciliar presumidamente mais corretas e atualizadas, quer para fins de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), quer para o ISS (Imposto sobre Serviços de qualquer natureza).

É admitida, como prova, a própria mudança, se a pessoa não a declarar.

***Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:***

***I - da União, o Distrito Federal;***

***II - dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;***

***III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;***

***IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.***

***§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.***

***§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.***

***CÓDIGO DE 1916: Art. 35. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:***

***I - da União, o Distrito Federal;***

***II - dos Estados, as respectivas capitais;***

***III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;***

***IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos.***

***§ 1º Quando o direito pleiteado se originar de um fato ocorrido, ou de um ato praticado, ou que deva produzir os seus efeitos, fora do Distrito Federal, a União será demandada na seção judicial em que o fato ocorreu, ou onde tiver sua sede a autoridade de quem o ato emanou, ou este tenha de ser executado.***

***§ 2º Nos Estados, observar-se-á, quanto às causas de natureza local, oriundas de fatos ocorridos, ou atos praticados por suas autoridades, ou dados à execução, fora das capitais, o que dispuser a respectiva legislação.***

***§ 3º Tendo a pessoa jurídica de direito privado diversos estabelecimentos***

em lugares diferentes, cada um será considerado domicílio para os atos nele praticados.

§ 4º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraiadas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 102; Código alemão, §§ 24 e 80; Código italiano, art. 46; Código suíço, art. 56; Código de Quebec, arts. 307 e 308; Código argentino, art. 90; Código paraguaio, art. 53.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1953. t. 1. Espínola, Eduardo. *Sistema do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris, 1952. t. 1. RUGGIERO e MAROI. *Istituzioni di diritto privato*. Milano, 1955. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

**COMENTÁRIOS:** Aqui foram tratadas tanto as pessoas jurídicas de direito público como as de direito privado.

Houve a supressão de alguns parágrafos, com relação ao Código de 1916.

Quanto ao Código anterior, Beviláqua comentou: “As disposições referentes à União, aos Estados e aos Municípios não constavam do Projeto primitivo nem do Revisto, por se entender que cabia ao direito público regular a matéria, sobre a qual, aliás, nenhuma dúvida havia. Foi, entretanto, aceita uma emenda do Sr. Andrade Figueira, a respeito (Trabalhos, IV, p. 172-177), para que no Código Civil se contivesse toda a teoria do domicílio civil.

A diferença substancial que se vê, desde logo, é que a pessoa jurídica, por sua própria natureza, não tem residência, mas não se pode deixar de entender que é mediante manifestação de vontade dos órgãos dirigentes que se dá a fixação da sede.

O dispositivo quanto ao domicílio das pessoas jurídicas de direito público (incisos I a III) traz uma fixação natural, ou seja, cada qual tem por domicílio o local da sede de seu governo. Assim, o da União é o Distrito Federal; dos Estados e Territórios, as respectivas capitais; do Município, o lugar onde funcione a administração municipal.

No inciso IV, o Código se refere às demais pessoas jurídicas, sem qualificá-las, mas a referência subsequente não permite reduzi-las às de direito privado. Veja-se que outros tipos de pessoas jurídicas de direito público foram elencados nos incisos IV e V do art. 41.

A regra geral posta pelo Código é que todas terão por domicílio o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto.

O § 1º decorre da teoria pluralista (art. 71) e da lógica da atividade negocial, que necessita da multiplicação de presença em locais diversos, concomitantemente, sem que isso possa prejudicar terceiros que com a pessoa estabeleçam relações jurídicas e tenham de se deslocar até a sede para exigir o cumprimento de obrigações, ou deduzir pretensões.

O § 2º traz hipótese de domicílio obrigatório, ou seja, se a administração ou diretoria da pessoa jurídica tiver sede no estrangeiro, ter-se-á por domicílio, com relação às obrigações contraídas por suas agências, o lugar do estabelecimento contraente.

Se assim não fosse, inviável seria para os microempresários e funcionários manterem relações jurídicas com tais pessoas jurídicas.

**Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.**

**Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.**

**CÓDIGO DE 1916: Art. 36. Os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes.**

**Parágrafo único. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada (art. 315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251).**

**Art. 37. Os funcionários públicos reputam-se domiciliados onde exercem as suas funções, não sendo temporárias, periódicas, ou de simples comissão, porque, nesses casos, elas não operam mudança no domicílio anterior.**

**Art. 38. O domicílio do militar em serviço ativo é o lugar onde servir.**

**Parágrafo único. As pessoas com praça na armada têm o seu domicílio na**

respectiva estação naval, ou na sede do emprego que estiverem exercendo, em terra.

*Art. 39. O domicílio dos oficiais e tripulantes da marinha mercante é o lugar onde estiver matriculado o navio.*

*Art. 40. O preso, ou o desterrado, tem o domicílio no lugar onde cumpre a sentença, ou desterro (art. 80, § 2º, n. 2, da Constituição Federal).*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 53, *a*; Código alemão, §§ 8º, 9º e 11; Código italiano, art. 45; Código suíço, art. 25; Código português, arts. 85º e 87º; Código argentino, arts. 89, 90 e 95.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1.

**COMENTÁRIOS:** Com relação ao Código anterior, verifica-se que foram condensados os arts. 36, 37, 38, 39 e 40 num só.

Tal condensação decorre da própria noção de domicílio necessário.

O domicílio necessário é uma presunção legal em razão das condições especiais de determinadas pessoas e de suas situações. Assim, quanto ao incapaz, seu domicílio é o de seu representante legal, porque só através dele é que podem ser assumidas obrigações e é quem exerce seus direitos. Será o do assistente; quanto ao relativamente incapaz, por só com sua atuação nascerem relações jurídicas, e poderem ser exercidos os direitos.

Outras hipóteses, que igualmente decorrem da lógica, são as relativas ao servidor público, cujo domicílio é o lugar em que exerce permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e do preso, o lugar em que cumprir a sentença.

Diz-se necessário porque não é a pessoa que escolhe, é estabelecido pela lei, inadmitida alteração pela vontade da pessoa. Totalmente antagônico com o domicílio voluntário.

A fixação pela lei reflete presunção *juris et de jure*, que não admite prova em contrário.

O elenco decorre do respeito aos terceiros.

**Art. 77. O agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 41. *O ministro ou agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no País, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 88<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1.

**COMENTÁRIOS:** Pode-se considerar este artigo como uma proteção ao interesse de terceiros, tendo em vista que o domicílio é um centro de responsabilidades.

Sabe-se que é inerente à função do diplomata o deslocamento para outros países. É inviável demandá-lo quando alegar extraterritorialidade. Assim, para evitar o problema o Código possibilita, a exemplo do de 1916, que seja demandado, caso não designe onde tem, no Brasil, o seu domicílio, no Distrito Federal, ou no último ponto do território brasileiro, onde o teve.

Pontes de Miranda faz uma crítica, com relação ao paralelo do Código de 1916: “O art. 41 não contém regra sobre domicílio legal, nem regra de presunção sobre domicílio. O melhor lugar para a regra jurídica do art. 41 teria sido o Código de Processo Civil; mas a heterotopia é sem conseqüências”.

Por essa razão houve proposta de supressão do dispositivo, para que ficasse exclusivamente no Código de Processo Civil, pois se refere a citação no estrangeiro, com subsequente alegação de extraterritorialidade a impedir o desenvolvimento da demanda, o que evidencia ser matéria somente de processo civil.

Mas a invocação de que se trata de regra de Direito Internacional Público e Processual não levou à supressão.

A manutenção foi justificada porque “o princípio da isenção da jurisdição civil do país onde o ministro ou agente diplomático esteja acreditado, em garantia da independência do representante do país no exterior”, deve ser mantido.

Poucos Códigos adotaram essa regra no âmbito do direito privado, como se nota na legislação comparada exposta acima.

**Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 42. *Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 111; Código italiano, art. 47; Código argentino, art. 101; Código paraguaio, art. 62; Código de Quebec, art. 83.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro, 1956. v. 1. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1.

**COMENTÁRIOS:** Importa desde logo constatar que o direito de eleição do domicílio, que alguns identificam com o de eleição de foro, só é admissível nos contratos formalizados por escrito, como já referira anteriormente Agostinho Alvim, quanto ao Código de 1916. Portanto, contratos que estão tipificados no inciso III do art. 104.

O dispositivo em análise possibilita às partes contratantes a especificação de domicílio para o exercício de direitos e cumprimento de determinadas obrigações concernentes ao contrato celebrado. Tal domicílio é chamado de eleição, pois eleito pelos contratantes. Se não houver cláusula especificadora do

domicílio eleito no contrato original, não significa que não possa vir a existir mediante escrito posterior.

A respeito, a definição de San Tiago: “Domicílio especial, também chamado eletivo, é aquele que se fixa por uma determinada relação jurídica”.

Orlando Gomes considera esse tipo como de domicílio fictício, pois inexistente o elemento objetivo, por ser criado artificialmente, ou seja, por declaração de vontade dos interessados. Daí dizer: “Sua natureza é controvertida. Constitui revogação voluntária dos efeitos do domicílio comum, tendo, portanto, caráter de exceção ao princípio geral. Entendem outros que é simples desdobramento, porque, no seu âmbito, se substitui inteiramente ao domicílio geral. Trata-se, a rigor, de ficção jurídica, porque lhe faltam os elementos característicos do domicílio”.

Para Capitant, a eleição de domicílio é uma forma de modificar as regras do Direito comum para o exercício de um ato ou de uma convenção: “Le domicile d'élection est donc quelque chose de tout différent du domicile proprement dit. Ce n'est pas même un véritable domicile, car c'est un lieu avec lequel la personne qui le désigne n'a ordinairement pas d'attache. En somme, c'est un moyen de modifier les règles du droit commun pour l'exécution d'un acte ou d'une convention”.

Referimos que para alguns, dentre eles Clóvis, a eleição do domicílio abrange a de eleição de foro, posto que é de direito material, além da invocação do art. 111 do Código Civil francês e da doutrina portuguesa da época da edição do antigo Código.

É de observar, porém, que o próprio Clóvis realçou que nas questões em que a competência jurisdicional é *ratione materiae* descabe a eleição de domicílio, ou de foro.

É muito comum na esfera negocial que as partes estabeleçam livremente o domicílio para o exercício de direitos e cumprimento das obrigações. Pontes de Miranda, porém, entendia que esse direito só assiste a quem tem pluralidade de domicílio, em razão da expressão “especificar”, que não se confunde com “criar”.

Agostinho Alvim se opunha à posição de Pontes, por entender que não cabe a interpretação gramatical, restritiva, e contrária à tradição do nosso Direito. Ademais a expressão “especificar” decorreu de emenda formal, de Ruy Barbosa, não substancial. Concluía o mestre: “Especificar domicílio é determinar, apontar, designar este ou aquele lugar, para domicílio”.

Cabe lembrar que corrente jurisprudencial vem sustentando que a cláusula de eleição não deve prevalecer em se tratando de contratos de adesão submetidos ao regime da legislação especial, do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90. Tais decisões passam pelo exame da matéria fática, ou seja, se está ocorrendo prejuízo ou dificuldade para o exercício do direito de defesa do consumidor.

## **Livro II** **DOS BENS**

**COMENTÁRIOS:** Até o presente momento o Código tratou dos aspectos subjetivo e espacial, das pessoas e do lugar (domicílio). A partir daqui passa a tratar do aspecto material, dos bens. Começamos a trabalhar com as relações jurídicas patrimoniais. Não trataremos de direitos que recaem sobre a própria pessoa do titular, como nos direitos da personalidade, que têm como objeto atributos das pessoas, da personalidade humana. Passaremos aos direitos que recaem sobre utilidades econômicas, os direitos patrimoniais.

Deixa-se o subjetivo para ingressar no objetivo, no campo dos bens jurídicos.

Objeto (*objectum*) é aquilo que se coloca adiante, fora do sujeito. O objeto da relação jurídica é, assim, tudo aquilo que se pode submeter ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento de seus interesses e finalidades.

A partir de um conceito mais genérico, o de *bens*, alcançam-se dois conceitos clássicos: *coisas* e *patrimônio*.

Em face das críticas quanto à confusão terminológica, o novo Código passou a adotar, neste Livro, somente a expressão “bens”, enquanto o Código de 1916 denominava o livro como “Direito das coisas”.

Cumpra à doutrina delinear e distinguir quer institutos, quer conceitos, ainda que diferenças conceituais certamente não desapareçam. Apesar da polissemia dos significados, não se pode deixar de reconhecer que os institutos se autonomizam como categorias próprias e, assim, como salienta Carvalho Fernandes, “a noção jurídica tem de obedecer critérios pragmáticos” (*Teoria geral do direito civil*, 2. ed., Lisboa: Ed. Lex, 1995, v. 1, p. 544).

Daí a necessidade de se atentar para a conceituação de *bens*, *coisa* e *patrimônio*, em virtude da equívocidade, isto é, da pluralidade de acepções desses conceitos. Por essa razão é de se tentar que a dúvida fique no limite do razoável.

*Bem* é gênero do qual *coisa* é espécie. Daí o brocardo: “As coisas, para poderem constituir objeto de relações jurídicas, devem ser bens”. Para evitar disparates conceituais, como já dissemos, o nosso novo Código coloca tão-somente o gênero.

Como apontamos acima, ocorre, também aqui, equívocidade com o termo *bens*, por possuir vários sentidos.

Quando se fala em *bem*, pode-se estar referindo a algo de ordem espiritual, e, portanto, em sentido totalmente estranho ao plano do que é objeto em princípio dos direitos das coisas, também denominados direitos reais.

Vamos então fixar os elementos que entram no conceito de *bens*. São eles o *valor* e o *vínculo jurídico*, ou seja, a possibilidade de apropriação pelas pessoas.

Existem muitas outras definições, que ora omitem um elemento, ora

ênfatizam outro.

Agostinho Alvim fez análise de definições de mestres internacionais, como a de Lomonaco, que dizia: “Dá-se o nome de bens àquelas coisas que fazem parte do nosso patrimônio”, advertindo que tal conceito não inclui os denominados *bens de ninguém*, as *res nullius*, que são aqueles que ainda não foram apropriados por ninguém, mas que têm valor econômico, como no caso da caça, ou da pesca, e o direito reconhece a possibilidade de sua apropriação, ainda que não façam parte de um patrimônio determinado e especificado.

Diz sobre o conceito de Scialoja, constante do *Dicionário de direito privado* — “Bens são todas as coisas que possam ser objeto de direito” —, que aí estão incluídas as coisas que ainda não foram apropriadas por uma pessoa, aquelas que ainda não estão no seu patrimônio, de forma que essa definição já tem maior extensão do que a anterior.

É verdade que este conceito corrige a restrição do anterior; a idéia de valor, no entanto, fica apenas implícita. Não temos, ainda, transparente a idéia de valor.

No plano dos clássicos nacionais, Clóvis definiu: “Assim, no direito, há bens econômicos e bens que o não são. Os bens econômicos formam o nosso patrimônio”.

Por entendê-la incompleta, Agostinho Alvim acabou propondo: “Bens são as coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto a uma relação jurídica”.

As relações jurídicas têm por objeto, fundamentalmente, comportamentos humanos. Em geral tais comportamentos vão refletir-se sobre coisas materiais, ou em meras atividades, que podem não se consubstanciar em coisas, sendo, pois, imateriais.

Quando as relações envolvem comportamentos que resultam em criar, modificar, extinguir coisas, verificamos que o objeto da prestação poderá ser uma coisa ou pluralidade de coisas.

Nem todos os autores aceitam a sinonímia entre bem e coisa, ou a redução de um conceito ao outro, acrescentando que se pode confundir bem com o objeto de direitos, inclusive os que não têm valor econômico, enquanto o conceito de coisa fica restrito aos bens materiais dotados de corporeidade, suscetíveis de avaliação pecuniária.

Os direitos reais, cuja denominação provém do latim *res, rei* = coisa, incidem diretamente sobre coisas, mas não se pode negar que existem bens imateriais que também são suscetíveis de apropriação e de utilização econômica, como os direitos autorais, os direitos de invento, de criação de *softwares* etc.

O que é relevante para a caracterização jurídica de bens é não só a economicidade, a permutabilidade, mas também a limitabilidade.

Essencial para a caracterização jurídica, segundo Carlos da Mota Pinto, é que haja uma existência autônoma ou separada a par da possibilidade de apropriação exclusiva por alguém, revelando, portanto, aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas. Portanto, não essenciais na caracterização

são a natureza corpórea, que só é imanente às coisas, e a permutabilidade, já que a efetiva apropriação pode levar ao consumo, sem que haja possibilidade qualquer de permutabilidade.

No mundo antigo a água nunca foi incluída como coisa no sentido jurídico porque se entendia infinita. Hoje, a água é um bem de altíssimo valor econômico, pelo qual se paga para consumir, utilizar etc.

No plano do direito privado, o patrimônio ganha expressão maior, sendo certo que em determinados sistemas, como o do Direito espanhol, o estudo do direito privado é dividido em direito patrimonial e extrapatrimonial. Tal tendência tem-se revelado forte inclusive na distinção do estudo do Direito de Família, como proposto no presente Código, em direito puro de família e direito patrimonial de família.

Não é que não existam e não interessem os bens públicos, porque logicamente interessam, mas no âmbito do direito privado o seu estudo será no tocante aos efeitos ditados pelas normas que permitem a aplicação do regime jurídico de direito privado.

Referimo-nos à apropriação como característica dos bens, das coisas, e o instituto da propriedade é exatamente a figura central dos denominados direitos reais, direitos das coisas.

No mundo contemporâneo já não se estuda a propriedade nos moldes antigos, porque a transformação da economia e da filosofia política implicou inúmeras modificações no direito de propriedade.

Da figura inicial, centrada exclusivamente na propriedade imobiliária, como privilégio dos nobres e potentados, chega-se hoje à democratização da propriedade e à alteração do seu enfoque, a ponto de afetar até mesmo a tipificação de figuras de crimes etc.

Da propriedade absoluta e perpétua se chega, hoje, em razão das alterações dos processos econômicos, à propriedade de coisas fungíveis e fala-se de propriedade temporária, até mesmo de imóveis, como se vê do denominado *time sharing*.

Em decorrência dessa alteração do conceito de propriedade, a necessidade e relevância de sua função social, determinada pela Constituição, a própria classificação dos bens ganhou nova conotação, pois já se fala em propriedade imóvel fungível, o que jamais seria de admitir no próprio período moderno, quanto mais no clássico.

Os bens classificáveis como de produção, como a terra, a água, as florestas, os combustíveis, as minas etc., têm uma conotação diferente dos bens de uso, como as construções, os veículos etc., e ganham extraordinária importância os denominados bens de consumo, porque o desenvolvimento da economia leva à produção em largas quantidades para o atendimento do consumo em massa, e faz-se necessária a proteção dos consumidores em face do poder econômico que gera a produção e a comercialização em massa.

Diante de todas essas modificações surgiram conseqüentes alterações comportamentais, refletidas no âmbito do Direito. Bens que tradicionalmente

eram conceituados como duráveis e, portanto, ligados à propriedade estável e duradoura, porque a produção era limitada e o poder aquisitivo restrito, passaram a ser produzidos em larga escala e comercializados facilmente, tornando-se, então, objeto de transmissão rápida e informal, e de uso comum, com o que a propriedade dos mesmos deixa de ser a representação de *status* jurídico, e passa a ser mera relação da propriedade com o bem, com o que a posse fica mais em evidência, e o conceito tradicional de propriedade degradado. Até no Direito Penal isso se refletiu, pois passou-se a entender como meros furtos de uso furtos típicos, que eram apenados mais gravemente. Ninguém, hoje, se importa muito com a “propriedade” de uma caneta esferográfica, que antigamente era tida como coisa infungível, e estimada como sendo para toda a vida, com necessária especificação.

Tudo isso faz com que a importância da classificação dos bens aumente, pois implicará novas tipificações, novos modelos jurídicos e subsunção a diferentes hipóteses de incidência.

Como o objeto de uma relação jurídica é aquilo sobre que recaem os poderes do titular do direito, importa conhecer a relação jurídica que envolve a coisa, ou o bem, para podermos analisar e interpretar as questões jurídicas relativas a tais comportamentos.

Podemos dizer que o objeto do direito de propriedade é a coisa apropriada, enquanto o conteúdo do direito de propriedade são os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao proprietário, tais como os de usar, fruir, gozar e dispor da coisa.

Concluimos, então, que o conceito de patrimônio é prevalentemente individualista. Daí admitir-se um patrimônio para cada indivíduo, exceto nas previsões excludentes de ordem legal. Mesmo quando falamos em patrimônio público, relacionamos a titularidade a certa e determinada pessoa jurídica de direito público.

Devemos fixar, outrossim, que nem sempre o patrimônio é transmissível.

Sendo o conceito de bem ligado à economia, temos que é um conceito aberto, ou seja, à medida que a necessidade econômica cresce, o conceito de bem cresce também.

*Coisas.* Da definição genérica e abrangente de que *coisa* é tudo o que está na natureza é que se partiu para a construção do conceito jurídico.

Em sentido estrito, bem jurídico pode e deve suportar uma distinção, o que nos permite separar *bens* de *coisas*. Os bens se distinguem das *coisas* em razão da materialidade; as *coisas* são materiais, têm concretude, enquanto ao *bem* é reservada uma idéia mais ampla de objeto da relação jurídica, para designar também o imaterial, o abstrato.

Para distinguir levam-se em consideração três elementos, como se vê da doutrina prevalente, que são: *matéria, vínculo e valor*.

Quando falamos de coisa, tendemos a ter a sensação (percepção sensorial) de um corpo, por isso a importância do elemento matéria, já que todas as coisas têm materialidade. À evidência não basta isso para que se possa definir

coisa no âmbito jurídico. Porque nem tudo que tem materialidade poderá ser considerado coisa para fins jurídicos. Nos clássicos do Direito das Coisas é lembrado que o mar, no sentido de oceano, é um elemento corpóreo, mas em sentido jurídico não é coisa. Essa exclusão do conceito se deve à ausência de valor econômico apropriável, pois, evidentemente, o mar, como um todo (oceano), não entra na possibilidade de apropriação por alguém, a não ser nas fantásticas histórias em quadrinhos de super-heróis, quando os supervilões tentam conquistar a humanidade.

Portanto, além do aspecto material, há que existir o aspecto econômico, mas este, por si só, também é insuficiente.

Todos têm noção do que é crédito. Ora, quem tem um crédito sabe que tem algo que possui valor econômico, mas que à evidência não apresenta materialidade. Por isso não se admite, no Direito, que crédito seja coisa.

Pode-se dizer, conforme a colocação de Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*, no art. 317, que coisa é “todo objeto material suscetível de medida de valor”, o que foi aceito no teor do art. 90 do *Burgerliches Gesetzbuch*, mais conhecido como BGB.

Tal concepção não foi acolhida pelo novo Código, como se vê de Moreira Alves: “Na redação desse Livro me utilizo sempre da expressão bens, ao contrário do Código atual — no que tem sido criticado — quer ora alude a bem, ora a coisa, conceitos que não se identificam” (*A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 76).

Como se sabe, é muito difícil distinguir coisa de bem diante do que se tem nos direitos positivos, como o brasileiro e o alemão, pois, se excluirmos do conceito de coisa o elemento matéria, não vemos como possa haver distinção entre coisas e bens.

Curiosamente, na linguagem vulgar exsurge uma distinção, visto que, quando se fala de bens, há imediata conotação com valor econômico e direito, e quando se fala de coisa, há direta conotação com valor econômico e elemento material.

Um dos maiores clássicos sobre o Direito das Coisas foi Lafayette Pereira, cuja obra *O direito das coisas* é reputada uma obra-prima e ímpar no Direito brasileiro. Diz Lafayette: “O direito das coisas tem por objeto coisas corpóreas”. Afirmação de tal autoridade conforta-nos, muito embora não ponha fim à perplexidade sobre o que referimos *supra*.

Em nosso Direito das Coisas, no texto original do Código Civil, encontrávamos também a disciplina de uma coisa incorpórea, que é o direito autoral, que acabou ganhando autonomia, não só legislativa como doutrinária.

*Patrimônio.* Por força do que expusemos *supra*, podemos, desde logo, dizer que também há perplexidade na doutrina quanto ao conceito de patrimônio, que também é equívoco. Caio Mário diz que a dificuldade decorre do Direito Romano, enquanto Orlando Gomes lembra que os princípios da unidade e da indivisibilidade não prevaleceram na concepção contemporânea.

Antes, para o nosso direito positivo, patrimônio e herança constituíam

coisas, embora deles possa não constar nenhuma coisa com conteúdo material. Agora, com o novo Código, dada a previsão expressa do art. 91, são consideradas universalidades de direito: “o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”, seguindo posição defendida por Ruy Barbosa, que a defendeu na tramitação do Projeto do Código de 1916, sustentando a idéia de *universalidade* e não a de *coisas*.

No conceito de patrimônio, entram elementos já conhecidos anteriormente, como os de valor e de relação jurídica, mas há que se acrescentar o de *universalidade*.

Aubry e Rau definem *patrimônio* como sendo uma relação abstrata do indivíduo em confronto com os objetos exteriores (*Droit civil*, v. 9, § 573 e nota 6), já De Page define-o como o conjunto de bens penhoráveis de uma pessoa (*Traité élémentaire*, v. 5, n. 572, p. 550).

Dentre nós, Clóvis define patrimônio como “Complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”.

Portanto, presentes os três elementos integrantes do conceito: valor (valor econômico), relações jurídicas e universalidade (complexo, totalidade).

Como sempre, ao qualificarmos, ou ao conceituarmos, estamos procurando dar precisão, portanto limitando, restringindo. Assim, quando se diz que para a caracterização do patrimônio temos de ter o elemento valor, conseqüentemente excluimos do seu conceito todas aquelas relações jurídicas que não têm valor econômico.

É claro, pois, que não compõem o patrimônio das pessoas suas relações afetivas.

A referência às relações é fundamental para que se entenda devidamente o conceito de patrimônio. Veja-se que não são os bens, ou as coisas que formam o patrimônio, mas, sim, os direitos sobre esses bens ou coisas. É o conjunto dos direitos sobre esses bens, e não propriamente o conjunto desses bens.

É a partir de tal visão que se desenvolveu a referência necessária ao elemento *universalidade*. Enneccerus, no *Tratado de direito civil*, edição da tradução espanhola, diz enfaticamente que o patrimônio não é formado por um conjunto de coisas, como a alguns pode parecer, mas, sim, por um complexo ou conjunto de direitos de valor econômico. É, pois, um complexo, que vem a ser a totalidade das relações jurídicas, e não uma delas, sobre determinados bens. Vem a ser o conjunto, a totalidade. É uma universalidade.

No tocante à composição do patrimônio, deve-se lembrar que se estará referindo a direitos e obrigações de uma pessoa, portanto patrimônio compreende não só o ativo como, também, o passivo.

Quando se pretende estabelecer negociações com outra pessoa, mais particularmente negociação entre empresas, o que insta conhecer é a situação patrimonial da interlocutora, pois poderá ocorrer de a outra parte ter muitas dívidas, o que aparenta risco para o cumprimento das obrigações, mas, se tiver patrimônio suficiente para cobri-las, o negócio pode ir adiante. Portanto, aí não se está levando em consideração somente o ativo, ou o passivo, não um único

aspecto, mas o patrimônio.

Mas tal visão nem sempre foi preponderante na doutrina, pois se alguns entendem como referido acima, isto é, integrado de passivo e de ativo, como Planiol e Clóvis, outros de renome divergem, como se vê de Enneccerus, que não considerava o passivo, entendendo que, do ponto de vista jurídico, só o ativo constituía o patrimônio.

Em que pese a autoridade do eminente civilista alemão, ficamos com a posição já referida, incluindo o ativo e o passivo como constituintes do patrimônio.

#### Comparação sistemática

<b>Código de 1916</b>	<b>Código Atual</b>
---------------------------	-------------------------

<b>Capítulo I — Dos bens considerados em si mesmos</b>	
--	--

Seção I — Dos bens imóveis	Dos bens imóveis
----------------------------------	---------------------

Seção II — Dos bens móveis	Dos bens móveis
----------------------------------	--------------------

Seção III — Dos bens  
Das coisas fungíveis e  
fungíveis e consumíveis  
consumíveis

Seção IV — Dos bens  
Das coisas divisíveis e  
divisíveis e indivisíveis  
indivisíveis

Seção V — Dos bens  
Das coisas singulares e  
singulares e coletivos  
coletivas

## **Capítulo II — Dos bens reciprocamente considerados**

Principal e Principal e

Principal      c  
acessório

Principal      c  
acessório

**Capítulo III**  
**— Dos bens**  
**públicos e**  
**particulares**

**Dos bens**  
**públicos**

Bens públicos  
e particulares

Bens  
públicos

**Capítulo IV**  
**— Das coisas**  
**que estão fora**  
**do comércio**

**eliminado**

**Livro IV —**  
**Do Direito**  
**de**

**Capítulo V —  
Do bem de  
família**

**uc**

**Família**

**Título II —**

**Do Direito**

**Patrimonial**

**Capítulo VI**

**— Do**

**regime de**

**separação**

**de bens**

**Subtítulo IV**

**— Do bem**

**de família**

*Título Único*

*DAS DIFERENTES CLASSES DE BENS*

*Capítulo I*

*DOS BENS CONSIDERADOS EM SI MESMOS*

## *Seção I*

### *Dos bens imóveis*

**Art. 79.** *São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 43. São bens imóveis:*

*I - o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo;*

*II - tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano;*

*III - tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, arts. 518 a 526; Código italiano, art. 812; Código argentino, arts. 2.313 a 2.316; Código paraguaio, arts. 1.874 a 1.877; Código Civil russo, art. 130; Código de Quebec, arts. 900 a 903; Código suíço, art. 655; Código português, art. 204<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. MOTA PINTO, Carlos da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil; teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 8. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 2. 1977. ENNECERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*.

Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PUGLIATTI, Salvatore. *Beni immobili e beni mobili*. Milano: Giuffrè, 1967. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 30. ed. Milano: Giuffrè, 2001. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** A palavra BENS, no âmbito jurídico, não é empregada de modo a caracterizar quaisquer realidades do mundo fático que possam satisfazer interesses dos sujeitos de direito.

Bens muitas vezes é utilizado como sinônimo de COISAS, mas a palavra BENS tem sentido mais amplo, pois refere-se tanto a COISAS como a DIREITOS, e pode chegar a ter o sentido de patrimônio (cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, p. 539-41).

Começa o Código diretamente pela classificação dos bens, sem buscar defini-los, ou conceituá-los. Classifica-os segundo determinados critérios, já clássicos, com o que a cada classe corresponderá um determinado regime jurídico, que será composto de normas gerais e de disposições particulares (cf. Salvatore Pugliatti, *Beni immobili e beni mobili*, p. 35 e s.).

Sobre as classificações, diz-se de maneira geral que são *úteis* ou *inúteis*.

Percebe-se que para o Direito a classificação contribui para a tipificação, com o que se terá como utilidade identificar, separar cada espécie de bens, segundo as regras jurídicas disciplinadoras de seu tipo.

No presente Livro os bens são divididos e classificados segundo critérios de importância no âmbito científico do Direito, de tal sorte que a inclusão de um

bem em determinada categoria implicará a incidência de regras próprias e específicas.

*Bens imóveis.* Os bens imóveis nem sempre foram considerados nobres no âmbito do Direito, como ocorreu no início do Direito Romano; mas, com o passar do tempo, e principalmente às vésperas da Revolução Francesa, tiveram uma ligação com o *status*, por isso mesmo passaram a ter um tratamento formal muito mais rígido.

Como se sabe, os romanos não davam importância à classificação das coisas em móveis e imóveis, em si mesmas. No Direito antigo, classificavam-se as coisas segundo sua utilidade para a agricultura; assim, os objetos ligados à exploração do solo segundo a técnica primitiva da sociedade de então, por isso bens preciosos, deviam ser cercados de regras e de tutela jurídica especiais. Os *res mancipi* correspondiam a esses bens especiais, compreendendo o solo itálico em primeiro lugar, as terras, os escravos, os animais, sendo que *nec mancipi* eram todos os demais bens.

No período de Justiniano começam as diferenciações que hoje conhecemos, como, por exemplo, a diferença de prazo para a *usucapio*, que era, como sabemos, maior para os imóveis que para os móveis (Álvaro Dors, *Derecho privado romano*, Ed. Univ. de Navarra, 1973, p. 152).

Só com a evolução política é que o Direito passou a admitir a “democratização” da propriedade imobiliária. Ainda assim, até hoje o tratamento dos bens imóveis é muito mais rígido e sofisticado do que o dos demais bens móveis.

Mas por que razão o Código dá aos imóveis um especial relevo? San Tiago Dantas explica: “Não é porque as coisas móveis sejam menos preciosas que as imóveis, pois considerado o seu valor pecuniário, móveis há de mais alto preço que os mais valiosos imóveis. Porém, o direito atende, nesse caso, à estabilidade da fortuna imobiliária. É que os bens imóveis não desaparecem, constituem um fundo estável do patrimônio, são mais fáceis de fiscalizar e tutelar. Não se poderia, por exemplo, pensar, com êxito, num registro para propriedade móvel e, quando, por exemplo, estamos tratando de bens de órgãos, de bens de pessoas que não podem defender por si próprias o seu patrimônio, o natural é que pensemos em lhes imobilizar a fortuna, para pô-la ao abrigo das dilapidações.

De sorte que o regime da propriedade imobiliária não pode deixar de ser cercado de tutela especial, de recursos defensivos que dão a estes bens uma situação à parte no quadro das coisas” (*Programa de direito civil: teoria geral*, p. 187).

Frédéric Zénati diz que a distinção dos bens móveis e imóveis baseia-se, fundamentalmente, na importância social de que se revestem, justificando um especial regime jurídico para as formas e garantias de sua alienação, da constituição dos direitos reais, da defesa judicial e proteção dos credores dos respectivos titulares (*Le biens*, p. 16).

Clóvis conceitua os imóveis: “bens imóveis são as coisas que se não podem transportar, sem destruição, de um para outro lugar”.

Essa definição clássica serve bem para aqueles que também são denominados imóveis por excelência, como os *bens de raiz*. O que se extrai dessa concepção, e logicamente da conceituação *supra*, é que os bens que nela se conformam são os que não se podem transportar de um para outro lugar, com ou sem destruição, como ocorre com o solo, por exemplo.

Na Antiguidade tal definição serviu bem aos sistemas, mas com a evolução da engenharia, da ciência em geral e das necessidades dos sistemas jurídicos, tal definição foi ficando impraticável, porque foi-se verificando que não era abrangente de diversos outros tipos de imóveis, como verificaremos a seguir.

O novo Código não mais apresenta o rol dos bens imóveis, como ocorria com o antigo art. 43. Mas, com base naquele rol, foi possível classificá-los de maneira adequada, que podemos aproveitar: a) imóveis por natureza; b) imóveis por acessão física; c) imóveis por acessão intelectual; e d) imóveis por determinação da lei. Esta última modalidade veremos mais detalhadamente no artigo subsequente.

*Imóveis por natureza.* Podemos dizer que imóveis por natureza são o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

Impõe-se, desde logo, esclarecer que o solo deve ser entendido em termos. Há muito que não se admite ilimitada a propriedade quanto ao espaço aéreo (coluna aérea sobre o solo). No que concerne ao subsolo, sua propriedade não abrange a exploração das riquezas do mesmo pois estas integram o patrimônio da União, e para a sua exploração torna-se necessária a concessão de jazida (art. 176, §§ 1<sup>o</sup> a 4<sup>o</sup>, da CF).

A própria natureza, como o homem, pode fazer acréscimos no solo imobilizado, como pode fazê-lo em bens móveis. Quando ocorre esse acréscimo nos imóveis dizemos então que estamos diante de *bens imóveis por acessão física ou intelectual*.

*Imóveis por acessão física.* O termo “acessão” é empregado no sentido de juntar-se a algo preexistente, incorporar-se. Daí se ter que um bem acede a outro quando há uma incorporação, e esta poderá ser tanto física como intelectual.

Quando do estudo da propriedade e suas formas de aquisição, verificar-se-á que a acessão é qualificada como modo originário de aquisição da propriedade, isto é, o modo pelo qual passa a pertencer ao proprietário aquilo que acedeu ao seu bem, que se incorporou ao seu bem. É classificado como modo originário de aquisição da propriedade em contraposição ao denominado modo derivado, que é aquele que deriva de outro proprietário, ou seja, outra pessoa transmite seu direito de propriedade, quer por negócio entre vivos, quer por razão de morte.

A acessão física pode ocorrer independentemente do consentimento ou intervenção de pessoas, mas isso não exclui que possa ocorrer, também, com a intervenção de pessoas.

Exemplo claro de acessão física independente de vontade tem-se nos

incisos I a IV do art. 1.248 do CC, que dispõe:

“Art. 1.248. A acessão pode dar-se:

I — pela formação de ilhas;

II — por aluvião;

III — por avulsão;

IV — por abandono de álveo”.

A não-inclusão do inciso V (“V — por plantações ou construções”) decorre de que é hipótese de acessão por intervenção humana.

*Imóveis por acessão intelectual.* Antes do novo Código essa modalidade de imóveis era facilmente visível no inciso III do mesmo art. 43, revogado.

Pontes de Miranda dizia em seu *Tratado*, v. 2, § 1.128, n. 5: “... tem-se por partes integrantes essenciais do imóvel tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade”.

Agostinho Alvim referia que muitos juristas se opunham a tal classificação, também denominada *imóveis por destinação*, evidenciando sua contrariedade, citando Planiol, que em seu *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, n. 2.213, disse:

“La classe des immeubles par destination, qui est une source de difficultés constantes, est peut être la création la plus inutile du droit moderne”.

No âmbito da comissão já prevalecera a posição de Moreira Alves, consoante a doutrina moderna, pela retirada do dispositivo da referência às *pertenças*, no atual art. 79.

**Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:**

***I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;***

***II - o direito à sucessão aberta.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 44. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

*I - os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram;*

*II - as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade;*

*III - o direito à sucessão aberta.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código argentino, art. 2.317; Código francês, art. 526; Código paraguaio, art. 1.877; Código de Quebec, art. 904; Código Civil russo, art. 131; Código italiano, art. 813; Código suíço, art. 655.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972; *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. MOTA PINTO, Carlos da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 8. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** *Imóveis por determinação legal*. O artigo elenca as hipóteses em que se atribui o regime jurídico de bem imóvel ao que por sua natureza (direito imaterial) não o é. Como em tantas outras oportunidades, o Direito cria sua realidade, que não confere com a realidade física. Assim temos direitos que, a par da imaterialidade, têm grande mobilidade negocial; para o mundo do Direito são tidos como imóveis, para a atribuição de regime jurídico mais grave, mais formal, evidenciando valorização de tais direitos no interior do ordenamento.

Clóvis diz que a razão de ser do dispositivo, mesmo sendo os direitos coisas

imateriais (e naturalmente não caracterizando bens móveis ou imóveis), é a segurança das relações jurídicas. A lei deve tratar os direitos sobre imóveis como se imóveis fossem, e com eles as respectivas ações, que são os próprios direitos em atitude defensiva, ou considerados por uma de suas faces (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 219).

Pontes de Miranda refere-se às hipóteses como de *imobilização técnica* (*Tratado de direito privado*, t. 2. p. 36).

Em face da atribuição da classificação segue-se o regime jurídico, muito mais rígido e formal, relativo aos bens imóveis.

Surge, assim, uma pergunta lógica em razão deste dispositivo: pode-se mobilizar um bem imóvel, já que a lei pode imobilizar um móvel?

Exemplo clássico e que não deixa dúvidas acerca dessa questão é o relativo aos *frutos*, conceito que veremos ao final deste capítulo, mas cuja utilização aqui se torna imprescindível. O fruto, que integra um bem imóvel, enquanto pendente, conforme se verifica na redação do novo art. 79, só o é enquanto ligado ao solo através da árvore, pois, uma vez destacado o fruto da árvore, ganha nova conceituação jurídica, uma vez que deixa de ser imóvel e passa a ser um bem móvel.

Da mesma maneira ter-se-á com as pertenças (art. 93), isto é, os móveis que guarnecem uma residência e que por isso eram considerados imóveis por acessão intelectual. Tais móveis eram imóveis para o Direito enquanto na condição, ou seja, enquanto guarneciam o imóvel com tal destinação, mas se retirados do imóvel e fossem servir de mercadoria, quer para venda, quer para troca, ou mesmo viessem a ser doados, voltavam a ser móveis. Aqui, mais uma vez, tem-se a importância do fato e do tempo na caracterização de uma hipótese de incidência, pois embora não se pudesse considerar a destinação como único elemento caracterizador, uma vez que se deveria, no caso, levar em consideração a vontade do proprietário, que tinha dado a destinação.

Os direitos sobre imóveis, sejam de uso e gozo, sejam de garantia, são considerados imóveis pela lei, bem como as ações que os asseguram, sendo que todas e quaisquer transações que lhes digam respeito exigem a transcrição no registro competente, nos termos do disposto no Título X, arts. 1.417 a 1.508 do Código Civil, bem como a autorização do outro cônjuge, nos termos do art. 1.675, I. As características dos direitos reais de garantia serão devidamente apreciadas nos comentários ao Livro III.

Dizia Clóvis que “a sucessão aberta é de feição tal que abrange os direitos reais com os pessoais, numa universalidade patrimonial. Daí a necessidade de destacá-lo” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 218). Por disposição legal, pois, a sucessão aberta é considerada imóvel, ainda que ela só se componha de bens móveis. Tal atribuição de regime jurídico afeta mesmo os negócios sobre direitos sucessórios, como bem demonstrava Agostinho Alvim: “não só a cessão de direitos tendo por objeto o conjunto de bens deixado pelo *de cujus*, como também a cessão de uma quota de herança, levada a efeito por um só dos herdeiros” (*Comentários ao Código Civil*, v. 1, p. 229).

**Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:**

**I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;**

**II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 46. *Não perdem o caráter de imóveis os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele mesmo se reempregarem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código argentino, art. 2.319; Código português, art. 204<sup>º</sup>, 2 e 3.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. v. 1. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. MOTA PINTO, Carlos da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. DANTAS, San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 8. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 2 e 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953; ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas

Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v.1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** A alteração da redação do artigo sobre o de 1916 decorreu da própria evolução da engenharia quanto às técnicas construtivas. Basta lembrar que, ao comentar o art. 46 do Código antigo, Clóvis se referia a tijolos, telhas, argamassa, madeiras, grades, que compunham um edifício.

Atualmente as construções podem envolver todo um edifício, que se remove para outro local.

Aliás, dificilmente, hoje, se vai aproveitar em construção imediata o material usado em prédio demolido; aí voltarão a ser móveis, conforme o art. 84.

Enfim, quaisquer materiais, se forem separados, mas em caráter provisório a fim de serem reaproveitados na mesma construção, não perdem o caráter de imóveis.

Novidade no Código tem-se por conta do inciso I.

Edificação, nesse caso, será o mesmo que edifício, que em sentido lato significa construção, como, por exemplo: *edificação (ou construção) de alvenaria ou de madeira, chálés*, sempre limitada pelas paredes e pelo teto, e que ocupa determinado espaço de terreno, destinando-se *a habitação, abrigo ou quaisquer outras finalidades* (Verbetes “Edifício”, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 30, p. 57).

Como se tornou possível a separação de edificações do solo para transporte a outras áreas, por expressa disposição legal, as edificações continuam com a natureza de *imóveis*, bem como com todos os direitos que deles defluem.

Por oportuno, cumpre salientar que tais edificações separadas do solo só poderão ser consideradas imóveis se mantiverem essa *destinação econômico-social*, expressão trazida após a nova redação do art. 82. Se nunca foram

imobilizadas, nunca fixadas ao solo ou nunca estiveram sujeitas à habitação, mas tão-somente ao comércio, por exemplo, não poderão ser consideradas imóveis, e sim móveis.

O que se deve frisar é que o artigo está se referindo ao emprego dos materiais com destinação duradoura.

San Tiago Dantas, em sua obra clássica *O conflito de vizinhança e sua composição*, realça:

“...As coisas móveis são isoladas umas das outras, a sua superfície as limita e individualiza. Os imóveis são divididos convencionalmente pelo homem e, entre os diversos fragmentos do solo a que emprestamos individualidade, a natureza estabelece uma continuidade indestrutível”.

É importante tal observação, uma vez que no mundo contemporâneo são montados *stands*, barracões, cuja duração é efêmera, sem, portanto, a caracterização de prédio, de edifício.

Embora não deixem de ser abrigos temporários, alguns até com requintes de conforto superiores aos de muitas residências, e possuam certa fixação ao solo, esta não é definitiva, mas para o tempo do evento, da feira, da exposição, por isso mesmo não se pode pretender que se esteja diante de um imóvel, nem seus materiais poderão ser assim considerados.

## ***Seção II***

### ***Dos bens móveis***

***Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 47. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 528; Código paraguaio, art. 1.878; Código argentino, art. 2.318; Código Civil russo, art. 130; Código de Quebec, art. 905.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho.

*Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris. 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. MOTA PINTO, Carlos da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 2. 1977. ENNECCERUS, KIPP E WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant. 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Aqui o Código Civil brasileiro conceitua os móveis. É evidente que tal conceito se contrapõe ao de imóveis. Os móveis são caracterizados por sua transmissibilidade física, de mudança de posse, sem que ocorra qualquer alteração em sua substância.

Enfim, pode-se dizer que a lei está em conformidade com a maioria da doutrina, ao dizer que *são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de*

*remoção por força alheia*. O novo Código aduz que, além de serem suscetíveis de movimento próprio, podem ser movimentados, por força alheia, sem que esta movimentação provoque *alteração da substância ou da destinação econômico-social*.

Mesmo tendo passado despercebido por muitos, este complemento tornou-se imprescindível, principalmente após a inovação trazida pelo art. 81, I, do Código. Naquele caso, as edificações, mesmo separadas do solo, ainda serão consideradas imóveis se conservarem sua unidade. Mas imaginemos edificações comercializáveis, como, por exemplo, as chamadas *casas pré-fabricadas*, que muitas vezes já saem prontas das lojas e só são adaptadas na fundação construída pelo adquirente. Enquanto estiverem à mostra, não podem ser consideradas imóveis, pois não têm ainda essa destinação social. Muito menos enquanto estiverem sendo transportadas pelo adquirente. Contudo, após o assentamento, com essa nova redação aliada à idéia trazida pelo art. 81, I, adquirem natureza de imóvel e como tal devem ser protegidas e reguladas, já que passam a ter nova *destinação econômico-social*, qual seja, a habitação, abrigo, e não mais a de simples comercialização. Tanto é assim que o adquirente será lançado como contribuinte do imposto predial, incidente sobre a área construída, além da parte relativa ao terreno, portanto do IPTU, enquanto o fabricante e o comerciante das casas não serão contribuintes de tal imposto.

Tal qual os bens imóveis, os móveis podem ser qualificados por corresponderem diretamente ao conceito referido, ou porque o Direito lhes atribui essa condição. Há que se ver, em primeiro lugar, os que podemos dizer serem móveis por natureza e que devem, portanto, estar compreendidos na definição dada pelo art. 82, supratranscrito.

Além deles, tal como vimos com os imóveis, temos aqueles que são móveis em virtude da lei, ou seja, aqueles que, não tendo as características constantes do art. 82, acabam sendo submetidos ao regime jurídico dos bens móveis por força da ficção contida no art. 83 do Código.

Quanto aos móveis por natureza, há os semoventes (animais), que são suscetíveis de movimentos próprios, e os móveis propriamente ditos (coisas inanimadas), que são os suscetíveis de remoção por força alheia. Porém, a distinção entre bens móveis propriamente ditos e semoventes não tem nenhuma importância prática, tanto que um e outro são regulados pelas mesmas disposições.

Importa lembrar que essa classificação é bastante antiga, anterior à indústria automobilística. Porém a própria denominação de automóveis evidencia que não se enquadram nos semoventes, porque dependem da ação humana para o movimento.

Ainda é de observar que os navios e aeronaves são móveis por natureza e não sofrem exceção do regime jurídico de forma genérica na Parte Geral do Código. Contudo, em se tratando de hipoteca, estes são considerados como imóveis, visto que a hipoteca é direito real de garantia sobre imóveis. Para não haver maior complicação, o próprio art. 1.472, no parágrafo único, remete tal exceção para lei especial.

**Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:**

**I - as energias que tenham valor econômico;**

**II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;**

**III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 48. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

**I - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;**

**II - os direitos de obrigação e as ações respectivas;**

**III - os direitos de autor.**

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 529; Código italiano, arts. 813 a 814; Código argentino, art. 2.319; Código paraguaio, art. 1.879; Código de Quebec, arts. 906 e 907; Código português, art. 205<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAMPOS, Francisco. “Exposição de motivos da parte especial do Código Penal”, *DOU*, 31-12-1940. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “bene”), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. FREITAS, A. Teixeira. *Código civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de

Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Aqui o Código, mais uma vez, estende o conceito de bens móveis para abarcar bens que não podemos classificar desde logo como tais.

Tal disposição existia no Código de 1916, abrangendo os direitos de autor, e não contemplando as energias.

A nova redação não mais considera os *direitos de autor* como bens móveis. Os direitos de autor ganharam autonomia de tratamento neste novo Código. Divididos em direitos pessoais e patrimoniais, vê-se que os primeiros recaem sobre a pessoa do titular e têm projeção nos atributos da personalidade humana dela e não no seu mundo exterior. Portanto a supressão atendeu à evolução.

O elenco começa pelas *energias que tenham valor econômico*. Com tal redação fica claro que as energias com valor econômico passam a ser consideradas como bem móvel, portanto suscetível de apropriação e objeto de relações obrigacionais. Essa previsão já se encontrava, desde 1940, no Código Penal brasileiro, art. 155, § 3º, redação mantida mesmo após a revisão de 1984. A comissão elaboradora desse Código, contando com Nelson Hungria e Alcântara Machado, afastou qualquer dúvida sobre a sua natureza jurídica, expressamente equiparando-a a coisa móvel, reconhecendo como passível de objeto de furto ou roubo a “energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”. Para a comissão “toda energia economicamente utilizável e suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo, pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas móveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita” (Francisco Campos, “Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal”, *DOU*, 31-12-1940).

Essa previsão também não é mais novidade em outros países, tomando como exemplos o art. 814 do Código Civil italiano (*elettricità: energia naturale che abbia valore economico*) e o art. 906 do Código de Quebec: “Sont réputés meubles corporels les ondes ou l’énergie maîtrisées par l’être humain et mises à son service, quel que soit le caractère mobilier ou immobilier de leur source”.

No tocante ao inciso remanescente, o relativo aos *direitos reais sobre objetos móveis*, tem-se que abrange tanto os direitos reais de garantia como os sobre coisa alheia e *as ações correspondentes a esses direitos*.

Quanto ao inciso III, tivemos alteração redacional, buscando maior precisão terminológica. Sabemos que existem direitos pessoais que podem ter caráter patrimonial, a par de terem caráter imaterial. São esses direitos pessoais de caráter patrimonial que são objeto da classificação, já que suscetíveis de transmissão, de circulação jurídica.

Ressalte-se que as ações são referidas não por intromissão no campo processual, mas porque o direito a elas é um direito material, de tal sorte que, se não houver o direito, a decisão será pela carência, cujo significado é ausência do direito.

**Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 49. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de móveis. Readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 532; Código argentino, art. 2.319; Código paraguaio, art. 1.880.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario juridico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*

*interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “bene”), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo tem estreita ligação com o art. 81, II. Fica bem claro o momento em que os materiais passam a ser considerados como imóveis, qual seja, o momento em que forem empregados na construção, que Carvalho Santos especificava como sendo “o momento em que esses materiais forem unidos de modo a fazer parte integrante da construção” (Código Civil brasileiro interpretado, p. 37).

Contudo, como já referido nos comentários ao art. 81, se forem objeto de demolição de algum prédio, tornam-se móveis de imediato, já que é cessada a causa da anterior imobilização, isto é, a aderência ao solo, não sendo mais uma parte do todo.

**Seção III**  
**Dos bens fungíveis e consumíveis**

**Art. 85.** *São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 50. São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código alemão, § 91; Código argentino, art. 2.324; Código paraguaio, art. 1.884; Código português, art. 207<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. CASORETTI, Simone Gomes Rodrigues. *Multipropriedade imobiliária*. Tese de mestrado em direito civil, PUCSP, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo:

Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** A classificação do presente artigo é uma das maiores contribuições do Direito ao desenvolvimento negocial, pois permite a estruturação de regimes jurídicos diversos, com atendimento às inovações da economia de mercado.

O fato é que a classificação dos bens em fungíveis e não fungíveis tem um sentido na linguagem comum e outro na linguagem jurídica, em que é muito utilizado nas formulações contratuais.

O termo “fungível”, no âmbito jurídico, implica um conceito, cuja formulação pelo jurista Henri Capitant, no seu *Dicionário jurídico*, com tradução espanhola, é: “Coisa que se pode substituir por uma outra”.

Percebe-se que a atual redação não se preocupou em definir os bens infungíveis, como ocorreu no Código de 1916. Na verdade não é preciso definir bens infungíveis, uma vez que, pela lógica jurídica, tem-se *a contrario sensu* do conceito de fungíveis. São infungíveis os bens que não possuem os atributos do art. 85, sendo encarados de acordo com as suas qualidades individuais, em espécie, e não em gênero, não podendo ser substituídos por outros.

Era da tradição do nosso Direito a conotação da fungibilidade com os bens móveis. Não se admite a fungibilidade dos bens imóveis, pois fungíveis são os que podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Mas em nível de doutrina começou-se a admitir a fungibilidade de imóveis em hipóteses muito especiais, na expectativa de legislações excepcionais e, portanto, de interpretação restrita, para o incremento das atividades imobiliárias. Hipótese de referência à fungibilidade imobiliária se teve nos casos de multipropriedade, que ainda não estão regulados legalmente em nosso país. Não se tem como assente tal proposta, que não encontrou similaridade no Direito estrangeiro, como exposto por Simone Gomes Rodrigues Casoretti, em sua tese

de mestrado na PUCSP (*Multipropriedade imobiliária*).

A fungibilidade é característica dos bens móveis. Pode ocorrer, como já citamos, em certos negócios que venham a alcançar os imóveis, como o ajuste entre os sócios de um loteamento, sobre eventual partilha em caso de desfazimento da sociedade, quando aquele que se retira recebe certa quantidade de lotes. Enquanto não lavrada a escritura, será ele credor de bens determinados pelo gênero, qualidade e quantidade, ou seja, infungíveis.

Outros começaram a falar em fungibilidade de bens que se imobilizaram pela aplicação na construção, visto que objeto de contratos de alienação fiduciária. Tais hipóteses deverão merecer análise específica no tocante à propriedade fiduciária.

A denominação ultrapassou o campo dos bens, por isso fala-se em obrigações fungíveis, que são as que admitem substituição do sujeito passivo. Assim, as que não têm a característica de necessitar da personalidade, permitindo, pois, a substituição na posição passiva, ensejam a denominação de obrigação fungível.

Mas a classificação dos bens tem relevância prática, porque permite a distinção entre contratos por seu objeto, como quanto ao mútuo, art. 585 (empréstimo de coisas fungíveis), e comodato, art. 579 (empréstimo de coisas infungíveis); assim como a compensação (art. 369) só se realiza entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Coisa fungível por excelência é o dinheiro.

No campo processual fala-se muito em fungibilidade recursal, ou seja, o aproveitamento de um recurso por outro, desde que interposto no prazo do que se admite como correto.

**Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 51. *São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados a alienação.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código alemão, § 92; Código argentino, art. 2.325; Código paraguaio, art. 1.885; Código português, art. 208<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho.

*Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Há bens que se destinam à satisfação de necessidades e interesses dos indivíduos. De uma parte deles, o uso e gozo não lhes destrói a substância, já outros deixam de existir na sua forma original, imediatamente à medida que são utilizados.

Os bens podem ser *consumíveis de fato* ou *de direito*. Quando o Código

expressa que são consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, estamos diante de *bens consumíveis de fato* (ex.: alimentos). Já aqueles bens que podem ser destinados à alienação são os *consumíveis de direito* (ex.: livros de uma livraria).

Serão *bens inconsumíveis* aqueles que admitem o uso reiterado, sem destruição de sua substância.

Partindo da mesma idéia expressada no artigo anterior, nada impede que um bem possa tornar-se inconsumível pela vontade das partes, como, por exemplo, uma garrafa de vinho muito raro, que não é mais encontrado no comércio nem mais produzido, que tão-somente é colocada em exposição. (Que desperdício...)

A classificação de bens consumíveis ganhou extraordinário relevo em razão do confronto de interesses na economia de massa, cujas relações jurídicas de consumo, ou aquelas a elas legalmente equiparadas, são objeto de disciplina pelo Código de Defesa do Consumidor.

Só que o conceito de bens consumíveis, muitas vezes, e na sua grande maioria, confunde-se com o de fungíveis. Para os fins do CDC, os fungíveis também têm grande relevância, ainda quando não sejam obrigatoriamente consumíveis, como no caso das utilidades eletrodomésticas etc.

#### *Seção IV*

#### *Dos bens divisíveis*

*Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 52. Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código argentino, art. 2.326; Código paraguaio, art. 1.886; Código russo, art. 133; Código português, art. 209<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"). v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** A divisibilidade ou indivisibilidade dos bens ganha relevo em razão do interesse econômico, portanto se houver mais de um proprietário sobre a mesma coisa. Só nessa hipótese é que surge o problema de sua divisão, ou seja, quando os condôminos não mais queiram ter a coisa em comum.

De maneira didática o novo Código deixa claro que os bens divisíveis são

aqueles que podem ser fracionados sem alteração de sua substância, diminuição considerável de seu valor ou prejuízo a seu destino.

Alteração na substância significa deixar a coisa de ser o que é, equivalendo isso a sua destruição.

Divisíveis são os que podem ser partidos sem alteração de sua substância. Uma peça de tecido é evidentemente suscetível de divisão, tanto que é dividindo-a em pedaços que o comerciante vende os cortes de tecido.

Mas essa divisibilidade não prejudica o valor das peças, a menos que se divida em partes tão ínfimas que se tornem inúteis aos adquirentes. Se se chegar a esse ponto, não se estará diante de substância outra, mas de imprestabilidade para fins econômicos, portanto afetação grave do valor.

Um relógio, por exemplo, é bem indivisível, pois não conservará sua substância se for todo desmontado. O mesmo acontece quando duas pessoas tiverem um cavalo; se o dividirem, não haverá mais cavalo.

Como se disse, por vezes, a divisão não acarreta comprometimento da substância, mas a diminui de tal forma, ou mesmo anula o seu valor, que invalida o conceito de divisão, como, por exemplo, se uma garrafa de vinho (normalmente tem 750ml) fosse dividida em três centenas de partes, isso tornaria o vinho um bem, mesmo que mantido o elemento, vinho, carecedor de valor econômico.

O Código atual engloba nesse dispositivo qualificações que eram relativas aos bens indivisíveis, como se via do art. 53 no Código de 1916, mas que não deviam ser consideradas isoladamente.

***Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 53. São indivisíveis:*

*I - os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância;*

*II - os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código russo, art. 133; Código argentino, art. 2.326.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar,

1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario juridico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Os bens podem ser indivisíveis *por natureza* (aqueles que naturalmente não podem ser fracionados sem alteração na sua substância), *por determinação legal* (ex.: servidão) ou *por vontade das partes* (convencional).

A indivisibilidade, portanto, decorre da natureza, da lei ou da vontade das partes. Nestas duas últimas hipóteses, uma coisa divisível pode tornar-se indivisível.

*Indivisíveis por natureza.* Quando não puderem ser partidas sem alteração

na sua substância ou valor (ex.: cavalo vivo dividido ao meio; quadro de artista famoso partido ao meio).

*Indivisíveis por determinação legal.* Quando, por exemplo, o Código dispõe que a herança é um todo unitário, indivisível (art. 1.791, parágrafo único), que a hipoteca em princípio é indivisível, pois ainda que o devedor cumpra uma parte do débito os bens gravados continuam integralmente onerados, garantindo o saldo devedor (art. 1.421, salvo prévia disposição em contrário, ou na quitação).

*Indivisíveis por vontade das partes.* As obrigações indivisíveis, ou seja, cuja prestação tem de ser única, tornam o imóvel indivisível, mesmo que naturalmente seja ele divisível.

Há hipóteses em que a indivisibilidade estabelecida voluntariamente sofre limitação temporal por parte da lei, como ocorre nas hipóteses dos §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 1.320.

### *Seção V*

#### *Dos bens singulares e coletivos*

**Art. 89.** *São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 54. As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas:*

*I - singulares, quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentemente das demais.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. *Teoria*

geral do direito civil. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Esta é a classificação mais comum, mais próxima da linguagem do dia-a-dia:

a) "singulares, quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentemente das demais";

b) "coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo".

Singulares são os que se consideram em sua individualidade, distintos de quaisquer outros. Coletivos ou universais, os que, constituídos de bens singulares, consideram-se em conjunto, formando um todo unitário.

Como exemplo de bem singular podemos citar uma caneta. Ainda que

tivéssemos dez canetas, teríamos dez bens singulares e não um bem coletivo. Pois que, como diz o referido artigo, “embora reunidos, se consideram de per si, independentemente das demais”.

Já outras coisas, ou bens, só têm valor econômico, e jurídico, quando agregadas.

Um par de sapatos tem de ser considerado coletivo, porque um só pé de sapato não serve à pessoa fisicamente normal. As indústrias de calçado só fabricam sapatos aos pares. Para pessoas de uma perna só, geralmente os sapatos são feitos por artesãos, sob encomenda.

Para cada tipo se tem um regime jurídico próprio, daí a relevância da distinção.

**Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.**

**Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.**

**CÓDIGO DE 1916: Art. 54. As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas:**

(...)

*II - coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código russo, art. 134; Código português, art. 206º.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “bene”), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp.

Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Os bens coletivos, como dissemos, formam-se com vários bens singulares que, reunidos, transformam-se em uma unidade.

Os bens coletivos (*universitas rerum*) são divididos em *universalidade de fato* (*universitas facti*), que é o conjunto de bens reunidos pela vontade humana para determinado fim (rebanho, biblioteca), e *universalidade de direito* (*universitas juris*), que representa o conjunto de coisas e direitos reunidos pela lei com caráter unitário (fundo de comércio, patrimônio, herança).

A característica de ser decorrente da vontade do titular não implica que se torne obrigatória para terceiros, quando do exercício de seus direitos, como na hipótese de execução em que a oferta de uma *universalidade de fato* pelo executado pode gerar caracterização de excesso de penhora, cabendo, pois, ao exequente a preferência pela concretização de um dos bens componentes da universalidade, que baste para garantir o prosseguimento. Imagine-se o exemplo do titular que entender que os computadores ligados à rede de seu escritório formam uma universalidade, também composta pelas impressoras, mas cujo valor excede em muito ao crédito executado, para o qual um computador só

basta.

O presente artigo define a *universalidade de fato*, salientando, ainda, que ela pode ser objeto de uma relação jurídica, mas que juridicamente os bens singulares que compõem a universalidade de fato não deixam de manter sua condição de específicos.

**Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 57. *O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código russo, art. 134.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo:

Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Conforme foi explicitado no artigo anterior, *universalidade de direito* (*universitas juris*) representa o conjunto de coisas e direitos reunidos pela lei com caráter unitário (fundo de comércio, patrimônio, herança), com valor econômico.

A universalidade de direito é quanto ao patrimônio, pois é todo complexo de relações jurídicas de uma pessoa dotadas de valor econômico, como referia Clóvis. Expondo o gênero, o Código passa a expressamente admitir a massa falida, a herança, o fundo de comércio como universalidades que subsistem, mesmo que não sejam compostas de objetos materiais.

Ponto fundamental a observar é que mesmo com a mudança ou desaparecimento de bens integrantes da universalidade, ou com eventual alteração subjetiva na composição da coletividade, não deixará a universalidade de existir, de ser a mesma.

## *Capítulo II*

### ***DOS BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS***

***Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 58. *Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal.*  
Art. 59. *Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código alemão, § 97; Código argentino, arts. 2.327 e 2.328; Código russo, art. 135; Código português, art. 210<sup>º</sup>; Código paraguaio, arts. 1.887 e 1.888.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Muitos Códigos não tratam expressamente dos bens principais e acessórios, situação que não perdura na doutrina desses outros países dada a importância que agasalha esse tema.

A classificação é de grande interesse para o Direito, sendo que ela não mais se funda nas qualidades físicas ou jurídicas do bem, mas na relação recíproca em que elas se encontram.

A idéia de *principal* e *acessório* supõe, antes de mais nada, interdependência entre os bens.

Um bem considerado isoladamente não é nem principal nem acessório. Para que ele possa tomar uma dessas designações é preciso que se ache em relação ao outro, para que se possa, enfim, perceber nessa relação um vínculo de dependência.

Nos dicionários jurídicos clássicos, temos que essa idéia de ligação não é diferente na doutrina estrangeira. Na Argentina, Guillermo Cabanellas (*Diccionario de derecho usual*, p. 21): “Acesoria es la cosa que está unida o en íntima relación con otra, respecto a cual se presenta como subordinada o absorvida”; na França, Henri Capitant (*Vocabulaire juridique*, p. 19): “Accessoire. Objets qui, en raison du lien dépendance qui les lient à l’objet principal, participent de la nature juridique de celui-ci ou sont soumis avec lui à une même règle légale”; na Itália, Vittorio Scialoja (*Dizionario pratico del diritto privato*, v. 1, p. 35): “Accessorio, nello svolgimento dei concetti giuridici, è venuto a indicare quei rapporti di fatto in cui una cosa può trovarsi verso un’altra per cagione (*sic*) dei quali, non potendosi esse disunire, la prima deve accedere alla seconda, e non questa a quella”.

Dificuldade pode surgir com relação aos bens compostos mas cujos componentes não tenham a condição de acessórios, porquanto não se vislumbra sua dependência, e sim sua imprescindibilidade para a coisa composta. Assim, por exemplo, a turbina de um avião a jato. Não se trata de um acessório.

Quem tem um automóvel sabe bem o que se diz integrante do veículo, e o que nos querem vender como acessórios.

Segundo o padrão do Código anterior, o legislador optou por não

enumerar os bens acessórios e principais. Enuncia a regra de distinção de um e outro: *principal* é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; *acessório*, aquele cuja existência supõe a do principal.

Há exemplos que tornam essa definição bem clara: quando uma coisa é parte da outra, quando uma parte é complementar da outra. Em geral, diz-se que o acessório depende do principal, mas isso não é suficiente.

Por exemplo: uma pulseira de relógio existe independentemente do relógio, mas, em relação a este, é acessório. Uma máquina de uma fábrica é acessório em relação a esta, mas, considerada em relação a outras máquinas, não pode assim ser considerada. Percebemos, então, que essa dependência não é bem exata, devendo ser observada assim que a situação fática nos é colocada, ou seja, em cada caso concreto.

**Art. 93. São pertencas os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 210<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*.

6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Trata o novo Código de trazer a figura das pertenças na classe dos bens reciprocamente considerados. É uma inovação que buscou superar a discussão de se pertenças e acessório são sinônimos, ou não. Orlando Gomes já as definia como sendo “as coisas acessórias destinadas a conservar ou facilitar o uso dos bens principais, sem que destas sejam parte integrante. Conservam a identidade e não incorporam à coisa a que se juntam. As pertenças são, por outras palavras, coisas acessórias, que o proprietário mantém intencionalmente empregadas num imóvel para servir à finalidade econômica deste, sendo que a conexão econômica é necessária à sua caracterização. Pertença e parte integrante distinguem-se porque a pertença não completa a coisa, por isso a coisa principal não se altera com sua separação” (*Introdução ao direito civil*, 13. ed., p. 234).

No direito italiano verifica-se que não há referência às coisas acessórias, mas só às *pertinenze* (art. 818), e no nosso Código de 1916 o termo “pertenças” era empregado no art. 1.189, I.

Assim, podemos concluir que pertença é tudo o que o proprietário mantém no bem com o fim de exploração industrial, embelezamento ou comodidade. Para muitos autores, é o mesmo que bens acessórios. Para outros, somente os bens acessórios é que não fazem parte integrante dos bens principais, posição adotada por Orlando Gomes, mas que se destinam a conservá-los, garanti-los, facilitar-lhes o uso.

*Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 210<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio

de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Têoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo visa eliminar a grande e grave discussão que se punha quanto ao rigor da regra do antigo art. 59, que dispunha: “Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal”.

Principalmente nos casos de bens imóveis por destinação, surgiam dúvidas quanto aos móveis e máquinas, se eram entendidos como acessórios e por isso mesmo contidos no imóvel tido como principal.

Aliás, o texto acabou atendendo à mais importante ponderação de Agostinho Alvim, na análise teórica do referido art. 59 do Código de 1916.

Concluía que a ponderação diante da dureza do texto estaria na interpretação conjunta com o antigo art. 864, de onde trouxe para o novo texto legal o complemento “salvo as circunstâncias do caso” (*Comentários ao Código Civil*, v. 1, p. 270).

Ressalte-se que no âmbito da comissão elaboradora do projeto houve proposta modificativa do Professor Couto e Silva, que resultou acolhida em parte pelo Professor Moreira Alves, que assim se manifestou:

“Com efeito, com esses artigos faz-se suficientemente clara a distinção entre *parte integrante* e *pertença*, e, *a contrario sensu*, tem-se que a regra ‘o acessório segue o principal’ se aplica às partes integrantes, já que não é aplicável às pertencas por força do art. 90 do Anteprojeto” (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*).

**Art. 95.** *Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 60. Entram na classe das coisas acessórias os frutos, produtos e rendimentos.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código russo, art. 136; Código português, art. 212<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** O texto original do anteprojeto tinha redação bastante diferente da que resultou na redação final do Código.

Disponha: "Entram na classe de bens acessórios os frutos, os produtos e as benfeitorias qualquer que seja o seu valor".

A modificação foi decorrente de proposta ainda uma vez do Professor Couto e Silva, acolhida por Moreira Alves. Assim buscou-se deixar claro que se distinguia, nos moldes do art. 60 do Código de 1916, que frutos e produtos são acessórios, ainda que enquanto não separados sejam partes integrantes do principal.

Frutos vêm a ser aquilo que o bem produz periodicamente, sem diminuição de sua quantidade.

A caracterização dos frutos requer a conjunção de três requisitos: a) *periodicidade*; b) *inalterabilidade da substância*; c) *separabilidade da coisa principal*. Seja pela força exclusiva da natureza ou com a intervenção do homem, ajudando-a, a coisa principal produz e reproduz periodicamente, sem sofrer diminuição em sua substância mesma. Necessário, ainda, que possa ser separada, tornando-se coisa independente, perdendo o vínculo de dependência, deixando, numa palavra, de ser bem acessório. Essa virtualidade permite que os frutos sejam objeto de relação jurídica distinta, como aliás preceitua o presente artigo.

Os frutos podem ser divididos quanto à origem, natureza e estado.

*Quanto à origem*, em *naturais*, *industriais* e *civis*. *Frutos naturais* são os que o bem produz em virtude de sua própria força orgânica, como os produtos vegetais, espontaneamente fornecidos pelo solo, e os produtos animais (crias e partes aproveitáveis).

Já os *frutos civis*, os rendimentos produzidos pela utilização econômica da coisa principal, sob a forma de concessão do seu gozo, assim previstos no novo Código, que preferiu expurgar a figura do *rendimento* da classe de bens acessórios, optando tão-somente por abordar a figura genérica em que agora este se enquadra.

Os frutos também podem ser divididos segundo o estado em que se encontram. *Considerados em relação à percepção*, dividem-se em *pendentes*, *percebidos* e *percipiendos*, que podem ser distinguidos pela determinação do momento em que se adquirem.

São *pendentes* os frutos não separados da coisa principal, porque seria prematura a colheita. *Percebidos*, os colhidos. *Percipiendos*, os que poderiam ser colhidos e não foram.

Em relação à posse, o possuidor de boa-fé faz jus aos frutos percebidos, não aos pendentes, nem aos colhidos por antecipação. O possuidor de má-fé não tem direito aos frutos, devendo restituir os percebidos.

Importante é lembrar a discussão quanto à possibilidade de que mesmo que ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico. Assim, sendo futura sua existência, podem ser objeto de livre pactuação entre as partes, obedecendo, obviamente, às regras da teoria geral das obrigações, não se estando diante de relação que tenha como objeto bem impossível, mas evidentemente de bem que, eventualmente, poderá não vir a ser colhido.

Denominam-se produtos as utilidades que se retiram de uma coisa,

diminuindo-lhe a quantidade até o esgotamento (minério, v. g.). São produtos: a lã do carneiro, o leite, os cereais, a lenha etc.

Enquanto a separação do fruto não altera a substância da coisa principal, a extração do produto determina sua progressiva diminuição, mas o que se extrai de um terreno, como pedras, areia, barro, e pertence a seu proprietário, é parte integrante.

A distinção entre fruto e produto interessa na delimitação de certos direitos de gozo, notadamente o usufruto, e no que diz respeito aos efeitos da posse. O usufrutuário tem direito aos frutos da coisa, não aos produtos.

Os rendimentos são os denominados frutos civis, como as prestações periódicas, em dinheiro, decorrentes da concessão do uso e gozo de uma coisa que uma pessoa faz a outra. Para evitar equívocos, o novo legislador aproveitou para sanar antiga repetição desnecessária, colocando tão-só o gênero, qual seja, o fruto civil, que também pode ser objeto de negócio jurídico.

*Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.*

*§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.*

*§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.*

*§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 63. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.*

*§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.*

*§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa.*

*§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código português, art. 216º.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho.

*Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario juridico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil; teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato, verbete "beni"*. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** *Benfeitorias* são as despesas e obras com a conservação, melhoramento ou aformoseamento de uma coisa. Dividem-se em: necessárias, úteis e voluptuárias ou suntuárias.

*Benfeitorias necessárias* são as despesas indispensáveis à conservação da coisa na sua normal função econômica. Evitam que se deteriore ou destrua, como a substituição do vigamento apodrecido de um telhado. Consistem,

geralmente, em obra nova.

*Benfeitorias úteis*, as que aumentam, ou favorecem o uso da coisa, como a instalação de *modems* que permitem uso mais célere dos computadores no âmbito da Internet.

*Benfeitorias voluptuárias*, ou suntuárias, as que, sem aumentar a utilidade, tornam a coisa mais agradável ou a embelezam (a colocação de uma estátua num jardim).

A relevância jurídica da distinção manifesta-se nos efeitos da posse (arts. 1.219 a 1.222), no usufruto (art. 1.392), na locação (art. 578) e no direito de retenção (art. 1.219, *in fine*). Quem deve restituir uma coisa tem direito ao reembolso das despesas com sua conservação. Em se tratando de benfeitorias necessárias, faz juz à indenização, que deve pagar o proprietário, seja a posse de boa ou de má-fé. Se a benfeitoria é útil, direito à indenização tem apenas o possuidor de boa-fé. As benfeitorias voluptuárias não são indenizáveis, mas o possuidor pode levá-las (*jus tollendi*).

**Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 64. *Não se consideram benfeitorias os melhoramentos sobrevindos à coisa sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem paralelo.

**BIBLIOGRAFIA:** AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. CAPITANT, Henri. *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES,

Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Livr. Martins Ed., 1972. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Podem sobrevir aos bens aumentos ou melhoramentos advindos de fatos naturais, sem que para isso tenha ocorrido qualquer interferência do proprietário, possuidor e detentor. Muitas vezes podem advir de uma atuação do próprio Estado, como por exemplo a pavimentação em áreas da propriedade.

Este dispositivo ganha relevância quando da quantificação das respectivas indenizações que aquele que tem a posse do bem tem direito de receber. Nesse caso, como não há qualquer esforço ou despesa por parte do possuidor, não seria justo que lhe concedessem direitos relacionados com benfeitorias (indenização — retenção).

O conceito não fica restrito às obras, visto que a este há de se acrescer que são obras sobre construções, ou plantações, ou coisa, incrementando-a, tornando-a mais valiosa.

Como bem destaca Agostinho Alvim, se esses acréscimos forem feitos por terceiro por título oneroso, como por exemplo no caso de dação em pagamento, seja por liberalidade, configurando doação, o possuidor poderá fazer valer seus direitos, se os tiver, perante o dono, porque esses melhoramentos passam a ser considerados como se por ele próprio tivessem sido feitos.

### *Capítulo III* **DOS BENS PÚBLICOS**

**Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas**

*jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 65. *São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 537; Código italiano, arts. 822 e s.; Código argentino, art. 2.339.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALPA, Guido e BESSONE, Mario (*a cura di*). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “*le garzantine — diritto*”), 2001. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “bene”), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. Sulina, 1954. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

1998. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Como se observa nos artigos subseqüentes, a discriminação dos bens públicos tornou-se mais precisa, diante do texto do Código de 1916, mantendo significativa ressalva do disposto em leis especiais, destinadas a salvaguardar os interesses da Fazenda, mas sem prejuízo de determinadas situações privadas merecedoras de amparo.

Como se vê, o texto do artigo comentando é auto-explicativo. Saliente-se que essa classificação torna-se imprescindível, pois ao regular os bens em relação aos titulares do domínio, poderemos averiguar se a matéria é de interesse do Direito Civil ou do Direito Administrativo.

Cumpra salientar que essa classificação é feita não do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens.

No Direito italiano, coube à Constituição da República a definição do que seria bem público e bem privado, explicitando seus regimes. Como explica Guido Alpa, “la costituzione come né il codice civile c’è una definizione di bene privato e di bene pubblico; dove distinguono categorie di beni che appartengono ai privati oppure allo stato e agli enti pubblici” (Guido Alpa e Mario Bessone (*a cura di*), *Le garzantine — diritto*, p. 174), detalhamento não seguido por nosso constituinte, que se preocupou tão-somente em enumerar os bens de cada ente federativo, como vemos nos arts. 20 e seguintes da Constituição da República.

Pode-se dizer que a observação feita por Ruy Cirne Lima veio a ser acolhida, pois, comentando o texto do Código de 1916, dizia: “As duas expressões ‘domínio público’ e ‘patrimônio administrativo’ não possuem, na verdade, a mesma intensidade; antes, designam duas proporções diferentes de participação dos bens na atividade administrativa.

Sob esse aspecto, pode o domínio público definir-se como a forma mais completa da participação de um bem na atividade de administração pública. ...” (*Princípios de direito administrativo brasileiro*, p. 78 e 79).

**Art. 99. São bens públicos:**

*I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;*

*II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;*

*III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.*

*Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.*

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 66. Os bens públicos são:

*I - de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;*

*II - os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;*

*III - os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 826; Código argentino, arts. 2.239 e 2.240; Código paraguaio, art. 1.898.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral*

do direito civil. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Os bens públicos foram classificados em três classes: a) *bens de uso comum do povo*; b) *bens de uso especial*; c) *bens dominicais*, seguindo a distinção dos citados bens.

Os bens públicos de *uso comum* e os de *uso especial* são bens de domínio público do Estado.

Os *bens de uso comum do povo* são os que podem ser utilizados por qualquer um do povo, sem qualquer formalidade. O Código exemplifica: mares,

rios, praças. Regulamentar ou restringir o seu uso não significa perda dessa qualidade. A regulamentação ou restrição devem ser entendidas como formas de permitir melhor utilização, ou utilização não conflitiva, como ocorre com a vedação de estabelecimentos comerciais, ou realização de eventos sem prévia autorização.

O povo pode só usar tais bens, mas não possui o domínio deles, que pertence a pessoa jurídica de direito público, a quem incumbe a defesa de tal propriedade.

*Os bens de uso especial* são os que se destinam especialmente à realização e execução dos serviços públicos, usados exclusivamente pelo Poder Público para propiciar benefícios à população.

Sobre os bens *dominicais* o Poder Público exerce poderes de proprietário. Estes são de domínio privado do Estado. Se nenhuma lei estabelecer normas especiais sobre esta última categoria, seu regime jurídico será o do direito privado, como se pertencesse a um particular qualquer. Se afetados por finalidade pública específica, não podem ser alienados; caso originalmente não afetados ou posteriormente desafetados, podem ser alienados por meio de institutos típicos do Direito Civil.

**Art. 100.** *Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 67. Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 537; Código italiano, art. 823.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri.

*Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario juridico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Derecho*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete "beni". WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Os bens *de uso comum do povo* e os *de uso especial* passam a expressamente ter a característica da *inalienabilidade*, sem que haja referência aos dominicais.

A inalienabilidade não é absoluta quanto a todos, a não ser quando tais bens são insuscetíveis de valoração patrimonial (ex.: mares, rios, praias). Os bens suscetíveis de valoração patrimonial podem perder a inalienabilidade, que lhes é peculiar, pelo instituto da *desafetação*.

As noções de *afetação* e *desafetação*, que são inerentes ao Direito Administrativo, estão presentes no tema bens públicos. *Afetação* é a atribuição, a um bem público, de sua destinação específica. A *desafetação* é a mudança da destinação do bem, visando incluir bens de uso comum do povo, ou bens de uso especial, na categoria de bens dominicais, para possibilitar a alienação, nos termos das regras de Direito Administrativo, ou até mesmo para as raras hipóteses, como a do terremoto que destrói a edificação da creche pública, restando só o terreno, como exemplificado por Diogenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 485) e acolhido por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 612).

Como se vê, ainda que a classificação dos bens públicos se dê pelo Código Civil, não se pode ignorar que o regime jurídico decorre das atribuições dadas a eles pelo Direito Administrativo.

**Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 67. Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem paralelo.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulario jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 30. 1977. ENNECERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de

Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** A alienabilidade, característica dos bens dominicais, também não é absoluta, porque bens públicos podem perdê-la pelo instituto da *afetação*, que, como visto, decorre de ato ou fato pelo qual um bem passa da categoria de bem de domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público. Celso Antônio refere que os *bens de uso comum* só são passíveis de desafetação por lei ou ato administrativo praticado na conformidade da lei; bem como os *bens de uso especial*, cujo ato administrativo não fica vinculado diretamente à lei, mas pode decorrer de conveniência para a Administração, como no caso que exemplifica de imóvel destinado a um serviço público deixar de ser utilizado para tal fim, sem que o serviço deixe de existir, mas prestado em outros locais.

Portanto, um bem que tinha, ou teve, a afetação, podendo e vindo a ser desafetado, passa a submeter-se às mesmas condições dos bens privados. Em razão de a titularidade ser de pessoa de direito público é que a forma legal da alienação terá de ser típica do Direito Administrativo, ou seja, hasta pública, ou concorrência administrativa.

*Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem paralelo.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro; introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** O anteprojeto do Código Civil, originalmente, referia à possibilidade de usucapião de bens públicos dominicais.

Dispunha o art. 101 do anteprojeto: “Os bens públicos, com exceção dos dominicais, não estão sujeitos a usucapião”.

A Câmara dos Deputados, na tramitação do projeto, alterou tal dispositivo, remetendo à lei especial a possibilidade de usucapião de bens públicos, como se vê da redação do art. 102 do Projeto de Lei n. 634-B, de 1975: “Salvo disposição especial de lei, os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

A reação dos publicistas a essa proposta foi muito grande, ainda que esta objetivasse evitar situações semelhantes à do antigo INPS, autarquia federal que, à época, era o maior latifundiário do país.

Com a Constituição de 1988 tal questão ficou completamente superada, visto que os seus arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, vedaram expressamente a usucapião de bens públicos, urbanos e rurais, respectivamente, rompendo com a tradição anterior, que deixara à legislação ordinária tal estipulação, já que objeto expresso do art. 200 do Decreto-Lei n. 9.760, de 5-9-1946, além da

Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal.

O presente artigo acabou integrando o campo da legislação ordinária, como se o legislador temesse por disposições em sentido contrário, olvidando-se ao impedimento de ordem constitucional.

**Art. 103.** *O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 68. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem paralelo na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. ALVIM, Agostinho. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AUBRY e RAU. *Droit civil*. Paris, 1969. v. 9. BARBOSA, Rui. *Apostilas ao art. 60*. Rio de Janeiro, 1920. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1; *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*. 4. ed. Paris: A. Pedone; *Vocabulário jurídico*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. "bene"), v. 3. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 30. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*. Trad. esp. Barcelona: Bosch, 1953. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. v. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 2. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1962. v. 5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1973. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*, verbete “beni”. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*; introdução e parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1. ZÉNATI, Frédéric. *Les biens*. Paris: PUF, 1988.

**COMENTÁRIOS:** Este texto refere-se aos *bens de uso comum*. Por sua natureza estes estão destinados a ser utilizados por todos, e seu uso, em regra, é gratuito. Como bem pondera Clóvis, “muitas vezes, porém, para compensação do capital empregado em obras, que as melhoram, o uso dessas coisas é retribuído. Pedágios, taxas de ancoragem são exemplos de remuneração pelo uso dos bens comuns” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1, p. 244).

A retribuição é expressamente admitida pelo citado artigo, não representando qualquer ofensa ao direito dos indivíduos de gozar daqueles bens, uma vez que este não pode ser considerado como absoluto.

### **Livro III** **DOS FATOS JURÍDICOS**

**COMENTÁRIOS:** *A sistemática do novo Código*. O Código trata do gênero fato jurídico antes das espécies: negócio jurídico, atos lícitos e atos ilícitos. Com relação ao Código de 1916, achou por bem suprimir as denominadas disposições preliminares dos arts. 74 a 81, as quais seguiram a linha de raciocínio original de Clóvis, que projetara o Livro como *Do nascimento e extinção dos*

*direitos*, denominação que não prevaleceu.

Particularmente em razão da supressão das disposições preliminares sobre o nascimento e extinção dos direitos, torna-se útil uma explicação prévia sobre o gênero fato jurídico, razão de ser desta introdução.

**O fato jurídico e a teoria geral do direito.** Os autores de manuais, que têm enorme utilidade didática, esquivam-se de um aprofundamento no tema do fato jurídico. Daí se aterem tão-somente a reproduzir e formular definições, sem buscar sua relevância dentro da organicidade dos Códigos, ficando sem destaque sua importância e função no estudo da teoria geral do direito e, por consequência, no âmbito do direito privado.

A maioria dos manuais se restringe a dizer que o direito nasce do fato, reproduzindo a máxima romana *ex facto oritur jus*.

Não há dúvida de que o direito nasce do fato, porque sem que haja um evento, ou um acontecimento, não existe base para que se estabeleça uma relação jurídica. Ocorre que muitos fatos têm lugar sem que haja qualquer relação com o ordenamento jurídico. Há determinados eventos aos quais as normas jurídicas não atribuem nenhuma consequência. Por outro lado, certos fatos do mundo fenomenológico podem ser tratados de maneira diversa pelo mundo do Direito. Logo, o direito não fica reduzido a qualquer fato, ao *fato bruto*, mas, como bem explica Miguel Reale, aos *fatos juridicamente qualificados*, que são aqueles eventos que encontram previsão nas normas jurídicas, porque estas atribuíram-lhes consequências.

Para regular a atividade humana existem os ordenamentos, que são compostos de *normas jurídicas*. Elas prevêm, em abstrato e de forma geral, *hipóteses de fato*, classificadas por tipos e, ao mesmo tempo, orientadas segundo as diretivas de uma valoração jurídica — *hipótese de incidência* —, estabelecendo uma previsão de comportamento apropriado, relacionando-o com elas, através de uma síntese normativa, como se fossem “efeitos”, situações jurídicas correspondentes.

Dentro desse contexto, *fato jurídico seria todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa. É todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de Direito.*

→ **Hipótese “F”**  
“F” (evento)

*“F” só será fato jurídico se estiver previsto na hipótese*

Oportuno lembrar as palavras do mestre italiano Pietro Perlingieri, que

destaca: “O fato jurídico pode ser definido como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica. Em geral a norma prevê a hipótese da verificação do evento (ou seja, do fato) e a possibilidade de que este — humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (de temporal) —, uma vez ocorrido, tenha relevância jurídica. O fato, no momento de seu acontecimento, atua como abstratamente hipotizado na previsão da lei: o ordenamento lhe atribui uma qualificação e uma disciplina. O fato concreto quando se realiza constitui o ponto de confluência entre a norma e o seu tornar-se realidade: é o modo no qual o ordenamento atua. A norma existe na sua atuação, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui a concretude e a historicidade essenciais à norma” (*Perfis do direito civil*, p. 89 e 90).

Essa visão, em síntese, é extraída de outro grande jurista italiano, Emilio Betti, o qual refere que os efeitos jurídicos representam a resposta que a ordem jurídica dá aos vários tipos de situações previstas, à medida que vão ocorrendo os *atos jurídicos*.

Por isso Emilio Betti buscou designar de *fattispecie* a previsão normativa dos enlaçamentos aos fatos, mas reconheceu que na sua colocação seria um erro conceber a *fattispecie* como puro fato, pois é constituída de qualificação jurídica, de nova situação jurídica que decorre da hipótese.

Dessas idéias resulta uma primeira definição para o *fato jurídico*: “Evento idôneo, segundo o ordenamento, para ter relevância jurídica”. Portanto é o fato concreto previsto na hipótese de incidência normativa, ou seja, a realização no mundo fático do que está previsto hipotética e abstratamente pela norma jurídica. Por isso Betti aduz: “O ordenamento atribui a um fato uma qualificação e uma disciplina, de tal sorte que ocorrendo concretamente o fato, ou historicamente, constitui o ponto de confluência entre a norma e o dever ser da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento jurídico encontra real atuação”.

A norma deve produzir efeitos a partir do momento em que fica individualizada em relação a um fato concreto previsto hipoteticamente. É, pois, o momento “fatural” que atribui à norma a concretude e historicidade que lhe são essenciais para a produção de efeitos no âmbito social.

Em razão da previsão hipotética e abstrata das normas e do fato concreto no mundo fenomenológico, muitos autores, para não ocorrer confusão com o uso de uma única denominação, passaram a se referir à *hipótese de incidência e fato gerador* como realidades jurídicas distintas; uma, a previsão legal, outra, o fato tipificador da incidência.

Como já dissemos, em obra ainda não editada, nem sempre a norma atribui ao fato conseqüências jurídicas tangíveis, individualizadas de maneira específica e determinada. Por vezes a lei atribui ao fato o nascimento, a aquisição, a extinção, a modificação de uma situação jurídica subjetiva. É o que podemos ver do conjunto de normas do sistema sobre o nascimento da pessoa humana. Assim, quando do nascimento, tem início a personalidade, mas ao mesmo tempo surge a implicação dos *status* no âmbito da família, surgem os

*status* de pai, de mãe, de filho ou filha. Ainda do nascimento pode decorrer a atribuição patrimonial, e, portanto, titularidade de direitos de propriedade. Não bastasse, implica representação legal, diante da incapacidade jurídica do bebê. Outras relações decorrerão e estarão sendo aplicadas em face das normas respectivas, diante desse mesmo fato, o nascimento.

É muito importante entender que pode um simples fato representar a explicitação de um valor, valor este entendido como juridicamente relevante. Por exemplo, quando andamos de carro, nem sempre pensamos que na verdade estamos exercendo um valor superior no sistema, que é o da *liberdade de circulação*.

Mas, por outro lado, lembra Orlando Gomes que *nem todos os acontecimentos naturais são fatos jurídicos*, alguns são irrelevantes para o Direito, outros, relevantes, gravitam na órbita jurídica.

Nem seria possível ao mundo do Direito prever normativamente todas as hipóteses de fatos possíveis no Universo, como não se pode de imediato constatar o valor que está protegido numa norma jurídica.

Também atos humanos poderão ser indiferentes, mas, amanhã, esses mesmos atos poderão deixar de sê-lo, em razão de a visão do legislador ter-se alterado, em função dos valores do seu tempo, que poderão ser diferentes dos de outrora. Isso não impede que o intérprete do Direito não aplique os recursos interpretativos para tentar alcançar fatos no conjunto normativo, mediante a valoração contemporânea, mas desde que seja possível a relação com o ordenamento.

Nessa hipótese fica superada a colocação de que só é qualificado de jurídico o fato expressamente previsto como *constitutivo, modificativo ou extintivo* de determinada situação subjetiva. Qualquer fato, mesmo que pareça insignificante para algumas pessoas, poderá ter caráter de juridicidade, como o de, por exemplo, chegar atrasado à sala, retirar-se sem autorização do professor, sentar-se com o pé em cima de outra cadeira, por violarem normas não só de educação como disciplinares. Se o dever-ser for colocado em ação, todos os fatos jurídicos ensejarão a aplicação de sanções contra os violadores, e os benefícios, se previstos, para os de comportamento preservador dos valores.

Todo fato juridicamente relevante tem uma função, que é determinada pelo ordenamento jurídico nos seus esquemas típicos. Função é a síntese causal do fato, no sentido de que é a razão profunda, justificadora do fato, que se além não somente aos sujeitos que dão vida ao fato, mas também ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante.

Saber a função do *fato jurídico* torna-se de suma importância para entendermos a seqüência lógica do Código introduzida pelo legislador: *o fato jurídico é a força propulsora das relações jurídicas*, o qual movimenta as normas jurídicas adequadas. Da lei não surgem diretamente direitos subjetivos e as *relações jurídicas*; é necessário que os efeitos tenham conexão com *o fato jurídico*, é a relação de imputação típica do sistema jurídico, que não se confunde com a relação de causa e efeito do mundo da natureza.

**O fato jurídico — delimitação e definição.** Desde o início destacamos que o fato jurídico é o gênero do qual o negócio jurídico e os atos ilícitos são espécie.

A expressão genérica “fatos jurídicos” compreende os fatos voluntários e os não voluntários. Não é ela acolhida por todos os autores, alguns dos quais preferem assim denominar apenas os eventos exteriores, aqueles que independem da vontade das pessoas, reservando as expressões “ato” e “negócio jurídico” para designar todas as ações voluntárias, entre as quais distinguem as que efeitos produzem por força da lei, quer o agente os vise, quer não os vise ou nem mesmo os queira, daquelas dirigidas à produção de efeitos jurídicos previamente desejados, respectivamente.

Ressalta José de Oliveira Ascensão que: “O elemento dinamizador da ordem jurídica é o facto. Os factos alteram as situações existentes, provocando efeitos de direito. Facto jurídico é por isso todo o facto que produz efeitos de direito. A noção de facto jurídico é vastíssima. Qualquer facto natural ascende à categoria de facto jurídico se produzir efeitos de direito. Assim, o nascimento de uma criança é um facto jurídico, como o é a tempestade que fez naufragar o navio. A modalidade mais importante dos factos jurídicos é todavia a dos actos jurídicos. O acto jurídico é um facto humano e voluntário” (*O direito: introdução e teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira*, 10. ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 14).

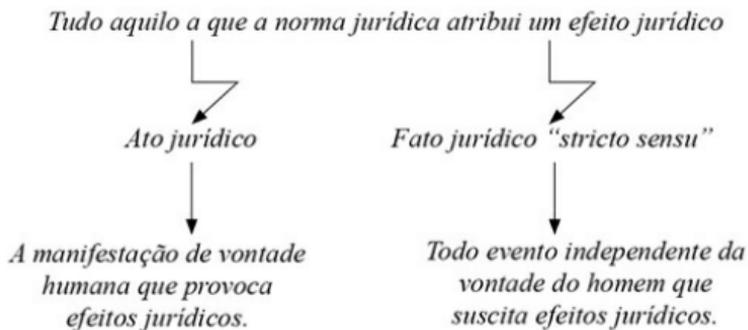
*Fatos jurídicos*, portanto, são aqueles fatos a que o Direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as relações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas.

E m *sentido lato*, podem ser entendidos como sendo todos os acontecimentos, dependentes ou não da vontade humana, a que o Direito atribui eficácia.

Em *sentido restrito*, abrangem somente os acontecimentos naturais não volitivos. Os acontecimentos resultantes da volição humana, por sua vez, chamam-se atos jurídicos.

Assim, temos:

**Fatos jurídicos  
(lato sensu)**



Repetimos que para um fato ser considerado jurídico é necessário que o acontecimento seja juridicamente relevante, isto é, tenha sido reputado como tal pelo ordenamento jurídico. Como sabemos, nem todos os fatos que podemos reputar naturais são jurídicos, como, por exemplo, o ato de ser cortês. Tais eventos nada representam para o mundo do Direito, pois não criam nem alteram as relações jurídicas.

**Classificação dos fatos.** Classificamos os fatos jurídicos em:

A) *Acontecimentos naturais:*

1) ordinários, que são os que acontecem normalmente na existência da humanidade, como o nascimento, a morte das pessoas.

2) extraordinários, que fogem à normalidade, e por vezes ocorrem de forma totalmente imprevisível, caracterizando caso fortuito e força maior.

B) *Ações humanas:* podemos dizer que são os *atos jurídicos* "lato sensu".

C) *Atos ilícitos.*

Em estudos mais atuais, como o desenvolvido pelo mestre italiano Angelo Falzea, em sua obra *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1965, p. 392, vamos extrair a seguinte observação quanto à classificação: "A classificação tradicional dos fatos jurídicos é feita em função da vontade; a tripartição dos fatos jurídicos em fatos, atos e negócios evidencia em concreto que a única fenomenologia que o pensamento jurídico moderno havia utilizado com largueza

era a fenomenologia da vontade. A classificação ainda hoje dominante, sobretudo entre os privatistas, faz centro exclusivo sobre a figura do negócio jurídico, enquanto as outras classes vêm definidas em função de tal figura, quer indiretamente, quer negativamente”.

O mestre italiano condena o quadro que deriva de tal tripartição, porque é extremamente esquemático. Diz que é particularmente sensível sua pobreza no campo privatístico, em que as hipóteses de incidência complexas, constituídas dos atos dos entes e órgãos públicos, não têm ingresso senão excepcionalmente, e a hipótese do ilícito deve, pela sua própria essência, considerar-se patológica e anormal.

Conclui dizendo que no âmbito privatístico o norte é dado pela vontade em que a tradição costuma fundar a essência do negócio. Lembra, no entanto, que o negócio é vontade em duplo sentido: é vontade de comportamento que o sujeito tem atualmente e vontade do conteúdo que deverá corresponder ao efeito jurídico. Por força dessa distinção, o sistema geral dos fatos jurídicos se articula, segundo a classificação comum, em três termos fundamentais: negócio — ato — fato.

Para melhor visualizarmos a classificação, apresentamos o esquema:



## *Capítulo I*

### **DISPOSIÇÕES GERAIS**

**COMENTÁRIOS:** Etimologicamente, negócio jurídico não significa um único ato, mas um conjunto de atividades: *nec + otium*, que se pode traduzir por não-ócio. No campo do Direito o conceito se referia, inicialmente, ao conjunto de atividades que satisfaz interesses predominantemente patrimoniais, como se pode ver de Savigny.

Segundo Franz Wieacker, emérito historiador do direito privado, particularmente do alemão, o Direito Romano não chegou a conhecer o negócio jurídico sob sua denominação técnica, que veio a ser dada pelos *pandectistas*. É que nas fontes romanas o termo "*negotium*" estava ligado somente a fato, a atividade material.

A doutrina alemã, quando da elaboração da Parte Geral do BGB, como um repositório de conceitos gerais, objetivou estabelecer uma Teoria Geral do Direito Civil, na qual a figura central é exatamente a Teoria do Negócio Jurídico.

Negócio, pois, mantém relação básica com a etimologia latina, com atividade, daí que, em quase todas as línguas, sua significação tenha que ver com atividade econômica.

No século XVII, o conceito de livre manifestação da vontade, como meio de exercício da iniciativa individual, resultou positivo para a economia, com o início do desenvolvimento da sociedade industrial.

Já afirmamos, em obra de cunho didático, que a noção de negócio jurídico, como expressão da vontade do homem operando nas relações jurídicas, ofereceu uma solução, de notável força e coerência, para um problema crucial da Teoria Geral do Direito, ou seja, da causalidade jurídica.

Grandes autores de direito privado do século XX dedicaram seus estudos ao negócio jurídico; nos tempos mais próximos chegaram alguns até a prever sua superação, sem formular, contudo, uma teoria em substituição.

O fato é que muitos dos que investiram contra o negócio jurídico tomaram-no como baseado, ainda, na teoria da vontade, enquanto os que conseguem uma visão evolutiva partem do conceito de autonomia privada, numa concepção que traz ligação direta com o plano constitucional, sem pretensão de ficar no obsoletismo das idéias puramente individualistas.

Observava já, com profundidade, Federico Castro y Bravo (*El negocio jurídico*, Madrid: Ed. Civitas, 1985, p. 17 e 18):

“§ 14. APORÍA DE LA AUTONOMIA PRIVADA. — El siglo actual, con sus bruscas mudanzas y la pluralidad de ideologías en él operantes, ha hecho visible que la llamada crisis de la autonomía privada no procede de causas exteriores a ella, sino que dudas e incertidumbres proceden de su propia naturaleza sociológica. Ninguna libertad se gana sin trabajo, ni se mantiene sin lucha. Resulta ella de un equilibrio entre tensiones o fuerzas contrarias. La

defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquel; el que la califique, defina y limite. ... Lo que puede explicarse por los encontrados intereses de las fuerzas sociales en lucha, por el valor mismo de las ideas de libertad e igualdad para la propaganda política, y, sobre todo, por esa necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse en principios de Justicia. De este valor trascendente del amparo de la autonomía privada, parecen conscientes los políticos, y así se há llevado a los textos constitucionales, como uno de los derechos naturales del hombre, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. (6)

(6) Art. 22, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Naciones Unidas, 10 diciembre 1948; art. 2º, 'Grundgesetz' de la República federal alemana, 25 mayo 1949 (el art. 53 de la Constitución de Weimar se limitaba a garantizar la libertad de contratar); art. 3, 2º, 13 v 41, Constitución italiana”.

Foi na BGB que se teve o primeiro tratamento legal, portanto um regime jurídico específico, do negócio jurídico, sob a denominação de *Rechtsgeschäfte*. Segundo Karl Larenz, a BGB permitiu que se extraísse o seguinte conceito: “*negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado*”, como se vê de sua obra *Direito civil*; parte geral, tradução espanhola, p. 421.

Agora, o novo Código Civil brasileiro, abandonando a concepção unitária do ato jurídico, contempla expressamente a figura do negócio jurídico, que já é acolhido em grande parte pela doutrina, mas por muitos ignorada, o que faz seguindo o exemplo dos anteprojetos de Códigos de Obrigações de Orosimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho Azevedo (1941), bem como o de Caio Mário da Silva Pereira (1965).

Nem sempre se fez a distinção entre ato jurídico e negócio. A maioria dos privatistas justificavam essa omissão sob a alegação de ausência de importância prática. Com a introdução no texto do novo Código, tal colocação não mais é sustentável, pois agora essa diferença se tornou de direito positivo, já que o Código nomina e atribui regime jurídico próprio ao *negócio jurídico* e restritamente ao *ato jurídico*, subdividindo este em *licito* e *ilícito*. Parafraseando Ortega y Gasset, que dizia que o homem é ele e suas circunstâncias, como homens de nosso tempo, devemos ficar atentos às circunstâncias que nos cercam, daí termos de trabalhar sobre as diferenças entre os institutos.

Comporta antes retratar uma observação crítica de Carnelutti, que em seu *Diritto e processo* destaca: “...A questo punto la scienza del diritto privato, che pure in tema di formazione e di ordinamento dei concetti ha tento per lungo tempo il primo posto, è stata superata dalla scienza del diritto pubblico, (...). Siamo arrivati così ad una teoria generale del rapporto e a una teoria generale dell'atto, la quale comincia a rendere i suoi servizi a quelle scienze particolari, dalle quali ho ricevuto alimento”. O que em tradução livre se pode dar como: “... A esta altura a ciência do direito privado, que em matéria de formação e ordenação de conceitos teve por muito tempo o primeiro lugar, ficou superada

pela ciência de direito público... Chegamos assim a uma teoria geral da relação e a uma teoria geral do ato, que começa a tomar a seus serviços aquelas ciências particulares, das quais recebeu alimento”. (p. 37)

O grande jurista italiano buscava superar sempre posições que não se revestissem de lógica e de coerência, o que, segundo doutrinadores do processo, nem sempre alcançou, visto que contestado em vários pontos, mas sempre se revelou questionador da argumentação repetitiva, como a do argumento de autoridade, que se nega a ir adiante, posto que se põe como limite insuperável.

Para o recém-falecido Professor R. Limongi França nenhuma importância traz a diferenciação entre *ato* e *negócio jurídico*, como se vê de seus comentários, nos verbetes respectivos, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 9, p. 20: “Autores há que distinguem ato jurídico de negócio jurídico. (...) Inexistente unanimidade de opinião sobre a diferença entre uma e outra coisa. (...) Por ora, à altura em que encontramos as nossas pesquisas, salvo melhor juízo, pensamos tratar-se de mais uma filigrana acadêmica, sem maior interesse prático”.

Com todo o respeito que nos merecia e merece o insigne mestre, ousamos divergir.

Seguindo os ensinamentos de Miguel Reale, temos que “Negócio Jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar em um ato de vontade, implica em declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objeto protegido pelo ordenamento jurídico” (*Lições preliminares de Direito*, p. 206). Enquanto certos atos produzem efeitos *independentemente da vontade de quem age*, nos *negócios jurídicos*, ao contrário, os efeitos são intencionalmente queridos pelo agente. Em virtude da declaração de vontade, pode-se constituir, modificar ou extinguir determinados tipos de relações jurídicas. Na verdade, são os negócios jurídicos que exigem sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei (como veremos no comentário ao art. 104).

*Ato jurídico* e *negócio jurídico* são manifestações de vontade, mas diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos. Quanto à estrutura, enquanto *nos atos jurídicos* temos uma ação e uma vontade simples, nos *negócios jurídicos* temos uma ação e uma vontade qualificada, que é produzir um efeito jurídico determinado, vontade caracterizada por sua finalidade específica, que é a constituição, modificação ou extinção de direitos.

O *negócio jurídico*, para nós, é o meio para a realização da *autonomia privada*, ou seja, a *atividade e potestade* criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares, portanto o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento.

Francisco Amaral salienta essa diferença colocando que “O negócio jurídico é, portanto, exercício da autonomia privada, tendo, por isso, conteúdo normativo. A sua essência está em dois elementos: vontade e autonomia privada. O ato jurídico em senso estrito não tem esse conteúdo. A vontade que exprime não se dirige à produção de efeitos jurídicos específicos desejados pelo agente.

Eles dependem de lei ou já estão previstos” (*Direito civil*: introdução, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 363).

Castro y Bravo define e conclui: “a declaração ou acordo de vontades, com que os particulares se propõem a obter um resultado que o direito considera digno de sua especial tutela, seja proveniente da mera declaração, seja complementado com outros fatos ou atos”.

Assim como nas normas jurídicas, nas sentenças e nos atos administrativos, em que se pressupõe que os órgãos que os emanam têm a legitimidade para produzi-los vinculando terceiros, no negócio jurídico é mister haver *norma pré-existente*, admitindo ao sujeito dar conteúdo à hipótese de incidência, tornando existente relação jurídica entre sujeitos determinados, ou determináveis, o que era mera possibilidade prevista no sistema abstrata e genericamente.

O ordenamento reconhece e confere legitimidade à autonomia dos indivíduos, autonomia já existente em suas relações sociais, mas que a ela não se reduz, nem dela se dissocia.

O sujeito que dá conteúdo à *hipótese de incidência* também se vincula, portanto há auto-regulação, mas não ocorre invasão de esfera alheia, como pode acontecer em atos jurídicos administrativos, particularmente os de autoridades.

É fundamental distinguir que quem celebra *negócio jurídico* quer produzir o efeito jurídico, efeito a ser alcançado mediante sua própria execução, razão pois de sua celebração. Por exemplo: quem celebra um negócio de compra e venda, quem compra uma coisa, quer, em última análise, obter a propriedade, que inclui a disponibilidade sobre a coisa. Porém, sabe que só pode consegui-la obrigando-se, diante do que se dispõe a vender, a pagar-lhe o preço e efetuar tal pagamento.

Como salientamos, para celebrar um *negócio jurídico* não basta a existência da denominada *autonomia privada*, porque esta só opera dentro do sistema do Direito, portanto diante de normas postas que, além de conferirem capacidade a sujeitos, dispõem quanto a formas procedimentais, e sobre os objetos admitidos como passíveis de serem negociados. Hão de ser respeitados os requisitos de validade, sem os quais não se terá negócio jurídico válido e por conseguinte eficaz produtor de efeitos jurídicos.

Classificar é extremamente importante para o mundo do Direito, já que permite a tipificação, com a qual se alcança a identificação do regime jurídico aplicável ao negócio em exame. É tarefa árdua, pois implica dificuldades fáticas, como de ordem doutrinária, além das subjetivas, pois cada autor tem seus critérios. Os critérios, todavia, hão de ser jurídicos, isto é, levar à caracterização de naturezas diversas e suas conseqüências jurídicas, conformando, assim, o tipo do negócio em face do regime específico.

Um dos primeiros doutrinadores a desenvolver o estudo de classificação dos negócios jurídicos foi o civilista italiano Cariota Ferrara.

Oferecemos um quadro, já exposto em livro didático, ainda no prelo, que permite contrapor duas classificações, primeiro a de Cariota Ferrara e, ao lado, a

do autor brasileiro José de Abreu, desembargador na Bahia e monografista sobre o tema:

Pelo número  
de partes

Pelo número de  
partes

O conteúdo

Pela causa

A causa e os  
motivos

Pelos efeitos

A forma

Quanto ao  
tempo de  
produtividade  
de efeitos

Os efeitos

Quanto ao  
conteúdo

A  
relatividade  
causal do  
evento morte

Quanto à causa  
de atribuição  
patrimonial

O vínculo  
com outros  
negócios

Quanto à forma

Como se vê, alguns critérios são comuns na denominação e outros, quanto ao conteúdo do critério.

*Quanto ao número de partes*, Cariota Ferrara e José de Abreu distinguem os negócios jurídicos em unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Há que se observar que muitos autores preferem classificá-los segundo as obrigações das partes, não quanto ao número de partes. Daí referirem-se a negócio jurídico unilateral quando só existir obrigação para uma parte; bilateral, quando para as duas; e plurilateral quando existirem obrigações para diversos sujeitos imputados pelo negócio.

A divisão constante do quadro, segundo seus autores, se dá em função das manifestações de vontade das partes, ou da parte. É, portanto, a parte tomada como fonte de emanção da vontade, direcionando-a em determinado sentido.

Há que se lembrar que o conceito de parte não se confunde com o de pessoas, pois uma parte pode ser composta de diversas pessoas, enquanto uma mesma pessoa poderá atuar em nome próprio, apresentando-se, e em nome de outra pessoa, como representante dela. Portanto poderemos ter um negócio bilateral, com uma única pessoa, mas duas partes. É comum denominar-se a hipótese de negócio consigo mesmo. Assim, uma mesma pessoa age em nome próprio, de um lado de emanção da vontade, e em nome de uma pessoa jurídica, representando-a, com interesse diverso. O melhor entendimento da questão se dá através da utilização da teoria dos papéis desenvolvida pela

## Sociologia.

É por isso que geralmente se usa o conceito de parte e não de pessoa, em razão exatamente da fonte emanadora da vontade e do direcionamento desta. O mais comum é que parte e pessoa se identifiquem, mas há que se observar que cada pessoa tem o seu interesse jurídico, o que não impede que várias pessoas possam ter e tender a realizar o mesmo interesse. Nessa hipótese teremos várias pessoas, mas um único interesse jurídico, quando, então, dir-se-á que o negócio é unilateral, em função da direção única das vontades emitidas, reveladoras dos interesses.

O que fica claro, até aqui, é que estamos falando em fase de nascimento do negócio jurídico, não da análise do negócio já existente e de seus efeitos. Quando de tal oportunidade é que caberá a distinção feita pela doutrina quanto a obrigações unilaterais ou bilaterais, ou, ainda, plurilaterais.

Em razão, ainda, do critério de número de partes, tem-se que a importância ganha maior relevo quanto à formação do negócio, dada a diversidade de hipóteses possíveis com pluralidade de sujeitos, pois cada hipótese será distinta e, logicamente, implicará diferença de regime jurídico.

Situações fáticas possíveis aclaram o supra-exposto, que pode parecer confuso.

Quando ocorre a renúncia de co-proprietários (condôminos) à coisa comum, não temos um negócio unilateral, no sentido de emissão de uma vontade coletiva, única, porque cada um é uma parte, e pratica negócio de disposição do que é seu, do que é próprio, com o que temos vários negócios unilaterais, ainda que expressos em um único instrumento. São negócios coligados. A unidade documental não altera a realidade jurídica da independência das vontades expressadas pelas partes.

Já a declaração da assembléia de uma sociedade ao aprovar unanimemente a eleição de diretor não deixa de ser, no plano interno, uma multiplicidade de manifestações individuais, mas, no plano externo, tem-se unilateralidade, uma vez que, se é verdade que as vontades declaradas provêm de diversas pessoas, também é verdade que tal manifestação exteriorizada é comum a todas elas, não se podendo, portanto, classificar o negócio de bi, ou plurilateral, ainda que no âmbito interno se possa dizer que não é ato individual, e sim ato coletivo, ou coligado.

Fundamental, nesse tipo de classificação, é que se identifique se a vontade emanada no negócio provém de uma ou de mais partes, se no mesmo sentido, ou se ato próprio, independentemente de se considerar se a coisa ou bem objeto do negócio é indivisível, ou não.

Nos negócios jurídicos com nascimento de obrigações bilaterais, identificamos o consenso, ou seja, o ponto de coincidência dos interesses contrapostos das partes, que nos fornecerá o conteúdo normativo que irá reger as obrigações das partes, bem como sobre sua eventual inadimplência. Não se está, portanto, usando da mesma classificação que se usou relativamente à assembléia; por isso que as disposições legais aplicáveis também não serão as mesmas, uma vez que, sendo a manifestação volitiva só em uma direção, não se

terá interesses conflitantes, mas no mesmo sentido.

Em razão do uso equívoco é que se repete que, quanto à direção das vontades, não se está atentando para as obrigações respectivas.

No exame das obrigações, o sentido de unilateral ou plurilateral decorre de que já nasceu o negócio e estamos falando de sua eficácia, ou seja, dos efeitos decorrentes do negócio previamente nascido.

Infelizmente a equivoicidade não termina aí, pois surgem problemas quando se fala de declaração unilateral, porque se está pensando na emissão por uma parte, ainda quando tal emissão possa ser classificada como receptícia, como na hipótese de revogação de procuração, ou de não receptícia, como no testamento.

No testamento dir-se-á que temos uma vontade unilateral não receptícia porque, quando da emanção pelo testador, ele está vivo, e só quando de sua morte é que se poderá dar eficácia à mesma, ou seja, não há concomitância entre as vontades, a declarada do testador e a que virá a ser declarada pelo testamenteiro.

*Quanto à causa*, que ambos os autores admitem como critério de classificação, constatamos divergência desde o conceito de causa, até a sua tipificação. Enquanto para Ferrara a causa está ligada à onerosidade ou gratuidade, na visão de José de Abreu os negócios serão divididos em causais ou materiais, e em típicos e atípicos, estes subdivididos em atípicos *stricto sensu* e mistos.

*Quanto à forma*, Ferrara restringe-os a solenes e não solenes; já José de Abreu refere a negócios formais, não formais e solenes.

Esta última classificação está mais próxima da tradição do Direito brasileiro, porque quando se exige a forma escrita, somente temos uma formalidade, mas não obrigatoriamente a solenidade, que se dá com a intervenção de uma autoridade pública, como é próprio de uma escritura pública, e dos demais atos praticados com fórmulas sacramentais.

*Quanto aos efeitos*, Ferrara classifica os negócios em dispositivos e obrigatórios, enquanto José de Abreu os classifica em negócios de disposição, subdivididos em aquisitivos, modificativos e extintivos, e em negócios declaratórios.

Como vemos, substancialmente a classificação diverge na segunda espécie. Há que se lembrar, porém, que, no sistema europeu das obrigações, muitas vezes somos surpreendidos pelo fato de às obrigações de dar não se ter em seguida a tradição da coisa, por já se admitir transmitida a posse e a propriedade da coisa pela simples assunção da obrigação, como disposto no Código Napoleônico e adotado no Código Civil italiano. Assim, não é de estranhar a classificação de Ferrara divergir da de José de Abreu, posto que formuladas em face de direitos positivos distintos.

Diferentemente de Carioti Ferrara, que classifica os negócios jurídicos *quanto à relatividade causal do evento morte*, José de Abreu oferece classificação *quanto ao tempo de produtividade de efeitos*, a qual se refere à vida.

Conclui-se, portanto, que ambos referem o critério à existência da vida, ou sua cessação, classificação tradicional: *inter vivos* e *causa mortis* (entre vivos e por causa da morte).

*Quanto ao vínculo* com outros negócios, há correspondência parcial de classificação, uma vez que “quanto ao conteúdo” José de Abreu faz a tripartição em simples, complexos e ligados. Já Ferrara os classifica e subdivide em principais e acessórios, para só depois referir aos negócios ligados etc.

Cabe lembrar que o mesmo negócio pode ser objeto de classificação em mais de uma categoria, mesmo porque não são elas incompatíveis entre si, *a priori*. Assim, um negócio de compra e venda é um negócio bilateral, mas também é oneroso, e, conforme o objeto da compra e venda, poderá ser solene; é dispositivo, e se ligado a outro, como o de garantia hipotecária, será principal em relação ao acessório.

José de Abreu classifica os negócios jurídicos, também, quanto à causa de atribuição patrimonial, em gratuitos e onerosos, e estes últimos subdivididos em comutativos e aleatórios.

Devemos salientar, em lou ao autor nacional, que ele os classifica, ainda quanto ao conteúdo, em patrimoniais, subdivididos em reais e obrigacionais, e em *extrapatrimoniais*, o que demonstra avanço, pois era uma tradição, defendida ainda hoje por muitos autores que merecem respeito, reduzir o papel do negócio jurídico só ao plano patrimonial.

Cumpre destacar, ainda uma vez, que a importância da classificação está no estabelecimento do regime jurídico aplicável à espécie, ou seja, que a classificação decorre da ciência do Direito visando a melhor aplicação concreta das disposições legais, que são abstratas e genéricas. Identificando o fenômeno o intérprete tem maior facilidade de constatar a norma aplicável.

***Limites do negócio jurídico na Constituição Federal de 1988 — a visão moderna do instituto.*** Como sabemos, a autonomia privada tem tratamento mais extenso no campo do negócio jurídico.

Desde a clássica obra de Luigi Ferri sobre o tema “autonomia privada” muito se tem escrito, sobretudo no âmbito das relações jurídicas de cunho patrimonial e mais particularmente no do negócio jurídico, que, como já salientamos, teve em Emilio Betti um dos maiores tratadistas.

A visão moderna do negócio jurídico tem trazido contribuições valiosíssimas para o desenvolvimento teórico e conseqüente influência nas legislações.

Com o novo Código Civil tem-se pela primeira vez, no direito positivo do Brasil, a sistematização do negócio jurídico, fenômeno que encontrará inúmeras barreiras na doutrina, principalmente a apegada à teoria da vontade, e pela falta de interesse pelo instituto, que ficou praticamente restrito a alguns poucos manuais e cursos.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor começou-se a falar em inexistência de campo para a autonomia privada e a superação do estudo civilístico.

O erro de tal visão é crasso, tanto quanto o de alguns tradicionalistas que jamais admitiram a valiosa contribuição do novo instrumento legislativo no campo específico, já que acabou incorporando instrumento previsto quando o atual Código era tão-somente um projeto.

A mudança de filosofia política, em todo o mundo, com o aumento brutal das relações negociais, permitiu avanços e recuos na intervenção do Estado, com afetação do âmbito da autonomia da vontade, que indevidamente vem sendo confundida, pelos afoitos e descuidados, com autonomia privada.

Usualmente alude-se aos negócios jurídicos tão-só do ponto de vista obrigacional, ou especificamente envolvendo o direito patrimonial, como se estivessem limitados a esta esfera. Contudo, segundo a visão moderna do instituto, a qual, aliás, temos defendido em Cadeira específica do tema, os negócios jurídicos não se limitam a esses campos, permitindo outras formas que podem importar em tratamentos diferenciados pelo ordenamento jurídico, manifestando-se também nos direitos da personalidade, privacidade, direito de família etc.

Cumpra salientar que, mesmo com o atual tratamento legislativo do instituto no Código Civil, ele encontra suas limitações e diretrizes na Constituição Federal, sendo que o papel da doutrina moderna é estabelecer a ponte entre tais limitações com a nova idéia de um Direito Civil à luz da Constituição, sem abandonar, como muitos defendem, o ideal privatístico do instituto.

Nesse sentido diversos trabalhos publicados em nossos *Cadernos de direito civil constitucional*, como, no caderno um, os de Miguel Horvath Júnior, Joelma Ticianelli, Giovanni Ettore Nanni; no caderno dois, os de Giovanni Ettore Nanni, Rodrigo Porto Lauand, Rosângelo Rodrigues de Miranda e Rubens Berti; e no caderno três, a ser lançado em breve, os de Paulo Marcelo W. Raposo, de Eid Badr e de Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

No plano internacional, mais especificamente na literatura italiana, após o pioneiro Pietro Barcelona, com seu *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, temos como obras específicas as de Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*; de Giuseppe Grisi, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*; de Giovanni B. Ferri e Carlo Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*; e de Franco Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*.

***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.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 82. *A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 1.325; Código paraguaio, art. 277.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1996. CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopêdia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva,

**COMENTÁRIOS:** Uma das obras primeiras do moderno e contemporâneo professor titular da USP Antônio Junqueira de Azevedo é *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, recentemente reeditada. Essa *tripartição* já é clássica no Brasil, onde teve como precursor Pontes de Miranda, devendo-se observar que é amplamente desenvolvida na Teoria Geral do Direito por Hans Kelsen, já na sua *Teoria pura do direito*.

Na elaboração do Projeto do Código Civil, o Professor Moreira Alves preferiu ficar com a colocação *bipartida*, ou seja, deixando de tratar explicitamente da *existência*, argumentando que ao se legislar já se está no *plano da validade*, e, portanto, só se deve operar com os planos *da validade e da eficácia*. Tal colocação importa em presumir o campo da existência.

O *plano da existência* é o dos elementos, porque elemento é tudo o que entra na composição de alguma coisa, é cada parte integrante da essência de um todo.

O *plano da validade* é o dos requisitos *do negócio jurídico*, porque estes são condição necessária para a obtenção de certo objetivo, ou seja, para atingir certo fim.

O *plano da eficácia* é o das circunstâncias, entendidas estas como as situações, estado ou condição das coisas, ou das pessoas, em um momento determinado.

Essas observações de forma preliminar são necessárias em razão de a doutrina utilizar as denominações de forma equivocada, ou seja, com significação diversa. Assim, poderemos encontrar textos em que há referência a requisitos que aqui colocamos como elementos etc. Sem suscitar polêmica quanto ao uso, preferimos desde logo identificar o significado para não confundir o leitor.

Para o estudo do *negócio jurídico* há uma proposta de se utilizar o método de exclusão, ou seja, verificar progressivamente se o negócio é *existente*, depois, se é *válido*, e, finalmente, se é *eficaz*. Porque se não for *existente*, não será nem *válido* nem *eficaz*. Já se não for *válido*, não deverá ser *eficaz*, e se não for *eficaz*, não deverá merecer a atenção do operador do Direito.

Tal método vai contrapondo o existente ao inexistente; ao válido se contrapõe o inválido, importando salientar que o inválido pode ser nulo, ou anulável; e ao eficaz se contrapõe o ineficaz. Tais observações restarão mais claras quando discutirmos a invalidade do negócio jurídico, no Capítulo V deste Título.

Reitere-se que na análise do Código iremos trabalhar só com dois planos, o da *validade* e o da *eficácia*, como proposto pela comissão que elaborou o Projeto do Código Civil, o que restou aprovado no texto legal.

Antes de ir mais adiante devemos salientar que podem existir negócios

que são denominados *parentes*, mas que não devemos considerar em verdade como *negócios jurídicos*, exatamente por faltar-lhes um elemento, embora dêem a impressão de existentes. Por exemplo: muito se vê e ouve na mídia, particularmente a televisiva, sobre o “casamento entre pessoas homossexuais”, como se fosse um negócio jurídico. Fica parecendo que se está realmente diante de casamento de duas pessoas, mas juridicamente não há casamento, porque não se está diante de pessoas com diversidade de sexo, o que está posto como elemento de existência pela Constituição Federal.

A referência ao casamento existente, como o decorrente da diversidade de sexos, vem de Zachariae, e ficou consagrado no campo do Direito de Família como exemplo de casamento inexistente o de pessoas do mesmo sexo, sem se cogitar nem de validade nem de eficácia.

Já referimos que os elementos é que caracterizam a existência, porque são necessários, imprescindíveis para a vida do negócio jurídico. Parte da doutrina divide os elementos em: *gerais, categoriais e particulares*.

Adotaremos tal divisão e a desenvolveremos com base em texto constante de outra obra em vias de edição.

“Os *gerais* são ditos os comuns a todos os tipos de negócios; os *categoriais* são os próprios a cada tipo de negócio, permitindo a tipificação básica; e os *particulares* são os que se encontram em um específico negócio, não é nem comum nem tipificador de gênero.

De tal divisão tem-se que os *elementos gerais* podem ser divididos em *intrínsecos* ou *constitutivos* e em *extrínsecos* ou *antecedentes*.

*Os intrínsecos*, ou constitutivos, são: *a forma da declaração; o objeto e as circunstâncias negociais*.

*Os extrínsecos*, ou antecedentes, são: *o agente, o lugar e o tempo*.

Todos eles de per si são essenciais, de tal sorte que se faltar um deles não teremos negócio jurídico.”

Aqui já temos uma primeira perplexidade, em face do texto em exame, quando se refere ao agente?

Evidentemente que não, porque no texto do artigo temos a referência a agente devidamente qualificado, ou seja, com o requisito de ser capaz, justamente a razão de o dispositivo enfatizar o verbo “requer”.

Quanto ao *agente capaz*, tem-se que a capacidade natural é sempre presente, mas no âmbito dos negócios a capacidade jurídica ganha maior relevo, pois, conforme o tipo de negócio, poderá a lei exigir uma capacidade específica.

Autor de um curso muito respeitado (*Curso de direito civil*), Serpa Lopes sugere que se adote a posição desenvolvida por Cariota Ferrara, com base em Carnelutti, e na esteira de Betti, relativa à *legitimação*, pela qual a denominada capacidade teria efetivamente uma relação com a *legitimação*, pois esta pode ser definida como: “...uma particular relação do sujeito com o objeto do negócio ou de outro ato jurídico”, enquanto a capacidade “não exprime uma particular relação, mas tão-somente uma particular atitude do sujeito. E exemplifica como

casos de legitimação o fato de uma sociedade anônima não poder adquirir suas próprias ações, a despeito de ter capacidade jurídica e capacidade de exercício; um tutor, pessoa capaz, mas, nada obstante, não lhe é possível adquirir bens ou direitos do menor sob sua tutela...” (p. 307)

Na esteira de tal colocação quanto aos *negócios jurídicos* por vezes teremos hipóteses de ilegitimidade, a par de outras de incapacidade.

Quanto ao *objeto* cumpre lembrar que, por força do inciso II, a licitude do objeto é inafastável, visto ter de ser possível e determinado, ou determinável.

À evidência o objeto tem de ser lícito, pois não se pode pensar em juridicidade negocial com base no ilícito. Não é que o ilícito não provoque efeitos no mundo do Direito; logicamente que sim, mas não são os efeitos desejados pelo agente. No mundo do negócio jurídico temos a autonomia da vontade exatamente voltada para a produção concreta de novas hipóteses de incidência, logo, previsões normativas, não a aplicação de sanções pela violação. Eventuais sanções civis previstas em atividade negocial serão para dar garantia à execução dos mandamentos, não os mandamentos em si.

Tanto quanto a ordem do assaltante a mão armada tem a configuração de uma norma dotada de sanção, mas não é norma jurídica, pois não integrável no sistema, incompatível com o ordenamento jurídico diante da contrariedade aos princípios e ausência de competência, quer para a edição da norma, quer para a aplicação da sanção, temos que negócios articulados para atividades ilícitas terão também aparência de negócios jurídicos, mas não o serão por só se compadecer com o regime jurídico o que for conforme ao sistema, subsumível ao ordenamento.

Quanto à possibilidade, temos, também, uma conclusão lógica, pois se o negócio decorre da autonomia privada, portanto da liberdade, não se pode admitir que se crie uma relação jurídica da qual uma das partes não possa sair, à qual fique presa por não ser possível alcançar seu cumprimento. A impossibilidade a que nos referimos é tanto a jurídica como a fática.

Cumpra observar que muitos exemplos do antigo Direito Romano, que continuaram sendo repetidos em manuais, não servem mais ao mundo moderno e contemporâneo, pois a evolução da ciência e da técnica superou impossibilidades físicas, como as do homem tocar a lua com a mão, andar nela etc.

Implica não só que os comportamentos que devam ser desenvolvidos hão de ser conforme a lei, como que seja física e juridicamente possível tal desenvolvimento.

O fato é que o objeto sendo impossível, não pode haver relação jurídica, pois tudo o que se faz no mundo do Direito é para alcançar concreção, ou seja, para poder ser executado tanto no mundo fenomênico quanto no mundo jurídico. Não há que se confundir a possibilidade de o Direito criar suas próprias realidades com a impossibilidade do objeto, pois o Direito cria, enquanto abstração, “realidades” que podem ser incompatíveis com as do mundo fático, mas o objeto negocial é para ser executado por um sujeito de direito, portanto, um comportamento humano, daí ter de ser possível de ser executado

faticamente.

Essa impossibilidade pode ser *absoluta* ou *relativa*, como teremos oportunidade de verificar na análise do art. 106.

Por fim o objeto deve ser determinado ou determinável, porque isso se liga à possibilidade, e evita que se onere excepcionalmente uma parte.

Sem o conhecimento prévio do objeto, ou da existência de critérios que permitam a sua avaliação concreta, ninguém poderá conscientemente se obrigar. A determinabilidade é condição de existência de obrigação, pois não pode haver vínculo entre sujeitos que não permita avaliação e aferição de sua possibilidade, sob pena de se estabelecer uma relação em que o devedor não tem condições de dimensionar suas responsabilidades, com o que sua liberdade fica comprometida.

Quanto à *forma*, é a maneira pela qual se exterioriza a vontade, quer pelos signos verbais ou escritos, quer por gestos, comportamentos e até mesmo o silêncio. O que importa é que a forma não deve estar proibida, vedada por lei, como se vê do art. 104, III. Pois tem-se que em princípio é livre, exceto previsão legal de caráter absoluto, como veremos nos comentários aos arts. 107 e 108.

Há que se falar na forma da declaração, porque, como previamente referimos, não basta que haja vontade, é preciso que o sujeito de direito torne sua vontade cognoscível objetivamente, melhor, que seja conhecida pelos destinatários, para que possa produzir efeitos.

A declaração da vontade é fruto de um processo de formação que se inicia no íntimo das pessoas, até que, dada por estruturada intimamente, é emitida, exteriorizada. Deve, pois, corresponder ao que efetivamente se deseja, deve ser uma vontade consciente. Há, ainda, que se atentar para a liberdade da formação da vontade, ou seja, que o procedimento todo seja decorrente de livre manifestação do pensamento individual, uma manifestação não viciada.

Mas, no âmbito do Direito contemporâneo, há um elemento que deve sempre estar presente: a boa-fé. A boa-fé há que reger o mundo do negócio jurídico. Portanto, desde o início da formação da vontade, é necessário que a boa-fé esteja presente, que se mantenha na seqüência, ou seja, mesmo depois de emitidas a declaração e a recepção, e permaneça até depois da execução do próprio negócio. A boa-fé aqui referida é a que se denomina boa-fé objetiva.

Ainda que não elencado como requisito, é evidente que, como tudo que ocorre no mundo do Direito, o negócio vai se dar dentro de um tempo, e, no tocante ao *tempo*, observa-se que nada ocorre no mundo dos fatos sem que seja num momento determinável, daí que o nascimento do fato gerador, previsto na hipótese de incidência, ocorre num momento determinado, o que ensejará a produção dos efeitos jurídicos dispostos na norma, que deverão ser subsequentes.

***Art. 105. A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 83. *A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código paraguaio, art. 278.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1996. CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

**COMENTÁRIOS:** Como dissemos em relação ao art. 3º, o ordenamento, ao dispor sobre a incapacidade, cria um sistema jurídico para proteger os que tipificam as hipóteses elencadas em lei (menor potencial intelectual, doenças crônicas, imaturidade etc.), protegendo-os como pessoa, dotada ou não de patrimônio, contra a maior experiência e ardilosidade dos que praticam negócios,

afora a proteção contra a má-fe, que é geral.

Em negócios bilaterais, a proteção legal, portanto, é ao próprio incapaz, com o que a pessoa capaz, diante da incapacidade alheia, não pode suscitar a invalidade, sob esse fundamento, em seu próprio benefício, uma vez que é de presumir que devia saber, desde logo, com quem tratava a celebração do negócio.

A formulação do dispositivo é de redação mais bem elaborada que a do texto anterior. Assim, agora ficou claro que se a *obrigação* for indivisível, mesmo que as demais partes sejam capazes na ordem civil, não será possível separar o interesse de uma parte do da outra, o que faz o vício da incapacidade estender-se a toda a obrigação, quando então todo o negócio deverá ser anulado. Em suma: a rescisão por incapacidade não aproveita aos co-interessados capazes, exceto no caso de ser indivisível o objeto do direito, isto é, a obrigação estipulada.

O presente artigo conecta-se ao art. 181, como se verá adiante.

**Art. 106.** *A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*;

parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

**COMENTÁRIOS:** Vimos no art. 104, II, que um dos elementos intrínsecos do negócio jurídico é o seu objeto. E, ainda, ponderamos que em todo negócio jurídico o seu *objeto* há que ser lícito, possível e determinado, ou determinável.

Observamos, de forma meramente introdutória, que se tem uma subdivisão importante quanto à impossibilidade do objeto: a *absoluta* ou a *relativa*.

*Impossibilidade absoluta do objeto* ocorre quando a ninguém é dado o cumprimento da obrigação, portanto ninguém pode entregar o prometido ou satisfazer a prestação assumida, porque desumano e absurdo.

Já a *impossibilidade relativa do objeto* existe só em relação ao sujeito, à pessoa a quem incumbe cumprir a prestação pactuada, mas não é impossível para outras.

O Código acertadamente dispõe que somente a *impossibilidade absoluta do objeto invalida o negócio* (art. 166, II), não a impossibilidade relativa, que representa tão-só a mudança qualitativa do conteúdo da obrigação, e não de sua essência.

Na impossibilidade absoluta do objeto, o impedimento é invencível, enquanto na relativa traduz apenas mera dificuldade no efetuar a prestação, podendo ser afastado por via de maiores esforços, de sacrifícios ou de diligência superior.

Muitas vezes o objeto da relação jurídica não está imediatamente à disposição das partes. Ele pode ser tão-somente determinável, dependendo da escolha de uma das partes, ou ainda subordinado à realização de condição pactuada.

Salientamos que o objeto há de ser possível, para a própria validade do negócio jurídico, uma vez que não se pode admitir que se crie uma relação jurídica da qual uma das partes não possa sair por ato próprio, à qual fique presa por não ser possível alcançar seu cumprimento.

Isso não impede que o Direito admita negócios jurídicos sem que o objeto tenha existência prévia ou possibilidade imediata, porque nos casos de impossibilidade relativa do objeto, pode haver a cessação dela no curso do tempo. Mas, para alcançar essa validade, tal cessação deverá ocorrer antes da condição a que ele estiver subordinado, porque este é o limite temporal para a validade, uma vez que, ocorrida a condição, o negócio será válido, ou não, se mantida a impossibilidade.

O que temos nesse dispositivo do Código não é hipótese de convalidação

de negócio, que é questão diversa. Na convalidação temos hipótese de negócios sujeitos a aprovação de outra pessoa.

Uma hipótese clara de convalidação ter-se-á quando o relativamente capaz celebra o negócio sem assistência, e em momento posterior tal aprovação ao negócio é dada pelo seu curador, ou, ainda, nas hipóteses de negócio feito por quem é meramente gestor, e convalidado pela ratificação, cujos efeitos sanatórios são retroativos.

**Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 129. *A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 219<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985; *Tratado práctico y crítico de derecho civil*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971. v. 10. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s. d. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978; *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MOTTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento*

*concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1971. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VARRONE, Claudio. *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1959.

**COMENTÁRIOS:** A declaração de vontade é uma manifestação consciente de vontade, emitida por um sujeito de direito, que a *declara* perante um destinatário certo, ou perante uma coletividade presente, ou, ainda, perante destinatário certo ou coletividade ausentes, mas alcançáveis por meio desta, com a qual se objetiva atingir determinado efeito jurídico. Portanto, não basta ter a vontade, é necessário que esta deixe de ser uma questão subjetiva, que venha a ser *declarada* objetivamente e possa ser recebida e reconhecida por terceiros como pretensão de efeitos jurídicos.

Quando manifestamos a um comerciante, por exemplo, a intenção de compra de um móvel, que por ele está exposto na vitrine, temos que já havia um convite dele à coletividade quanto aos artigos expostos à venda na vitrine e nas dependências da loja, para que quem quiser compre, nas condições por ele oferecidas: de preço, forma de pagamento, forma de entrega etc. Existia, portanto, uma vontade declarada, mas não a pessoa determinada, e, sim, à coletividade, composta de sujeitos que, até o momento em que tomam conhecimento, recebem a proposta, eram indeterminados. A declaração de vontade é consequência da tomada de conhecimento da proposta do comerciante, é manifestação de concordância, ou de contraproposta; não é proposta original.

Diferentemente irá ocorrer quando a declaração é feita a pessoa certa e de maneira direta. Assim, quando, atraídos por um imóvel, procuramos diretamente o proprietário e fazemos uma proposta de compra, estamos diante de uma declaração a sujeito determinado.

Podemos, ainda, ter situações mais complexas, como as de *invitatio ad offerendum*, em que alguém, geralmente uma pessoa jurídica, dirige abertamente a todos um convite para que, em conhecendo dos termos de sua convocação geral, venham a fazer-lhe propostas concretas de contratação. O convite público ainda não é juridicamente uma proposta, mas condições dentro das quais quem se sentir atraído deverá ofertar concretamente sua proposta, que, depois de

examinada e avaliada, poderá vir a ser aceita, ou não. Exemplo comum desse tipo de contratação temos nas concorrências, licitações, concursos, leilões etc.

A *declaração de vontade* de estabelecer relação comercial é algo significativo para o mundo do Direito, pois revela o propósito efetivo de criar uma nova relação jurídica, à qual o proponente também ficará vinculado.

Federico de Castro y Bravo, no *Tratado práctico y crítico de derecho civil*, editado pelo Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, v. 10 — “El negocio jurídico”, reeditado pela Civitas em 1985, diz (p. 56) que o estudo da declaração da vontade dominou tiranicamente a doutrina do negócio jurídico. Mas lembra que, sendo o negócio jurídico um instrumento da liberdade humana, tem raiz na vontade (*quod radix libertatis est voluntas*). Esclarece, porém, que não há que confundir e querer reduzir à declaração de vontade o negócio jurídico.

Ao analisar a declaração de vontade fá-lo primeiro do ponto de vista da vontade, para depois distinguir a vontade da declaração. A *vis cognoscitiva: nihil volitum nisi praecognitum* (força do conhecimento: nenhuma vontade sem prévio conhecimento), e a *vis appetitiva* (força do apetite): desejo.

Parte-se do conhecimento, ou seja, há que se ter consciência do que se quer para, em seguida, passar-se ao juízo quanto às possibilidades e fins para chegar à decisão, pois para que a vontade tenha significação jurídica há que ser manifestada a decisão.

Portanto, como já referimos anteriormente, há todo um processamento de formação de vontade, até que se chegue mais do que à decisão, para que se chegue à declaração.

Isso não implica que a vontade seja manifestada de forma oral ou escrita, ou mediante mímica, podendo vir a sê-lo pelo só comportamento expressivo de uma vontade de estabelecimento de relações comerciais.

A declaração é uma manifestação de vontade em prol da validade do novo negócio jurídico, mesmo quando veiculada por um ato de comunicação social, visto que o que se pretende é estabelecer uma nova norma que incidirá sobre os próprios emitentes. Não se reduz, pois, a um ato de *comunicação*, mas é também um ato de *realização*, como refere Larenz (*Derecho civil*; parte general, p. 450).

Refere o grande mestre alemão que a declaração traz em si a *responsabilidade do declarante* perante o receptor. Porque, como explica Betti, faz nascer a *confiança*.

A colocação de Emilio Betti parte da auto-responsabilidade e conclui que existirá responsabilidade só se a pessoa tiver consciência da transcendência social de sua própria atitude e assim puder conhecer a significação objetiva que se lhe atribui no âmbito social em que atua.

Do exame dos confrontos doutrinários e da análise da estrutura do negócio jurídico pode-se chegar a admitir a declaração como preceito.

Podemos, agora, entender por que não há requisito de forma em geral,

mas só nos casos em que existir prévia exigência legal.

Forma e conteúdo da declaração são conceitos que precisam ser distinguidos para a boa aplicação do dispositivo em exame.

*Forma*, para Betti, é a maneira como o negócio é feito, isto é, como ele se apresenta em face dos outros, na vida de relação, enfim, é a sua figura exterior.

*Conteúdo* é aquilo que o negócio é, ou seja, intrinsecamente considerado, na versão do autor, a sua *fattispecie* interior, que assim é ao mesmo tempo fórmula e idéia, palavra e significado.

A classificação corrente dos negócios em “formais” e “não formais” não deve levar ao erro de se pensar que possa existir negócio sem qualquer forma, o que poderá encaminhar a uma errônea interpretação do presente artigo. É mister haver uma apresentação em face dos outros reconhecível.

A classificação em *formais* e *informais* leva em conta ter o direito prescrito o modo, ou ter deixado à livre escolha das partes os meios mais adequados para o reconhecimento pelos terceiros.

Assim, pode-se concluir, com o autor em referência, que *forma* não é mais do que a possibilidade objetiva de reconhecer a conduta, dentro do ambiente social em que se produziu — ainda que o autor da conduta disso não tenha consciência. É ter tomado determinada posição em relação aos interesses em jogo; ao passo que a manifestação é qualquer coisa mais, porque exige, conceitualmente, da parte do seu autor, uma orientação, mais ou menos consciente, equivalendo à declaração.

Logo, a *forma* pode ser uma declaração ou um comportamento.

Já a *declaração* é uma saída do pensamento do íntimo de cada um, para se tornar expressão objetiva, dotada de vida própria. É um ato que se dirige, necessariamente, a outros. Portanto, é inconcebível declaração sem destinatário.

O que ocorre é que o destinatário poderá tanto ser determinado e infungível como indeterminado e fungível.

O conhecimento da declaração poderá ser imediato ou diferido. Numa conversa pessoal temos conhecimento imediato, tanto quanto ao telefone, ou até mesmo via Internet, numa relação de *chat*, isto é, de bate-papo, enquanto o conhecimento diferido pode ocorrer através de correios ineficientes, tanto quanto no mais clássico dos exemplos, que é o da garrafa com mensagem colocada ao mar, que implica incerteza no que concerne à recepção, ou não, da mensagem, recepção que, se ocorrer, será bem depois de sua elaboração pelo remetente. É claro que se não houver conhecimento oportuno, não haverá possibilidade de negócio, pois não terá ocorrido a comunicação da declaração ensejando a outra, necessária e oportuna manifestação para a concretização do negócio.

É cediço que o Direito visa proteger valores sociais, podendo utilizar-se da técnica de criar formalidades que ensejem não só maior facilidade de conhecimento a todos, como formas de intervenção de agentes públicos, para conferir as vontades, nos atos, como para dar a chancela ao negócio, quando se vai além da forma para a solenidade.

Por isso é que se começa falando de liberdade de forma, porque a exceção é a formalidade, e exceção mais estrita, a solenidade.

Formalidade implica prévia fixação do meio a ser utilizado, mas não implica necessariamente *solenidade*. Esta decorre não só de previsão legal, como de necessária intervenção de autoridade pública na celebração do negócio.

Evidenciando a liberdade de forma e meios de comunicação da vontade negocial por comportamentos, tem-se na obra de Paulo da Motta Pinto (*Declaração tácita e comportamento concludente na teoria do negócio jurídico*) magnífica pesquisa e aprofundamento teórico.

**Art. 108.** *Não dispendo 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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:*

(...)

*II - nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinqüenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.350; Código do Paraguai, art. 303.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. ORLANDI, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*

**COMENTÁRIOS:** O Código conjuga dois requisitos para a exigência da escritura pública: que seja um negócio que importe a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, e que tal negócio seja de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, como condicionantes da validade do negócio.

Aqui a exigência não é só de forma, mas também de solenidade, posto que a escritura pública é lavrada perante tabelião.

Enquanto a escritura pública não for lavrada, o ato não negocial não poderá produzir os efeitos jurídicos desejados pelas partes, pois, nesses negócios, a *forma* é da sua essência.

Clóvis dizia, em relação ao texto anterior: “tal exigência, sendo da substância do ato, equivale a dizer que sem isso, não poderá existir” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 424), o que não corresponde exatamente à colocação doutrinária contemporânea, que não vê inexistência, mas falta de validade. Sem a forma imposta pela lei o negócio não produz os efeitos desejados, já que não poderá ser o documento produzido particularmente objeto do devido registro.

Impõe-se observar, ainda, que nos negócios relativos a imóveis, cujo valor seja inferior ao limite legal, poder-se-á utilizar a forma de escrito particular. Tais negócios serão válidos e por se revestirem de forma permitida, poderão alcançar registro.

Assim se vê dos incisos I e II do art. 221 da Lei n. 6.015/73.

Para tal fim, que na verdade é o que dará o caráter de direito real ao negócio, isto é, a publicidade, há um complemento formal, intrinsecamente ligado ao princípio da especialidade que rege os direitos reais, que é a exigência da consignação da matrícula ou registro anterior, seu número e cartório, conforme os arts. 222 e 223 da Lei n. 6.015/73.

Ainda no tocante ao valor é de observar que o Código de 1916 já dispunha, com a modificação introduzida pela Lei n. 7.104/83, quanto à exigência da escritura pública para os mesmos negócios, fazendo, contudo, referência a unidade monetária ultrapassada (OTNs). Agora, para evitar discrepâncias maiores, adotou o novo Código o *salário mínimo*, o que importará, sem qualquer dúvida, maior estabilidade de previsão legislativa, porque sua existência, como referência, não pode ser efêmera, dada a previsão constitucional do art. 7º, IV. Não se fale de impedimento do uso do salário pela vedação da vinculação prevista no final do dispositivo constitucional, uma vez que aqui não fica ao alvedrio da autonomia privada, sendo previsão legal para fins de validade de título jurídico.

Inúmeros negócios relativos a imóveis já se referiam, e continuarão validamente a fazê-lo, às escrituras particulares para a sua celebração, qualquer

que seja o valor do imóvel:

— contratos de que forem partes o Banco Nacional da Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro da Habitação ( Lei n. 4.380/64);

— os compromissos de compra e venda, cessões de compromissos de compra e venda e promessa de cessão de direitos relativos a imóveis, loteados ou não, urbanos ou rurais (Dec. n. 58/37);

— todos os atos relativos a cédula hipotecária (Dec. n. 70/66);

— contratos de venda e compra de imóvel com alienação fiduciária (Lei n. 9.514/97), entre outros.

**Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 133. *No contrato celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 222<sup>o</sup>; Código da Itália, art. 1.352.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERRI, Giovanni B. e ANGELICI, Carlo. *Studi sull'autonomia dei privati*. Torino: UTET, 1997 (v. “documentazione e documento”). GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. IRTI, Natalino. *Norme e fatti*. Milano: Giuffrè, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “documentazione e documento”), v. 13.

**COMENTÁRIOS:** A referência explícita a instrumento público faz necessária a precisão do termo.

Mario Talamanca, nos verbetes “documentazione e documento”, na *Enciclopedia del Diritto* (v. 13), diz que no período pós-clássico se introduziu uma tendência desconhecida na época clássica quanto ao afirmar-se o caráter constitutivo do documento e da sua particular eficácia probatória, passando-se a distinguir os tipos de documentos e a estabelecer normas legislativas sobre a confecção deles. Foi então que se contrapôs o documento privado ao público. A contraposição ganhou força no Direito justiniano, em que o documento “tabeliônico”, como *instrumentum publicum confectum*, contrapõe-se ao *instrumentum privatum* em sentido estrito. O instrumento público era tabeliônico, e refletia *completio* e *absolutio*. A *completio*, por obra do tabelião, e a *absolutio*, por obra das partes, do Direito oriental; nos últimos tempos acabou consolidada como atos do tabelião, que, então, assumia a responsabilidade pela exatidão do documento, antes que as partes o fizessem.

Giovanni B. Ferri e Carlo Angelici (*Studi sull'autonomia dei privati*), ao tratar de “documentazione e documento”, lembram que quando a norma coloca a forma como de valor substancial, como no caso do artigo em exame, pode ser comparada ao exame da paternidade, ou seja, quem deu origem ao documento, cabendo acrescer a observação de Natalino Irti (*Norme e fatti*, capítulo referente ao “conceito jurídico do documento”), que diz que a qualificação do documento sempre se dá em função de um problema histórico; os documentos não são documentos em si e por si, mas “documenti di una data indagine”, que se pode entender como documentos de um momento investigado.

Daí poder-se definir instrumento público como todo documento lavrado por oficial público com capacidade de atestar, segundo suas atribuições, observadas as fórmulas legais. Não é somente a escritura lavrada por tabelião em seus livros de notas que deve ser considerada instrumento público; também devem assim ser considerados: *os atos judiciais, as certidões retiradas dos autos com a fê dos escrivães, os documentos retirados de arquivos públicos, os protestos de letras, os atos passados em países estrangeiros devidamente autenticados e legalizados pelos consulados brasileiros, as certidões extraídas dos livros das repartições fiscais, dos registros civis de nascimento, casamentos, óbitos, e outros fatos que o Código, em seu art. 9º, manda registrar ou que permite a averbação.*

O presente artigo evidencia que o *instrumento público* não é requisito de validade do negócio jurídico, ou seja, utilizando-nos da equívoca denominação legal, não é da “substância” do ato. Mas, e aqui se vê a força normativa do negócio, as partes podem estabelecer um requisito de validade específico, no caso concreto, por exemplo, exigir o instrumento público no negócio que deveria normalmente ser celebrado por instrumento particular.

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

*tinha conhecimento.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 116; Código Civil de Quebec, art. 1.451; Código Civil português, art. 244<sup>º</sup>; Código Civil russo, art. 170 (2).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Almedina, Coimbra: 1992. v. 1 e 2. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s. d. FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1997. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993. NERY JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v.

1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro comentado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3 e 4. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VARRONE, Claudio. *Ideologia e dogmática nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1959.

**COMENTÁRIOS:** Muito embora o Código de 1916 não tenha disposto sobre a reserva mental, Clóvis chegou a propor sua inclusão quando ofereceu seu projeto.

Outros projetos de Código, como o das Obrigações de Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato, de 1941, e o de Caio Mário da Silva Pereira, de 1964, intentaram introduzir no direito positivo o que já era do pleno domínio da doutrina, muito embora inexistisse trabalho monográfico até 1984, quando veio a público a obra de Nelson Nery Junior, *Vícios do ato jurídico e reserva mental*.

Na vigência do Código de 1916, a posição da doutrina clássica tinha um enfoque ligado à culpa, como se vê de Carvalho Santos, citando Espínola: “pouco importa que o declarante tenha manifestado a sua vontade sob reserva mental ou reticência, não ficará menos ligado aos efeitos jurídicos decorrentes da declaração”. E, citando Demogue, conclui que “a reserva mental não influi sobre a validade do contrato, por isso é que, em homenagem aos interesses da boa-fé de terceiros, embora a declaração não traduza a intenção, cai-se no domínio da responsabilidade, o que obriga é a declaração e, por isso mesmo, ainda que a intenção fosse outra, o declarante agiu com culpa, ficando obrigado a reparar o prejuízo que causou, consistindo a reparação, neste caso, em agir como se a vontade tivesse realmente existido” (*Código Civil brasileiro comentado*, p. 207).

Com visão contemporânea, Francisco Amaral entende que o sistema brasileiro adotou um critério em que avulta a preocupação com a confiança despertada no destinatário da declaração, com sua boa-fé, e com os usos do lugar da celebração do negócio.

O fato é que só agora, com o novo Código Civil, é que temos a disciplina legal do tema sobre a questão do tratamento do conflito entre a vontade real e a vontade declarada.

Como já referimos, importa que o emissor da vontade tenha consciência da declaração e do seu significado. Assim, certos comportamentos e expressões, se desconhecidos os significados específicos no local e momento em que praticados, não implicam responsabilidade, pois decorrerão não da falta de diligência. Se esta ocorrer, não se poderá excluir a imputação.

Para deixar claro, citamos exemplos marcantes dados por Larenz, em seu *Derecho civil*, parte general, como o caso da hasta de vinho de Tréveris, onde sinais corporais refletem lances, e se por acaso um estranho for ao local e saudar um conhecido, poderá ter a saudação tomada como lance. Diz o mestre que

nessa hipótese não havia condição de o forasteiro recém-chegado conhecer as circunstâncias, razão pela qual não se pode pretender vinculado a lance algum.

Segue exemplificando com o caso de uma assembléia com pedido de assinatura para subscrição do aumento de capital e também pedido de felicitações ao acionista que obteve uma láurea — se o acionista subscrever ambos os documentos, não poderá alegar que ignorava estar assumindo a subscrição, pois quem assina um documento tem condições de ler o seu conteúdo. É verdade que no âmbito das relações de consumo não se tem tal presunção, como se vê dos arts. 46 e 54.

Nelson Nery Junior diz que o que caracteriza a reserva mental é: “a) divergência entre a vontade e a declaração; b) intencionalidade desta mesma divergência”; daí propor a seguinte definição: “a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratório”.

O que se tem claro do dispositivo é que se havia o conhecimento do destinatário da declaração de que o intuito era enganá-lo, evidentemente não se tem negócio com reserva mental, cuja finalidade é enganar.

É de lembrar que o artigo sofreu proposta de emenda do Professor Clóvis do Couto e Silva, que pretendia dar o conceito de *não nulo* ao negócio realizado com reserva mental conhecida pelo declaratório, o que não prevaleceu.

Por essa razão Moreira Alves (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 102) diz:

“Da reserva mental trata o art. 108 (*está referindo ao projeto*), que tem por irrelevante, salvo se conhecida do destinatário, caso em que se configura hipótese de ausência de vontade, e, conseqüentemente, de inexistência do negócio jurídico”.

Nelson Nery Junior é no mesmo sentido, como se vê das p. 80 e 81 do seu *Vícios do ato jurídico e reserva mental*.

Fica evidente que a moderna visão da teoria do negócio jurídico prevaleceu, pois a confiança despertada pela vontade declarada implicou em responsabilidade, a par de se ter que não se prestigia os comportamentos que não se pautam pela boa-fé.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, arts. 217<sup>o</sup> e 218<sup>o</sup>; Código do Paraguai, art. 282.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CASTRO y BRAVO. Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978; *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PINTO, Paulo da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VARRONE, Claudio. *Ideologia e dogmática nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1959.

**COMENTÁRIOS:** É evidente que não pode haver negócio jurídico sem manifestação de vontade.

Não se deve, porém, confundir a ausência de manifestação de vontade com a conduta recognoscível, pois esta é aceita como expressão de vontade.

Para que o silêncio seja admitido como expressão de vontade, isto é, tenha significação reconhecida pelo Direito, tal reconhecimento há que estar conforme os costumes, práticas e acordos do local.

A eficácia do silêncio no negócio jurídico aqui referida é a positiva, que

pode ser posta em confronto com a eficácia preclusiva (sem condição temporal de praticar o ato) da inobservância de um ônus de iniciativa, especificado em lei, como na situação de revelia (situação do réu que não se defende) no processo, por exemplo, que pode até vir a ser considerado como confissão (reconhecimento do que foi alegado pela parte adversa). Nessa hipótese temos que a lei fixa uma situação de ônus que, se não for satisfeita, pode gerar uma situação incômoda para a parte no processo. É totalmente diversa da situação de quem recebe proposta e silencia, quando tem o dever de se manifestar sobre a aceitação, ou não, como previsto no art. 512 do Código.

Há situações em que o silêncio é eloqüente, pois revela a aceitação de um determinado efeito jurídico, como diz Larenz.

A declaração mediante o silêncio existe sempre que a lei não haja prescrito outra forma ou quando não se exija por lei ou por contrato uma declaração explícita.

Importa distinguir, agora, se o negócio emana de diversas pessoas, como diversas partes, ou não, e qual a influência que pode haver na estrutura íntima do negócio, ou seja, se isso altera ou não a questão da unilateralidade da emissão de vontade.

É extremamente importante tal distinção, principalmente no que tange a terceiros, quanto à validade e à eficácia do negócio.

Dizemos que o negócio é unilateral ou plurilateral, conforme o número de partes, mas tem-se de observar que estas podem ser subjetivamente simples ou unipessoais, quando a vontade emana diretamente de uma só pessoa natural e capaz, ou podem ser subjetivamente complexas ou pluripessoais, quando a vontade emana de diversas pessoas naturais.

Essa distinção não está se referindo à direção da vontade, destino do interesse na declaração, que é outro critério muito usado para a classificação dos negócios jurídicos, visto anteriormente.

Quanto ao volume de sujeitos emanadores de vontades, ligados à direção contraposta dos interesses, que devem manifestar concordância, o negócio pode ser simples e bilateral, ou pluripessoal e unilateral.

A aparente dificuldade desaparece com a exemplificação. No caso de uma compra e venda imobiliária por um relativamente incapaz, que, portanto, terá de ser assistido, e uma sociedade, teremos a intervenção de diversas partes, em papéis diferentes, pois o menor irá expressar sua vontade, que não é reputada como suficiente pelo ordenamento e dependerá da declaração de vontade concorde e no mesmo sentido do assistente, para produzir efeitos, enquanto a sociedade, que poderá estar representada por mais de uma pessoa natural, conforme a previsão estatutária, emitirá uma única vontade. Assim, pelo relativamente incapaz teremos dois sujeitos emitindo cada um uma vontade, portanto teremos pluralidade subjetiva, com emissão de vontades no mesmo sentido, enquanto a sociedade estará emitindo uma única vontade, só que através de representação conjunta de duas pessoas designadas no seu contrato social, um complexo pessoal que exprime só uma vontade.

A par dessas hipóteses temos de lembrar que, em certas figuras

contratuais, há a necessidade de manifestação correlata de vontades, isto é, com recíproca declaração para que tenham início os efeitos jurídicos.

Em alguns casos a lei pode exigir mais do que a declaração; pode exigir, ainda, uma atividade da parte, ou seja, atos de execução, em seqüência imediata à declaração, como nos casos de contratos reais, em que deve haver a tradição da coisa, como elemento, posto que aí não será execução do contrato, mas, sim, elemento mesmo, sem o qual não haverá o contrato.

Conforme o sistema jurídico, ter-se-á de ver se é elemento ou se é requisito de validade, pois se o sistema legal fixa como requisito de validade, temos que é condição de validade, ou seja, pode ocorrer também a formalização do contrato, e até atos de registro.

O que importa é que, se for elemento, tem de passar a integrar a hipótese de incidência do novo negócio.

A distinção entre as declarações está na determinabilidade dos sujeitos a que se endereçam. Assim, se endereçada a sujeitos determinados, será receptícia; se endereçada a sujeitos indeterminados, será não receptícia.

Como sempre no mundo do Direito, a importância da classificação está relacionada ao regime jurídico, ou seja, ao conjunto de normas que irá se referir especificamente ao tipo, no caso de negócio.

Muitas vezes a declaração da vontade não se dá pela linguagem formal, mesmo porque esta, embora a mais usual, não é a única. Além das palavras, faladas ou escritas, temos que gestos, comportamentos e até mesmo o silêncio podem servir de expressão de vontade; são signos que comunicam.

Na História em geral e na do Direito, temos os exemplos citados por Heródoto referindo-se à África do Norte, e por Clóvis Beviláqua, repostando-se à antiga Colúmbia Russa, que era a antiga Guiana. Em ambos os exemplos, os nativos do interior não mantinham qualquer relação com os do litoral. Mas os do litoral tinham o sal necessário para os do interior, enquanto os do interior tinham frutas, minerais, animais de caça que eram necessários, quer para a sobrevivência, quer para o comércio dos do litoral com os que ali aportassem. Assim, os do litoral faziam montes de sal na praia, e se retiravam, esperando que os do interior ao vê-los viessem e deixassem em frente aos mesmos porções de minerais, ou de outras coisas que entendessem equivalentes. Assim, feita a contraproposta, voltavam para o interior e ficavam observando. Se houvesse aceitação, os do litoral apanhavam os minerais ou alimentos e se retiravam para que os do interior pudessem apanhar o sal. Portanto, negócios jurídicos eram celebrados entre as tribos sem que houvesse a troca de nenhuma palavra, somente através de comportamentos que expressavam as vontades — os comportamentos concludentes.

Uma obra marcante sobre a questão temos na dissertação de mestrado do jovem português Paulo da Motta Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente na teoria do negócio jurídico*, que é uma monografia de altíssimo nível.

Diz-se tradicionalmente que o comportamento puro e simples não

depende da colaboração psíquica alheia, pois o comportamento é caracterizado pelo fato de esgotar o seu resultado numa modificação objetiva, socialmente reconhecível e relevante da situação de fato preexistente.

Daí se citar como exemplo de comportamento a ocupação e o abandono, ainda quando tais comportamentos tenham sido sigilosos. É de adiantar que ocupação (art. 1.263) é o ato de apreender, de se apoderar de alguma coisa, com intuito de ser seu dono, proprietário, por não se divisar a existência de nenhum dono (art. 1.275, III), por isso mesmo sobre coisas abandonadas, ou seja, que os antigos donos deixaram de querer para si, como de coisas que nunca tiveram dono. No comportamento, a recognoscibilidade é uma qualidade objetiva do ato, e não condição do fato, pois seu fim não é produzir efeitos na mente alheia, mas puramente no mundo dos fatos.

Daí que, quando se ocupa uma coisa, não se está preocupado com o que vai pensar o vizinho, mas, sim, com o fato de que, ao fim do tempo previsto em lei, seja declarada a propriedade. Da mesma forma, quando se abandona uma coisa qualquer, não se quer interferir no pensamento alheio, mas simplesmente não mais ter relação direta com ela, de maneira permanente, com o que deixará de ser de sua propriedade.

Diversamente temos a figura da gestão de negócios (arts. 861 e s.), em que alguém, em razão da ausência eventual do dono, ou possuidor da coisa, ou da atividade, passa a tomar as providências necessárias, como recolher as contas, efetuar os pagamentos, ocupar-se da manutenção das coisas etc., pois aí temos um fato objetivo, que opera efeitos imediatos e diretos no mundo social, visto regular interesses do autor da gestão, ou seja, da prática dos atos, em relação aos outros; já o conhecimento por parte do gerido é apenas condição para o cumprimento de obrigações e para o exercício de direitos derivados da gestão, o que, não ocorrendo, implicará outra situação jurídica e outro regime, só que aí não relativa a terceiros, mas ao autor da gestão e ao gerido, estritamente.

A declaração da vontade vincula o autor segundo o seu significado objetivo, tornando seu o risco na hipótese da transmissão inexacta. Por outro lado, o simples comportamento só vincula o agente à medida que seja, concretamente, conforme a intenção efetiva admitida pelo Direito. Isso porque a postura pode, ou não, ser concludente do negócio, conforme o tipo normativo do negócio específico.

A declaração na sua objetividade gera confiança nos destinatários.

Já o comportamento, nos casos simples, apenas justifica ilações.

Há relevância, pois, na recognoscibilidade, que implica objetividade, quer da declaração, quer do comportamento.

A clareza deve ser requisito da declaração, em razão do risco do não-entendimento conforme o que pretendeu o emissor, pois as regras de interpretação jurídica são, em geral, contra quem emitiu a declaração e, portanto, contra quem tem interesse de ser bem interpretado.

Também quanto à declaração, como a tudo a que se refira o Direito, o tempo tem influência na sua validade, daí a classificação em imediata ou mediata em relação ao destinatário.

A partir da emissão, que por vezes se confunde com o ato de expressão, temos a classificação de mediata e imediata, ou seja, com produção de efeitos tempos após, ou desde logo.

Quando coincide a emissão com a recepção, é imediata.

Quando a expressão precede à recepção, temos a mediata.

Podemos exemplificar com uma carta. O que fazemos em primeiro lugar é expressar nossa vontade por escrito, só depois é que se envia a carta ao destinatário, e este apenas toma conhecimento do conteúdo quando recebe pessoalmente.

Há que distinguir, também, os tipos de declaração em função dos destinatários.

Estes podem ser determinados ou indeterminados, o que enseja que parte da doutrina denomine infungíveis e fungíveis.

Algumas declarações são emitidas e dirigidas a determinado destinatário infungível, em razão do interesse deste no conteúdo da declaração. São as receiptícias. Outras são dirigidas a um destinatário não determinado, são as declarações não receiptícias.

Portanto, quando não há concomitância, há o risco de a transmissão, a comunicação, vir a ser inexata, quer pelos meios utilizados, quer pelo fato de ensejar interpretação do destinatário que pode ser diversa da do emitente.

A declaração transmitida há de ser recebida para ser válida, ou, no mínimo, para ser eficaz.

Se foi expressada, evidentemente é existente. Em princípio, se foi emitida, deve ser válida, mas pode-se perguntar: se foi recebida, é eficaz?

Isso depende do sistema de direito positivo.

No nosso sistema, temos que a declaração no primeiro momento é a proposta, ou a também denominada policitação.

Em termos de negócio jurídico bilateral, subjetivamente falando, como contrato, há de existir mais uma manifestação de vontade, ou seja, a aceitação, para que se tenha a vinculação, portanto, para a existência, validade e plena eficácia do contrato.

Pode haver manifestação direta ou explícita e pode haver manifestação indireta ou implícita.

A manifestação é direta ou explícita quando se produz por meio de sinais que são aceitos socialmente como representativos de um conteúdo preceptivo a quem interessa.

Já é indireta a recognoscibilidade, implícita a manifestação, quando permite deduzir como reconhecível uma tomada de posição. Não é inferir uma vontade interna, mas inferir da conduta, do conjunto circunstancial, o significado objetivo do negócio jurídico não explícito, mas reconhecível por uma forma implícita e indireta.

O silêncio, pois, é uma forma de comunicação expressiva da vontade na conclusão dos negócios jurídicos, quando o tipo de negócio estiver submetido a um regime jurídico específico, quer pela lei, quer pelas circunstâncias ou usos,

que não exija a declaração expressa.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código alemão, § 133; Código francês, art. 1.156 (mais próximos à norma geral estabelecida neste artigo); Código italiano, arts. 1.362 a 1371; Código português, arts. 236<sup>a</sup> a 239<sup>a</sup>; Código Civil suíço, art. 18 (Livro das Obrigações).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1996. v. 2. CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juiz, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GHESTIN, Jacques. *Le prix dans les contrats de louge*

*durée*. Paris: LGDJ, 1990. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. GRASSETI, Cesare. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*. Padova: CEDAM, 1983. IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Ed. Scientifiche Italiane; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1959. VARRONE, Claudio. *Ideologia e dogmática nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1959.

**COMENTÁRIOS:** A vontade, como elemento constitutivo do negócio jurídico, muitas vezes precisa ser esclarecida por meio da interpretação para que se possa fixar o real conteúdo do negócio.

Massimo Bianca já salientava que “a interpretação é um processo que se destina, portanto, a precisar o sentido juridicamente relevante do conteúdo da declaração de vontade” (*Diritto civile: il Contratto*, p. 431). Em suma, interpretar o negócio jurídico é procurar o sentido e o significado da norma jurídica individual que nasce com a declaração de vontade das partes.

O novo Código traz alteração na redação do artigo em face do antigo art. 85, que encontrou a seguinte justificativa por parte de Moreira Alves (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 103):

“... Por outro lado, ao preceituar o Projeto, no art. 110, que, ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do

que ao sentido literal da linguagem', visou ele a deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante, consoante observa Eduardo Espínola, ao interpretar o art. 85 do Código vigente:

“São precisamente o respeito à boa-fé e à confiança dos interessados, e a consequente responsabilidade do autor que, no caso de interpretação judicial do ato jurídico, mandam atender à intenção consubstanciada na declaração, ao invés de procurar o pensamento íntimo do declarante”.

Aplicável, pois, a lição de Karl Larenz quanto à interpretação a que se deve proceder, isto é, devemos “considerar como interpretação da manifestação de um pensamento a determinação do significado que a ela corresponde”. Veja-se que é o que no projeto se refere à vontade consubstanciada na declaração, portanto na vontade já objetivada, não na intenção, vontade interna.

É ainda ensinamento do grande mestre alemão que o ordenamento jurídico não tem motivo para impor aos participantes um significado da declaração distinto do que ambos lhe deram. Portanto, numa declaração receptícia, o significado decisivo é o que deram coincidentemente o declarante e o destinatário, pois dessa forma há correspondência ótima dos propósitos de ambos.

Reconhece-se, diz ele, de modo unânime na doutrina científica e na jurisprudência, que a interpretação das declarações receptícias efetua-se considerando as possibilidades de compreensão do destinatário da declaração.

Acresce que tal forma é decorrente de construção científica, não diretamente da lei.

Decorre que o destinatário não pode ater-se simplesmente ao sentido literal da declaração, porque lhe incumbe também o dever de diligência na precisão do conteúdo volitivo do negócio, conforme a boa-fé. Se o destinatário cumpre esse requisito, merece proteção sua fé, sua confiança, em que a declaração é válida com o significado que extraiu.

O declarante só não será levado a responder por um significado que não deu a sua declaração se tal significado não lhe for imputável.

Decorrentes da declaração, confiança e responsabilidade, tem-se que o conteúdo volitivo do negócio passa a ser recognoscível na interpretação judicial do negócio, em hipótese de litígio, o que se dará a partir de dados objetivos em que se consubstanciam as declarações de vontade, ou os comportamentos expressivos.

Não é também “objeto” da interpretação a totalidade das circunstâncias às quais se há que referir para interpretar uma declaração, mas somente a declaração em si, como conduta à qual corresponde um sentido de manifestação.

São meios auxiliares da interpretação: as tratativas preliminares, o caráter habitual das relações mantidas entre as partes, as manifestações anteriores do declarante e do destinatário, que reconhecidamente se ligam à declaração, tais como uma expressão típica do declarante, conhecida pelo destinatário, bem como o lugar, o tempo e as circunstâncias inerentes.

Quanto ao aspecto puramente formal, tem-se que só a declaração requer forma prescrita. Não obstante as circunstâncias de caráter formal, que se encontram fora da declaração, podem, em princípio, valer também como meios de interpretação.

Quanto à interpretação, ainda, bem salienta Antônio Junqueira de Azevedo, não é esquivar-se da teoria subjetiva (motivos psicológicos do agente), ou abraçar a teoria objetiva (interpretação fiel ao texto da declaração), mas sempre “apontar na direção de um critério intermediário, onde avulta a preocupação com a confiança despertada no destinatário da declaração de vontade, e onde ressalta a responsabilidade do declarante” (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 337).

Assim, parafraseando exemplo de Pothier: “*F* arrendava um quarto de minha casa, ocupando eu o resto da casa. O contrato do novo arrendamento está assim redigido — dei de aluguel a *F* minha casa por tantos anos e pelo preço do arrendamento antecedente. Não é possível que o locatário pretenda ter alugado toda a casa, porque, ainda que as palavras — a minha casa —, no sentido gramatical, signifiquem a casa inteira, não um quarto, é visível que o intuito foi renovar o arrendamento do quarto e esta intenção deve prevalecer às palavras do escrito” (*Traité des obligations*, n. 91).

Observe-se que no âmbito do direito do consumidor tal regra não incide, porque, sendo um âmbito específico, excepcionante do âmbito genérico do negócio jurídico, o legislador criou normas próprias no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11-9-1990, até mesmo porque sua excepcionalidade decorre de previsão específica do rol de direitos fundamentais, como se vê do art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, da Constituição Federal.

Assim, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado, a ensejar proteção especial, não só de condições prévias da celebração dos negócios jurídicos, como de mecanismos específicos de proteção, prévios e posteriores à realização negocial, como se vê dos arts. 4º e 5º do CDC, com as disposições de proteção contratual dos arts. 46 a 54.

Decorre da excepcionalidade que não se pode pretender a utilização de suas disposições para a interpretação dos negócios regulados pelas regras de âmbito geral, e, portanto, não abrangidas na incidência específica.

Isso não significa que princípios gerais revelados no âmbito dos estudos de Teoria Geral do Direito, como do negócio jurídico, e que levaram às conquistas legislativas precursoras, dentre nós, do Direito do Trabalho, previstas no atual Código Civil, desde o anteprojeto de 1973, com detalhamento, por vezes, mais específico do Código de Defesa do Consumidor, não sejam utilizados na interpretação dos negócios.

***Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.***

## CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código alemão, § 157; Código francês, art. 1.156 (mais próximos à norma geral estabelecida neste artigo); Código italiano, art. 1.366; Código português, art. 236<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALPA, Guido. *I principi generali*, Milano: Giuffrè, 1993. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974. BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. São Paulo: Saraiva. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1996. v. 2. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s. d. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Ed. Civitas, 1990. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. *Principios gerais do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. GHESTIN, Jacques. *Le prix dans les contrats de longue durée*. Paris: LGDJ, 1990. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1999. GRASSETI, Cesare. *L'interpretazione del negocio giuridico com particolare riguardo ai contratti*. Padova: CEDAM, 1983. IRTI, Natalino. *Lecture biettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991. LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v.1. MACEDO, Silvio de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 11. 1977. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato juridico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio juridico*. Barcelona: Bosch, 1993. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus principios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 11. 1977. PERLINGIERI e FEMIA. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del Diritto Civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio juridico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio juridico*. Coimbra: Almedina, 1995. RÁO, Vicente. *Ata juridico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negocio giuridico*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1969. SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio juridico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. *Principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Ed. Civitas, 1990. VARRONE, Claudio. *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1959. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri; Ed. Civitas, 1977 (trad. Luis Dièz Picazo).

**COMENTÁRIOS:** A boa-fé a que o Código se refere é a denominada boa-fé objetiva, não prevista no Código de 1916.

Normalmente as menções feitas à boa-fé aparecem associadas à idéia de um princípio.

A palavra “princípio” tem muitos usos, significados diversos. Seu bom uso,

como seu mau uso, faz com que se possa falar até em uso hipertrofiado, infravalorado, como diz Joaquín Arce y Flórez Valdés (*Principios generales del derecho y su formulación constitucional*, p. 21). A mesma equivocidade encontramos referida em grandes autores nacionais e estrangeiros: Genaro R. Carrio (*Principios jurídicos y positivismo jurídico*), Perlingieri e Femia (*Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*), Teresa Negreiros (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*).

Guido Alpa, em sua obra específica *I principi generali*, ressalta à p. 46:

“Tra le diverse concezioni di principio, due, in particolare, si contendo-no il campo: quella che ritiene il principio una regola generale che si fonda sulle (o si induce dalle) regole espresse dall’ordinamento; quella che considera il principio un prius, metagiuridico o extralegislativo; se i principi preesistono alle norme, le norme non sono che la < manifestazione sensibile > del principio.

Si imputa al principio di essere espresso in formule generiche e imprecise. Normalmente è così: ma vi sono disposizioni volutamente generiche e imprecise, quali le clausole generali (Guastini, I). E anche le clausole generali, secondo qualcuno, sono espressione di un principio: ad es., si parla spesso di < principio > di buona fede. Proprio per evitare equivoci, in questo lavoro si è parlato di < principio di buona fede > solo dà dove gli autori che lo menzionavano ne accoglievano la qualificazione in termini di principio e non di clausola generale, oppure non si ponevano il problema della differenziazione, per semplicità o perché convinti della loro identità”.

O que se verifica no âmbito doutrinário é que obras específicas sobre princípios gerais, como a de Limongi França (*Princípios gerais de direito*), não se referem à boa-fé como princípio.

No exame do verbete “Boa-fé”, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, temos primeiro Caio Mário, que não chega a afirmá-la um princípio, e depois Silvio Macedo, que diz ser um princípio mas de ordem metajurídica, seguindo-se outros autores nas aplicações específicas.

Como se vê, remanesce dúvida na doutrina em referir a boa-fé como princípio.

Judith Martins-Costa, no melhor trabalho doutrinário brasileiro sobre o tema (*A boa-fé no direito privado*), ao estudar a boa-fé como princípio geral (p. 155 e s.), fã-lo entre aspas: “princípio geral”. Franz Wieacker, ilustre professor alemão, teve obra traduzida para o espanhol, pelo grande civilista Luis Díez-Picazo, sob a denominação *El principio general de la buena fe*. Porém a denominação da obra em alemão não corresponde a tal título: *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*.

Teresa Negreiros enfrenta a questão dedicando um capítulo, o II, de sua obra à questão, denominando-o “Uma abordagem (multi) funcional dos princípios jurídicos”, lembrando que Orlando Gomes e Clóvis do Couto e Silva se referiam sempre ao princípio da boa-fé.

Mesmo os que não o mencionam como princípio acabam por referir

como cláusula geral para evidenciar que é disposição positiva, concreta, que deve influenciar toda a interpretação das obrigações decorrentes do negócio. Enquanto princípio verifica-se que aflora a todo momento, em dispositivos diversos, onde mesmo que não citado identifica-se ser o fundamento.

O princípio da boa-fé, como informa a maioria da doutrina, foi consagrado pela primeira vez no art. 157 do Código Civil alemão — BGB (*os contratos devem ser interpretados tal como exigim a confiança e a lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio*). O Código Civil suíço, vigente desde 1912, logo em seu art. 2<sup>o</sup> estabelece que “cada um deve exercer os seus direitos e cumprir suas obrigações segundo as regras de boa-fé”. Posteriormente, o Código Civil italiano, de 1942, estabeleceu, em seu art. 1.375, que o contrato deverá ser executado de acordo com a boa-fé. Em 1966, o Código Civil português seguiu o italiano, dispondo em seu art. 227<sup>o</sup>, 1<sup>o</sup>, que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa-fé”. Na reforma do título preliminar do Código Civil espanhol, introduzida por uma lei de 1973 e por decreto de 1974, foi incluído preceito pelo qual se determinava que os direitos deveriam ser erigidos segundo os ditames da boa-fé. Mas, antes deles, o *Code Napoléon* já estabelecia, no seu art. 1.134, al. 3<sup>a</sup>, que as convenções “devem ser executadas de boa-fé”.

O princípio da boa-fé não é exclusividade dos países de formação jurídica romana, chegando também aos países da *common law*, como podemos ver em algumas disposições do Uniform Commercial Code, adotado por todos os Estados americanos, cuja descrição do princípio podemos encontrar na *Section 1-201(19)* “ ‘Good faith’ means honesty in fact and observance of reasonable commercial standarts of fair dealing in the trade ” (tradução livre: *Boa-fé significa honestidade e a observância de razoáveis padrões comerciais de atuação correta*). Também podemos verificar tal previsão no Direito inglês, sob a nomenclatura de “fair dealing” (atuação correta).

Nos trabalhos para o “Código Civil Europeu”, há proposta de introdução de um capítulo de “Princípios do direito contratual europeu”, sendo que no art. 1.106, relativo à interpretação e integração, há referência expressa à boa-fé, e o art. 1.201 expressamente impõe a boa-fé como princípio, sem admissão de exclusão por vontade das partes, como se vê da versão italiana do projeto:

“Art. 1.201 (*Buona fede*). — (1) Ogni parte è tenuta ad agire inconformità della buona fede e della correttezza.

(2) Le parti non possono escludere tale obbligo né limitarlo”.

Adotamos, pois, a posição dos doutrinadores que vêem a boa-fé como um princípio basilar da vida negocial, com o que não há dúvida que o *princípio da boa-fé* não é exclusivo do campo do Direito Civil, mas um paradigma de toda e qualquer relação humana. É o que se vê da obra de Menezes Cordeiro, a monografia “Da boa-fé no direito civil”, com mais de 1.300 páginas de texto.

No negócio jurídico, a primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes direta e exclusivamente ao próprio

sujeito. Já a segunda diz respeito a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como o contratante deve agir. Tal diferença fica evidente na língua alemã, cuja distinção se evidencia pois tratadas em expressões distintas: uma *guter Glaube* (boa crença); outra *treu und Glauben* (lealdade e crença). Uma, a *boa-fé princípio*; outra, a *boa-fé estado*.

A boa-fé nos negócios jurídicos cabe dentro da *objetiva*. A boa-fé negocial traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido.

Em estudo singular, Fernando Noronha, professor de origem angolana radicado em Santa Catarina, que coloca o princípio da boa-fé como basilar dos contratos, em sua obra, lamentavelmente esgotada, explica a amplitude de tal princípio.

Para ele, também, não resta dúvida que é uma aplicação particular do princípio da segurança, pois “tal segurança é necessária para a realização das finalidades de interesse geral servidas pelo Direito Civil, com ênfase para a produção e distribuição de bens e serviços, assegurada através da tutela das expectativas legítimas das partes. Tal segurança é essencial para o intercâmbio de bens e serviços, para o perfeito funcionamento da economia, e tem na sua base uma relação de confiança; quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha que seu interesse particular seria satisfeito” (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 148).

E conclui que “a boa-fé traduz-se em três comandos, correspondendo, cada um, a uma diversa finalidade, ou função. Ao comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé, quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em determinado contrato (ou outro negócio jurídico), chamemos de função interpretativa da boa-fé. Aos dois comandos em que se desdobra o dever de agir de acordo com a boa-fé na execução do contrato, chamemos de funções de integração e de controle; um explicitará deveres, o outro delimitará direitos: o primeiro comando explicita os deveres de comportamento de credor e devedor, ainda que não expressamente previstos nem no pacto celebrado, nem na lei; sendo que o segundo marca os limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor” (idem, p. 151).

O presente artigo representa a *função interpretativa da boa-fé*, que deverá nortear os destinatários do negócio jurídico, visando conferir o real significado que as partes lhe atribuíram, procedendo com lisura, ou, na hipótese de cláusulas ambíguas, conferir preferência ao significado que a boa-fé aponte como mais razoável.

Como já referido, são meios auxiliares da interpretação o *caráter habitual das relações mantidas entre as partes, manifestações anteriores do declarante e do*

*destinatário, que reconhecidamente se ligam à declaração, tais como uma expressão típica do declarante, conhecida pelo destinatário, bem como o lugar, o tempo e as circunstâncias inerentes.*

Quando o presente artigo determina que se levem em conta “os usos do lugar de sua celebração” está, na verdade, invocando ao intérprete do negócio os meios auxiliares de interpretação, que aliados ao princípio da boa-fé ensejarão interpretação mais razoável.

Importa salientar que Clóvis do Couto e Silva (*A obrigação como processo*, p. 32) já salientava, com base na escola alemã, que: “não se pode recusar a existência de relação integradora e o princípio da boa-fé”.

Massimo Bianca (*Il Contratto*, p. 194), ao comentar a interpretação conforme a boa-fé, diz: “La buona fede non ha un contenuto prestabilito (...) ma è un principio di solidarietà contrattuale che si specifica in due fondamentali aspetti, quello della salvaguardia (attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio) e della lealtà (...).

Nella interpretazione del contratto la buona fede rileva come obbligo di lealtà....

(...)

La regola della buona fede è applicabile anche alle dichiarazioni unilaterali recettizie”.

***Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 1.090. Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, art. 1.156 a 1.164; Código Civil italiano, art. 1.362.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e*

teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985.

CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985.

CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1996. v. 2. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977.

GHESTIN, Jacques. *Le prix dans les contrats de longue durée*. Paris: LGDJ, 1990.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRASSETI, Cesare. *L'interpretazione del negocio giuridico com particolare riguardo ai contratti*. Padova: CEDAM, 1983.

IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978.

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

LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. v.1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1.

MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona: Bosch, 1993.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971.

MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

VARRONE, Claudio.

**COMENTÁRIOS:** Mesmo mantendo similitude com o disposto no antigo art. 1.090 (*Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente*), o Código de 2002 inova ao dispor na Parte Geral quanto a critérios gerais de interpretação do negócio jurídico, não só para os contratos. Além do que acresce sobre a norma do art. 1.090 do Código de 1916 ao se referir a todos os negócios benéficos, e introduzir a renúncia dentre os que ficam submetidos a uma interpretação restritiva.

Os negócios benéficos são os que se caracterizam pela unilateralidade obrigacional, ou seja, pelo necessário desenvolvimento de atividade somente por uma das partes em negócio bilateral quanto aos interesses das partes.

Diz-se tradicionalmente que os sacrifícios onerarão apenas uma das partes, daí ser benéfico para a outra.

É evidente que não se tem aqui a comutatividade, o equilíbrio, razão pela qual a interpretação há que ser diversa da geral.

Descabendo acrescer os ônus da parte já onerada, o sentido é da interpretação ser restrita.

Quanto à renúncia, José Paulo Cavalcanti desenvolveu obra monográfica em que, após se referir aos autores que sustentam a possibilidade de a renúncia ser onerosa, inclusive com previsão no Código Civil argentino, como se vê dos arts. 869 e 871, conclui contra tal posição doutrinária, afirmando:

“...a classificação dos negócios jurídicos em onerosos e gratuitos, sendo própria dos negócios de atribuição patrimonial, é insuscetível de aplicar-se aos negócios abdicativos.

(...)

A contraprestação é conceitualmente incompatível com a renúncia, que é um negócio pelo qual o agente apenas se demite de seu direito, com o fim da demissão exclusivamente pela demissão, que lhe é a causa em sentido técnico” (*Da renúncia no direito civil*, p. 41).

O mestre pernambucano evidencia que há dissídio doutrinário quanto à classificação da renúncia como negócio unilateral, ou bilateral, particularmente em razão do exame da remissão de dívida. Entendendo que tal caracterização não influi na essência da renúncia, diz (*idem*, p. 73).

“...a necessidade ou não do consentimento de terceiro, a unilateralidade ou a bilateralidade da figura, estão por fora da sua estrutura íntima, que se cinge à declaração de vontade do agente, no sentido de demitir-se de um direito, sem transmiti-lo ou destiná-lo a outra pessoa, e que não se desnatura pela eventual necessidade do assentimento de terceiro”.

Ainda que os direitos privados em regra sejam renunciáveis, tem-se que os direitos da personalidade são irrenunciáveis.

Só haverá requisito formal conforme o tipo de direito renunciado e, por

isso, expressa previsão de forma.

Com todas essas observações verifica-se que qualquer interpretação relativa a renúncia há que ser estrita, pois a própria renúncia é uma figura jurídica especial.

## *Capítulo II* **DA REPRESENTAÇÃO**

**COMENTÁRIOS:** A representação é objeto de poucos estudos monográficos em nosso país, e passa a ter com o novo Código tratamento legislativo específico, que não teve no Código de 1916.

Dos autores nacionais, poucos, como o Professor Fabio Maria de Mattia, em seu *Aparência de representação* (São Paulo: Rumo Gráfica, 1984), que só veio ao mundo editorial recentemente, e o Professor José Paulo Cavalcanti, em capítulos de sua obra *Direito civil: escritos diversos* (Rio de Janeiro: Forense, 1983), haviam escrito sobre o tema até o nosso *Questões relativas a mandato, representação e procuração* (São Paulo: Saraiva, 2001), e a obra de Mairan Gonçalves Maia Júnior, *A representação no negócio jurídico* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

Moreira Alves justificou, da seguinte forma, a colocação da representação na Parte Geral:

“4. A representação. O Projeto, suprimindo lacuna do Código Civil brasileiro em vigor, reservou, na Parte Geral, um capítulo para os preceitos gerais sobre a representação legal e a voluntária.

Ao contrário, porém, do que ocorre no Código Civil português de 1967 — que regula a representação voluntária na Parte Geral (arts. 262<sup>a</sup> a 269<sup>a</sup>) — o Projeto, seguindo a orientação do Código Civil brasileiro atual, disciplina essa matéria no capítulo concernente ao mandato, uma vez que, em nosso sistema jurídico, a representação é da essência desse contrato. Por isso, preceitua o art. 118: ‘Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; e os da representação voluntária, os da parte especial deste Código’. O que é, aliás, reprodução do art. 43 do Projeto de Código de Obrigações de 1941, onde a disciplina da representação voluntária se exauria na seção respectiva, integrante da Parte Geral”.

A verdade é que sob diferentes denominações, a doutrina trata com o nome de representação figuras de natureza diversa, com estrutura diferente. A chamada representação legal não tem qualquer semelhança com a denominada representação voluntária, que é objeto de tratamento legislativo na Parte Especial, entre os contratos.

Segundo Luigi Mosco, em *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*

(Napoli: Jovene, 1961, p. 5):

“2. — Il primo carattere specifico che si riscontra nella rappresentanza legale sta in ciò che essa trova il suo fondamento nell’assenza di un soggetto capace di tutelare i suoi interessi o nella minore idoneità del soggetto interessato.

Da questo fondamento deriva in primo luogo che non vi è un soggetto in luogo del quale il rappresentante legale conclude il negozio, esercitando quindi un potere che da quel soggetto gli proviene; ma che il rappresentante agisce in virtù di un potere che egli acquista per vincolo di sangue o che gli viene conferito com un provvedimento dell’autorità giudiziaria.

Deriva ancora la particolare ampiezza di poteri e il necessario riferimento degli effetti alla sfera giuridica del rappresentato. Vale a dire che questi effetti si ripercuotono sul rappresentato non perchè siano stati, sai pure indirettamente, voluti dal rappresentato. Ma perchè il rappresentante, in quanto sostituisce la capacità deficiente dell’interessato, stipula dei negozi che sono necessariamente negozi altrui, cioè negozi di colui i cui interessi vanno tutelati dal rappresentante”.

Stefano Delle Monache, na recente obra *La contemplatio domini*: contributo alla teoria della rappresentanza, Milano: Giuffrè, 2001, p. 19 e s., refere-se claramente à diferença entre o campo da representação voluntária e o da substituição representativa dos sujeitos incapazes de agir.

A Parte Geral do Código, anteriormente, contemplou a hipóteses em que se dá a substituição representativa, enquanto no disposto neste capítulo do Código constatamos abrangência maior, ou seja, não só a substituição, como a representação voluntária, ainda que esta de forma genérica.

**A representação como forma de cooperação na conclusão dos negócios jurídicos.** No tocante ao negócio jurídico, temos que a representação enseja que “una persona pueda ampliar los límites de su actividad jurídica y económica más allá de donde llegan sus posibilidades físicas y mentales”, lembra Pedro Avila Navarro, em *La representación con poder*, Madrid: Ed. Civitas, 1992, citando obra de Luis Diez Picazo.

A representação voluntária caracteriza-se, por parte da doutrina, pelo propósito de cooperação jurídica, que se alcança por seu intermédio.

Enquanto é por todos reconhecida a aplicabilidade da representação em matéria de negócios jurídicos (excetuados aqueles expressos no direito familiar e os *mortis causa*), não se exclui que possa atuar no âmbito amplíssimo dos atos jurídicos em sentido estrito.

**Diferença entre representação e mandato.** Representação e mandato são institutos independentes entre si. Mandato é o “contrato pelo qual alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”, o que se pode dar com representação e mesmo sem representação.

Nossa posição nesse sentido não está conforme à maioria doutrinária, que sustenta ser a representação essencial ao mandato. Nesse sentido Clóvis, de Plácido e Silva, Washington de Barros Monteiro, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz.

*Data venia* dessa prestigiosa plêiade, afirmamos que o mandato não é

*dependente da representação*, nem a ausência desta implica transformar a figura em locação de serviços, como afirma Caio Mário (*Instituições de direito civil*, v. 3, p. 275), remetendo a De Page, Espínola, Serpa Lopes, De Plácido e Silva e Washington de Barros Monteiro.

Parece-nos que a razão está com José Paulo Cavalcanti, Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Fabio Maria de Mattia, e mais recentemente Mairan Gonçalves Maia Júnior, que diz à p. 154 de seu *A representação do negócio jurídico*:

“A representação e o contrato de mandato diferenciam-se quanto à origem, partes, elementos, objeto e finalidade”.

No mesmo sentido da doutrina nacional, temos, no âmbito internacional, Fernando Crespo Allue, no Direito espanhol, e no Direito português Cunha Gonçalves, que, sem que houvesse, ainda, o texto do atual Código Civil português, art. 1.180º, já dizia:

“A doutrina moderna distingue entre MANDATO e PODER, considerando o MANDATO simples relação interna entre as partes e sendo PODER a faculdade de representação e actuação do mandatário em nome e por conta do mandante. O conhecimento exacto da essência do PODER, um conceito jurídico autônomo, devêmo-lo aos teóricos modernos, especialmente a LABAND. O mandato pode não estar ligado a um poder, como nos casos em que o mandatário actua em nome próprio. Inversamente, o poder pode não estar ligado a um mandato, como no caso em que uma pessoa recebe um cheque a título de empréstimo...” (*Tratado de direito civil*, p. 496 e 497).

As possibilidades concretas de mandato sem representação são realçadas igualmente pelos monografistas da representação, como Pugliatti (*Studi sulla rappresentanza*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 77-9) e Ugo Natoli, em seu *La rappresentanza*, Milano: Giuffrè, 1977, p. 12-15.

É verdade que o conceito de mandato dependerá do direito positivo de cada povo, visto que elemento essencial para sua existência poderá ser colocado como tal.

Como já salientamos em nosso trabalho monográfico, pode ainda haver mandato sem representação, como nos casos em que o mandatário tem poderes para agir por conta do mandante mas em nome próprio. E há representação sem mandato, quando nasce de um negócio unilateral, a procuração, que pode ser autônoma como pode coexistir com um contrato de mandato.

Importante a observação de Fabio Maria de Mattia (*Aparência de representação*, p. 13 e 14):

“d) a REPRESENTAÇÃO não é um elemento essencial do mandato — Pode faltar o direito de representação no mandato, sem que por isso o contrato degenera em outro diferente ou não produza nenhum efeito”.

Cabe observar, ainda, a particularidade do Anteprojeto de Código de Obrigações, de 1941, elaborado por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, que propuseram a separação dos conceitos, fixando em

sua exposição de motivos: “O instituto da representação foi libertado de sua condição servil ao mandato, deixando-se à disciplina deste contrato apenas as relações entre as partes contratantes. A representação, seja qual for a sua origem, legal ou convencional, obedecerá a princípios uniformes, que devem resguardar a boa-fé de terceiros, obrigados a tratar com interposta pessoa”.

**Art. 115.** *Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 164 a 181; Código Civil italiano, arts. 1.387 a 1.400; Código Civil português, arts. 258<sup>a</sup> a 269<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALCARO, Francesco. *Il mandato*. Milano: Giuffrè, 2000; *Mandato e attività professionale*. Milano: Giuffrè, 1988. ALLUE, Fernando Crespo. *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel. *La Protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1997. GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em tema de revogação do mandato civil*. Coimbra: Almedina, 1989. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. 2. ed. v. 7, t. 2, s.d. DI GREGORIO, Valentina. *La rappresentanza apparente*. Padova: CEDAM, 1996. LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. LUMINOSO, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 1984. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. MONACHE, Stefano della. *La “contemplatio domini”*: contributo alla teoria della rappresentanza. Milano: Giuffrè, 2001. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. PINTO, Rui. *Falta e abuso de poderes na representação voluntária*. Lisboa, 1994. v. 1. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. RONDINONE, Nicola. *L'attività nel Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 2001. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. Padova: CEDAM, 1997. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática*

*das procurações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1. STORCK, Michel. *Le mécanisme de la représentation dans les actes*. Paris: LGDJ, 1982 (*L'analyse du processus de réalisation d'un acte juridique: recherche des éléments constitutifs de la représentation*). TELLES, Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Lisboa, 1965.

**COMENTÁRIOS:** A representação é a atuação jurídica em nome de outrem, concretizada no poder que uma pessoa tem (representante) de praticar um negócio jurídico em nome e, geralmente, no interesse do representado, conotando verdadeira legitimação para agir por conta de outrem.

A declaração de vontade do negócio jurídico é normalmente emitida pela própria pessoa interessada em sua formação. Porém inúmeras vezes a vontade é declarada por outrem em seu nome e no seu interesse, ou em nome próprio, mas no interesse da outra. O poder exclusivo atribuído aos sujeitos para regularem seus próprios interesses é princípio básico da ordem jurídica, inerente à autonomia privada, mas que comporta intervenção de terceiros, estranhos aos interesses em negociação, os quais, mediante cooperação, conseguirão dar concretude às negociações.

A essência da representação reside na atuação em nome de outro, por necessidade ou conveniência. Mas tal atuação exige o poder de representação, como se observa do artigo em comento.

Quanto à origem, a representação pode ser legal, quando decorre da lei, ou provimento judicial e pode ser voluntária, quando decorre da manifestação de vontade do interessado.

A *representação legal* é aquela que nasce de lei, é a que a doutrina denomina substitutiva em razão da incapacidade do representado, como ocorre, por exemplo, na curatela e no poder familiar. Neste caso, independente da vontade do representado, ao representante a lei ou o provimento judicial impõem o ônus da representação.

Já a *representação voluntária*, ou convencional, é a que se constitui por meio do concurso de dúplice emissão de vontade, ou quando menos pela integração da vontade do representante com a do representado, em que este confere ao mandatário a atuação no seu interesse e em seu nome, outorgando-lhe os poderes da representação, hipótese em que se dará a denominada *contemplatio domini*, que, no dizer de Stefano Delle Monache, em posição inovadora, é o desenvolver em nome de outro não só uma manifestação de vontade em que se consubstancia o negócio representativo, mas uma declaração em si, através da qual se põe o regulamento negocial dos interesses.

Daí se ter que a representação voluntária envolve um agir, tendo por finalidade operar efeitos, particularmente no âmbito dos negócios jurídicos. Enquanto a representação legal tem a função de facilitar a prática de atos que o representado sozinho não pode concluir, na voluntária o representante pode fazer

o que o representado também poderia fazer, tanto quanto por razões suas e não vedação legal, o que não poderia fazer.

Como se disse, a representação exige a concorrência da *contemplatio domini*, e da outorga do *poder de representação*, conferido pelo *dominus*.

A exigência da *contemplatio domini*, isto é, da atuação em alheio nome e interesse, é relevante para o terceiro, que tem o direito de saber com que pessoa está se relacionando; o que tem mais relevância nos negócios bilaterais, sobretudo nos negócios *intuitu personae*.

É, portanto, necessário que essa ação em nome de outrem seja reconhecível pelo terceiro.

Classicamente se entendeu insuficiente que o terceiro saiba não ser o agente o sujeito do interesse, e sim que o agente está investido do poder de representação; que é necessário que a ação em nome de outrem conste do ato, ou, pelo menos, que do ato resulte que o agente atue como representante.

Mas, a partir da figura da *Geschäft für den, den es Angeht*, da doutrina alemã, a doutrina italiana vem falando, também, da representação de pessoa não nominada ou indeterminada, como se vê da obra de Delle Monache, e vem adotado no Projeto do Código Civil Europeu, art. 3:203.

Quanto ao poder de representar, tem-se que é um poder em sentido técnico, posto que não se confunde com direito potestativo, ou o denominado direito de formação dos alemães (*Gestaltungsrechts*).

Tal poder também é autônomo em relação ao mandante, ao *dominus*, tanto que pode agir sem qualquer outra cooperação, ou colaboração dele, já que este, ao conferir o poder, fez não só o necessário, como tudo o que era suficiente.

Importa, mais, distinguir tal poder de representação do denominado poder de autorização, figura criada na doutrina germânica a partir do fim do século passado, e já referida na doutrina brasileira.

Vale rememorar, ainda uma vez, com Luigi Mosco (*La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, p. 23):

“Il termine germanico Ermächtigung, ancor più e meglio di quello adoperato dalla dottrina italiana (autorizzazione), significa conferimento di un potere, e già il termine stesso indica che mediante tale istituto si tende a legittimare altri a poter agire per noi, e quindi si tende ad un ampliamento della nostra possibilità pratica di svolgere un’attività giuridica specialmente nella sfera negoziale”.

Acresce o mestre italiano a fls. 24 e 25:

“8. Secondo l’opinione che appare più attendibile l’autorizzazione è un negozio col quale si conferisce essenzialmente un potere di disposizione, di guisa che l’autorizzato può produrre immediatamente un attacco nella sfera patrimoniale dell’autorizzante, mediante stipulazione di un negozio in nome proprio con un terzo.

Le specie di effetti pratici, conseguibili, e quindi le specie di tipi di negozio che l’autorizzato potrebbe compiere sulla base dell’autorizzazione sono numerose

e molto differenti.

Di facile e generalmente riconosciuto impiego è l'istituto dell'autorizzazione nella vendita di cose mobili che l'autorizzante affidi all'autorizzato, conferendogli il potere di alienarle. Una particolare tipizzazione di un rapporto di tal genere si ha nella disciplina del contratto estimatorio, dove la norma dell'art. 1558 dà un espresso riconoscimento della possibilità giuridica di conferire ad altri il potere di disporre sulle cose consegnate”.

Cumpre, por fim, evidenciar a diferença entre a autorização e a representação voluntária, no que nos socorremos, ainda uma vez de Luigi Mosco:

“Perciò, con varia esattezza di espressioni, è stato detto che la rappresentanza si riferisce alla persona del dominus, mentre l'autorizzazione all'oggetto su cui si deve disporre; o che nella prima ipotesi vi è partecipazione al negozio, nella seconda partecipazione al diritto.

Vero è in sostanza che il rappresentante, in quanto agisce in nome del rappresentato, svolge un'attività la quale, quanto agli effetti giuridici, è del tutto uguale a quella che svolgerebbe il rappresentato. Si potrebbe addirittura dire che fra le varie ipotesi o figure di intermediazione, quella della rappresentanza è tale da ridurre al minimo la rilevanza della personalità giuridica dell'intermediario, come punto di collegamento di effetti negoziali.

Infatti, quanto agli effetti, il rappresentato è l'unico soggetto su cui tali effetti ricadono e ciò consente che la rappresentanza, a differenza dell'autorizzazione, possa essere utilizzata in un campo negoziale vastissimo, cioè in un campo che ha quasi la stessa ampiezza di quello nel quale può muoversi l'attività negoziale dello stesso dominus, con le sole limitazioni costituite da quei casi eccezionali nei quali è richiesta la personale manifestazione di volontà (v. ad es. per l'adozione art. 311 c.c.)”.

Dentre nós, e à luz do Código de 1916, Pontes de Miranda concluiu quanto à distinção entre o mandato e o poder de representação (*Tratado de direito privado*, p. 8):

“(b) Há, quase sempre, PODER DE REPRESENTAÇÃO no mandato, porém o mandato e o poder de representação não se confundem. Pode haver mandato, no direito brasileiro, sem poder de representação, e, g., quanto aos atos que, sem poder de representação, podem ser praticados por outrem. No Código Civil, art. 1.288, alínea 2ª, diz-se que ‘a procuração é o instrumento do mandato’. Aí, procuração está por documento, forma de eficácia usual, sem que se devesse tirar daí que o Código Civil se ateu à atitude de velhos códigos segundo a qual o poder de representação e o mandato são o mesmo.

A teoria moderna entronca-se em P. Laband (Die Stellvertretung bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 10, 203): mostrou ele que os deveres e as obrigações do mandatário nada têm com o poder de representação; a conferência de poder de representação é apenas espécie de outorga de poder, assente em manifestação unilateral de vontade do outorgante. Enquanto os legisladores, juizes e juristas não se acostumam à distinção, não é de espantar que, aqui e ali, o uso de velhas expressões os traia (e. g., no Código Suíço das Obrigações, o art. 35, I)”.

O novo texto deixa clara a distinção entre a representação voluntária, inerente ao mandato, e a representação legal, pelo que se pode afirmar que tanto pode haver representação fora do mandato, como o mandato não implica obrigatoriamente representação.

A representação decorre da conferência pelo *dominus* de um poder ao representante para atuar em seu nome e a seu favor, celebrando negócios jurídicos. Segundo Rui Pinto, em *Falta e abuso na representação voluntária*, p. 11 e 12, a legitimidade refere-se à competência que o sujeito de direito tem para sua inserção no negócio jurídico, enfim a qualidade da posição jurídica que responde à pergunta: “Por quem e a respeito de quem pode o negócio ser realizado?” Daí que alguns autores vão falar em legitimidade direta referindo aos titulares dos interesses cuja regulamentação forma o conteúdo do negócio, enquanto a indireta é a que decorre da substituição do sujeito, por outrem, para a celebração do negócio, o substituto não é o titular.

Daí o Professor Galvão Telles, em *Manual dos contratos em geral*, p. 292, dizer que a representação é a hipótese mais característica de legitimidade indireta.

**Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.388.

**BIBLIOGRAFIA:** ALCARO, Francesco. *Il mandato*. Milano: Giuffrè, 2000; *Mandato e attività professionale*. Milano: Giuffrè, 1988. ALLUE, Fernando Crespo. *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1979. GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1997. GOMES, Manuel Januário da Costa. *Em tema de revogação do mandato civil*. Coimbra: Almedina, 1989. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. 2. ed. s. d. v. 7, t. 2. DI GREGORIO, Valentina. *La rappresentanza apparente*. Padova: CEDAM, 1996. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e*

*procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. LUMINOSO, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 1984. MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo Gráfica, 1988. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. PINTO, Rui. *Falta e abuso de poderes na representação voluntária*. Lisboa, 1994. v. 1. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. RONDINONE, Nicola. *L'attività nel Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 2001. SALOMONI, Alessandra, *La rappresentanza volontaria*. Padova: CEDAM, 1997. DE PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1. STORCK, Michel. *Le mécanisme de la représentation dans les actes*. Paris: LGDJ, 1982 (*L'analyse du processus de réalisation d'un acte juridique: recherche des éléments constitutifs de la représentation*).

**COMENTÁRIOS:** Fabio Maria de Mattia diz: “O representante é uma projeção da personalidade do representado.

(...)

O fenômeno representativo se constitui com o concurso de três pessoas: o representante, o representado e o terceiro.

(...)

Portanto, na representação a atuação se efetiva em nome do representado, enquanto que, no contrato de mandato o mandatário obra por conta do mandante”.

O representante deve agir em nome do representado, produzindo efeitos jurídicos em sua esfera, configurando vantagens de qualquer espécie. Ultrapassando esses poderes a ele conferidos, haverá excesso de poder. Assim, se agir sem os poderes como acima mencionamos, deverá ser responsabilizado na forma do art. 118, e enquanto o representado não ratificar os atos será considerado mero gestor de negócios (art. 665). Desde logo decorre, também do presente artigo, que o uso abusivo dos poderes conferidos implica responsabilidade.

O exercício do poder de representação envolve uma série de atos que o representante pratica em nome e interesse do representado. Cumprindo sua obrigação perante o representado, todas as suas ações produzem efeitos em relação àquele.

Em suma, podemos concluir que o principal efeito da representação consiste em ser o *dominus negotii* o titular do negócio jurídico representativo celebrado, participando o representante apenas formalmente de sua realização. Como bem conclui o ilustre Desembargador federal Mairan Maia, decorrem dessa premissa três conseqüências: a) os efeitos do negócio jurídico

representativo concretizado, dentro dos limites dos poderes conferidos, repercutem, exclusivamente, na esfera jurídica do representado; b) o vínculo negocial é estabelecido apenas entre o representado e a contraparte, sendo o representante estranho ao negócio jurídico representativo celebrado; c) os efeitos, obrigações e direitos são auferidos e suportados direta e imediatamente pelo *dominus negotii*.

**Art. 117.** *Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.*

**Parágrafo único.** *Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 181; Código Civil italiano, art. 1.395 (*contratto com se stesso*); Código Civil português, art. 261<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALCARO, Francesco. *Il mandato*. Milano: Giuffrè, 2000; *Mandato e attività professionale*. Milano: Giuffrè, 1988. ALLUE, Fernando Crespo. *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1979. GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1997. GOMES, Manuel Januário da Costa. *Em tema de revogação do mandato civil*. Coimbra: Almedina, 1989. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. 2. ed. s.d. v. 7, t. 2. DI GREGORIO, Valentina. *La rappresentanza apparente*. Padova: CEDAM, 1996. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. LUMINOSO, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 1984. MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito*

*privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. PINTO, Rui. *Falta e abuso de poderes na representação voluntária*. Lisboa, 1994. v. 1. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. RONDINONE, Nicola. *L'attività nel Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 2001. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. Padova: CEDAM, 1997. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1. STORCK, Michel, *Le mécanisme de la représentation dans les actes*. Paris: LGDJ, 1982 (L'analyse du processus de réalisation d'un acte juridique: recherche des éléments constitutifs de la représentation).

**COMENTÁRIOS:** *Os chamados “contratos consigo mesmo”.* O representante, como tal, no negócio que intervém, deve agir em nome do representado, portanto no desenvolvimento de seus interesses, não nos próprios. Contudo, pode ocorrer que o representante seja a outra parte no negócio entabulado. Esta é a hipótese em que uma mesma pessoa atua representando dois papéis distintos. Temos duas partes, que têm um mesmo emissor de vontades, daí a denominação “contrato consigo mesmo”.

Buscando as origens dessa modalidade de contrato, o mestre espanhol Díez-Picazo nos relata que este era típico nas cidades italianas no período feudal, adentrando a época do Renascimento, no início das transações comerciais e o surgimento das *cártulas*, quando os banqueiros consideravam-se autorizados por seus clientes para contratar em nome de dois clientes, ou de um deles e consigo mesmo.

Nesse caso, assume o representante posição de parte substancial contraposta ao representado, ou estipula, representando as partes contrapostas. Assim, a vontade de uma só pessoa regula dois interesses em contraposição.

Esse fenômeno também pode dar-se de maneira indireta, ou seja, quando o próprio representante atua sozinho declarando duas vontades, mas por meio de terceira pessoa, substabelecendo-a (*ato pelo qual o representante transfere a outrem os poderes concedidos pelo representado a terceira pessoa*) para futuramente celebrar negócio com o antigo representante. Pelo parágrafo único do presente artigo, ocorrendo esse fenômeno, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.

O Código Civil italiano, em seu art. 1.395, prevê o contrato consigo mesmo dispondo: “contratto com se stesso — é annullabile il contratto che il rappresentante conclude com se stesso, in proprio e como rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi”.

O Código português, por sua vez, dispõe em seu artigo 261º: “é anulável o

negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses”. Seguindo esses passos, a nosso ver o novo Código previu expressamente a hipótese dessa modalidade de contrato, condicionando sua realização à ausência de conflitos de interesses, que em ocorrendo permite ao representado anulá-lo.

Verifica-se do presente artigo que não é negada, nem considerada nula, a estipulação e efetivação dos contratos que o representante faz consigo mesmo, enquanto mantém fidelidade à representação, ou seja, enquanto, em nome do representado, atue na defesa dos interesses deste, e não nos próprios interesses, a não ser na condição de parte que é. Não pondo em risco a imparcialidade do representante, existindo a autorização expressa para tal negócio, havendo convergência de interesses ou não ocorrendo nenhum prejuízo ao representado, não há razão para inadmitir essa figura. Cumpre salientar que tal negócio pode vir a ser posteriormente confirmado, nos termos do art. 172 do Código.

Em conclusão, não havendo qualquer conflito de interesses entre representante e representado, qualquer perigo da existência deste conflito no momento da conclusão do negócio, ou qualquer outro prejuízo entre esses entes, temos para nós que esse contrato deve ser considerado válido. Mas se o representado arguir motivos justificados, pode promover a anulação do negócio.

O dispositivo deixa claro que, em matéria de representação, particularmente a voluntária, o que deve prevalecer é a confiança, a credibilidade, para que haja segurança nos negócios jurídicos.

Só se outorga poderes a quem mereça tal distinção.

É de lembrar que a maior parte dos casos denominados “contrato consigo mesmo” ocorrem entre uma pessoa humana, pessoa natural, e uma pessoa jurídica, da qual aquela (a pessoa humana) é o representante.

***Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil de Portugal, art. 260<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALCARO, Francesco. *Il mandato*. Milano: Giuffrè, 2000; *Mandato e attività professionale*. Milano: Giuffrè, 1988. ALLUE, Fernando

Crespo. *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. DíEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1979. GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1997. GOMES, Manuel Januário da Costa. *Em tema de revogação do mandato civil*. Coimbra: Almedina, 1989. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. 2. ed. s.d. v. 7, t. 2. DI GREGORIO, Valentina. *La rappresentanza apparente*. Padova: CEDAM, 1996. LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. LUMINOSO, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 1984. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. PINTO, Rui. *Falta e abuso de poderes na representação voluntária*. Lisboa, 1994. v. 1. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. RONDINONE, Nicola. *L'attività nel Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 2001. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. Padova: CEDAM, 1997. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1. STORCK, Michel. *Le mécanisme de la représentation dans les actes*. Paris: LGDJ, 1982 (L'analyse du processus de réalisation d'un acte juridique: recherche des éléments constitutifs de la représentation).

**COMENTÁRIOS:** A condição de representante deve ser comprovada pelo título que lhe concede o *dominus negotii* e o poder de representar. Isso se faz em defesa dos terceiros, na salvaguarda da segurança dos negócios.

A representação voluntária se prova pela apresentação da procuração, enquanto a legal se faz por documento proveniente do Judiciário, ou por documento com probatório da situação jurídica.

Já referimos que o *mandato* pode existir sem representação, e agora cabe afirmar que não se confunde com a *procuração*, porque esta é sim título da *representação*.

Luigi Mosco faz distinção com síntese:

“La volontà del dominus tendente al conferimento del potere di rappresentanza si realizza mediante la procura.

Lo studio della natura giuridica della procura ha impegnato per lungo tempo la dottrina, ed ha portato a lente e graduali conquiste scientifiche.

Dalle posizioni iniziali ferme alla concezione di un atto di conferimento di procura non distinguibile dal rapporto causale sottostante (in particolare: mandato) si è passati alla identificazione di un negozio autonomo e distinto dal contratto. Solo in una ulteriore fase dello sviluppo scientifico si riconosce la natura di negozio unilaterale alla procura, in quanto essa mira al semplice conferimento del potere, il quale effetto si consegue con la sola manifestazione di volontà del conferente, senza bisogno di una concorrente e consenziente volontà dell'investito”.

A procuração nasce com a outorga documentada de poder de representação que, logicamente, pressupõe absoluta confiança no representante. Se é verdade que a procuração não se confunde com o mandato, isso não impede que se constate que sempre servem de elo de ligação, de instrumento para negócio a ser celebrado e executado a seguir.

Nos casos de *representação legal*, sua comprovação dependerá dos regramentos específicos de cada caso concreto. Será consubstanciada em um título, mas este irá variar de acordo com as diferentes previsões legislativas.

Por exemplo, o exercício da tutela pode ser consubstanciado na representação dos pais aos filhos menores e esta se dá pelo simples fato de serem pais, de estarem nessa condição. Mas falecendo os pais, a representação de outros tutores será consubstanciada em uma sentença ou autorização judicial. O mesmo para o exercício da curatela.

Para efeitos deste artigo, tanto na representação legal como na voluntária, deverá o representante comprovar, segundo as características de cada modalidade, essa qualidade, bem como a extensão de seus poderes, ou seja, sua legitimação para agir em nome do representado.

O não-atendimento a tal exigência não implica a nulidade do negócio, mas, sim, que ele está celebrado entre as partes, no caso entre o terceiro e aquele que se apresentou como parte e não demonstrou ser representante de outrem.

Na hipótese de ser realizado negócio com o representado, mas o representante houver excedido os poderes que recebeu, responderá perante o representado, desde que não se possa identificar qualquer convivência ou intuito lesivo por parte do terceiro.

Os limites da outorga podem não constar diretamente do instrumento, mas são do conhecimento do representante, que, mesmo assim, efetua o negócio. Perante o terceiro o negócio não padece de vício, por ignorância da limitação. A boa-fé do terceiro, sua confiança, não pode ser afetada pelo que não consta do instrumento.

***Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.***

***Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se***

*a anulação prevista neste artigo.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALCARO, Francesco. *Il mandato*. Milano: Giuffrè, 2000; *Mandato e attività professionale*. Milano: Giuffrè, 1988. ALLUE, Fernando Crespo. *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil*: escritos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 1983. DíEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1979. GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1997. GOMES, Manuel Januário da Costa. *Em tema de revogação do mandato civil*. Coimbra: Almedina, 1989. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, 2. ed. s.d. v. 7, t. 2. DI GREGORIO, Valentina. *La rappresentanza apparente*. Padova: CEDAM, 1996. LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. LUMINOSO, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 1984. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. PINTO, Rui. *Falta e abuso de poderes na representação voluntária*. Lisboa, 1994. v. 1. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. RONDINONE, Nicola. *L'attività nel Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 2001. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. Padova: CEDAM, 1997. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1. STORCK, Michel. *Le mécanisme de la représentation dans les actes*. Paris: LGDJ, 1982 (L'analyse du processus de réalisation d'un acte juridique: recherche des éléments constitutifs de la représentation).

**COMENTÁRIOS:** *Do conflito de interesses entre representante e representado.* A representação deve ser efetivada devido à confiança, à crença do representado no agir idôneo do representante, esta a razão da outorga de poderes. Deve o representante atuar em consonância com os poderes a ele outorgados para a concretização dos interesses do representado. Mas pode ocorrer que os interesses do *dominus negotii* e do *procurator* sejam conflitantes, hipótese que deve ensejar a renúncia aos poderes, evitando-se o conflito íntimo. Caso não o faça, e o fato seja do conhecimento do terceiro com quem o representante está negociando, evidentemente se está diante de figura que não corresponde à boa-fé, pois se estará concluindo negócio lesivo aos interesses do representado.

A precisão do que se deva entender como conflito de interesses, questão interna da gestão que alguns admitem como existente no centro da representação, é a denominada autonomia da procuração, como fonte formal, como bem demonstra Alessandra Salomoni.

O fundamento básico do dispositivo está na precisa colocação de Salvatore Pugliatti (*Studi sulla rappresentanza*, p. 515):

“...le disposizioni che riguardano il conflitto hanno la loro radice nel principio fondamentale secondo cui la rappresentanza non si esaurisce nel requisito formale dell'agire in nome altrui, ma richiede un requisito sostanziale: agire nell'interesse altrui”.

A doutrina contemporânea vem rejeitando a tipificação da hipótese como vício da vontade, uma vez que o representante expressa vontade sem vício na sua formação, só é uma vontade diversa da do representado. Daí alguns, como Luigi Mosco, sustentarem que ocorre uma deficiência do representante e portanto um vício da causa, similar ao que se reconhece da Administração Pública nas hipóteses de desvio de poder.

Outros, citados por Alessandra Salomoni, falam em desvio da legitimação, para por fim acolher a posição da eminente Professora Visintini, que entende de pouca significação tal discussão, à falta de um regime jurídico positivo, o que em parte é contestado por Salomoni, ao referir que, conforme a figura, será o termo inicial para a anulabilidade e a declaração do vício da vontade.

O conflito de interesses para parte da doutrina não se confunde com o uso abusivo dos poderes, ou, ainda, com casos em que o representante atua com falta de poderes (*falsus procurator*), o que importará na anulação do negócio jurídico.

Outra ala doutrinária, como se vê de Mairan Maia, reportando-se a Emilio Betti, enumera as conseqüências da situação de conflito de interesses do representante e representado:

- a) atuação do representante sem poderes;
- b) abuso do poder de representar por parte do representante;
- c) da conduta do representante com excesso de poderes;
- d) quando da ação exaustiva do representante no interesse do representado prejudicasse a si próprio.

Passemos a análise de algumas dessas hipóteses, segundo Mairan Maia.

**Abuso de direito e excesso de poder.** Há *excesso de poder* quando o representante não atua em conformidade com os poderes a ele outorgados, ultrapassando os limites da atividade representativa. Em contrapartida há *abuso* quando se exerce a representação segundo os limites dos poderes mas de forma substancialmente contrária à destinação da representação, que é a tutela do interesse do representado. O que importa é que, em ambos os casos, o negócio é celebrado sem poder de representação, sendo ineficaz em relação ao representado, devendo o representante responder pelos efeitos por ele causado.

**O falso representante.** Ocorre a representação sem poderes quando o pretense representante atua ilegítimamente, sem que lhe tenham sido deferidos poderes para agir em nome do representado, pois, como já vimos em artigo *supra*, o poder de representação é indispensável para que se exerça. Esse fenômeno pode ocorrer por nunca terem sido conferidos poderes ao falso representante, ou por terem cessado ou se exaurido os poderes anteriormente dados.

Seja na *representação voluntária*, seja na *legal*, o negócio jurídico celebrado pelo falso representante deve ser tratado de forma idêntica aos celebrados com abuso ou excesso de poder, já que em ambos os casos há carência de legitimidade, por ultrapassar os limites previamente estipulados na outorga de poderes.

A mais recente doutrina italiana diverge em parte, fazendo as seguintes observações: o conflito de interesses designa uma situação de dissídio, ou seja, uma situação estática, enquanto o abuso designa uma situação dinâmica, um desvio no exercício do poder quanto ao fim para o qual foi conferida a representação. Enquanto o conflito pode existir sem que o negócio representativo venha a existir, pois o conflito preexiste, o abuso de representação é identificado após a conclusão do negócio, portanto de sua existência.

Enquanto o negócio com conflito é anulável, no segundo, abuso, o negócio só existirá se ocorrer a ratificação do representado.

**Ato anulável.** Importa indagar: se o conflito de interesses entre representado e representante não era conhecido pelo terceiro beneficiado, o negócio com ele celebrado poderá também ser anulado?

A resposta é negativa. Como vemos, a segunda parte do art. 119 apresenta uma condicionante para esse ato ser anulado. Não existindo a condicionante (a ciência ou circunstância que dê esta ciência ao terceiro beneficiado), o negócio entre o representante e o beneficiado não pode ser anulado, sob pena de permitirmos que terceiro de boa-fé seja prejudicado por ato danoso do representante.

Isso não quer dizer, ao mesmo tempo, que o representado ficará sem instrumentos para ver-se ressarcido dos danos que porventura tiver sofrido, pois a este socorre a previsão do art. 118. Mas sua ação fica adstrita à esfera da representação em si, podendo tão-somente anular os atos constitutivos desse instituto, não podendo atingir, nessa hipótese, os atos praticados com terceiros de boa-fé.

**Prazo decadencial para a anulação do negócio com terceiro.** Com o advento da presente disposição, e pela análise do Direito estrangeiro, remanesce uma dúvida: estamos diante de caso de decadência ou de prescrição?

Em se tratando dos denominados poderes, como são eles invioláveis, não há que falar em prescrição, mas em decadência. Assim, acertadamente o Código estabelece o prazo para o representado anular o negócio entre o representante e terceiro como decadencial, de cento e oitenta dias a contar da conclusão do negócio ou do dia em que ficar comprovado que este era capaz de saber o já explicado conflito de interesses entre representante e representado.

Cumpra observar que o conflito de interesses é objeto de tratamento também no Projeto do Código Civil Europeu.

**Art. 120.** *Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 164 a 181; Código Civil italiano, arts. 1.387 a 1.400; Código Civil português, arts. 258<sup>a</sup> a 269<sup>a</sup> e 1.259<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALCARO, Francesco. *Il mandato*. Milano: Giuffrè, 2000; *Mandato e attività professionale*. Milano: Giuffrè, 1988. ALLUE, Fernando Crespo. *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. DíEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1979. GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1997. GOMES, Manuel Januário da Costa. *Em tema de revogação do mandato civil*. Coimbra: Almedina, 1989. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, 2. ed. s.d. v. 7, t. 2. DI GREGORIO, Valentina. *La rappresentanza apparente*. Padova: CEDAM, 1996. LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001. LUMINOSO, Angelo. *Mandato, commissione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 1984. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MATTIA, Fabio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo Gráfica, 1984. PONTES DE MIRANDA.

*Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1977. PINTO, Rui. *Falta e abuso de poderes na representação voluntária*. Lisboa, 1994. v. 1. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. RONDINONE, Nicola. *L'attività nel Codice Civile*. Milano: Giuffrè, 2001. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. Padova: CEDAM, 1997. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procaurações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. STORCK, Michel, *Le mécanisme de la représentation dans les actes*. Paris: LGDJ, 1982 (L'analyse du processus de réalisation d'un acte juridique: recherche des éléments constitutifs de la représentation).

**COMENTÁRIOS:** Como vimos, abriu o novo Código um capítulo para os preceitos gerais sobre a representação legal e a voluntária.

Ao contrário de outros Códigos, que regulam ora a representação voluntária na Parte Geral, ora não a regulam, o Código Civil pátrio, seguindo a orientação do antigo, disciplina a representação voluntária no capítulo concernente ao mandato. Porém, vincula seus efeitos, ligando suas disposições ao colocado nesta Parte Geral. No tocante à representação legal, os efeitos e requisitos estarão em partes específicas, sobretudo no Direito de Família (pessoal ou patrimonial) e, como dissemos, sempre deverão estar ligadas aos preceitos deste capítulo.

Por outro lado há que se distinguir a denominada representação orgânica, ou seja, a atribuição de poderes a órgãos que, no dizer de Pontes de Miranda, *presentam* as pessoas jurídicas. Tais outorgas de poderes ocorrem pela eleição para o cargo dito representativo. Temos idêntica situação nos cargos eletivos no direito público.

Tais cargos são de caráter pessoal e intransferível, não se confundindo as funções com outros poderes, sendo absolutamente inadmissível pensar em substabelecimento, que pressupõe a representação voluntária.

### *Capítulo III* **DA CONDIÇÃO, DO TERMO E DO ENCARGO**

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 114. *Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, arts. 900, 1.172 e 1.174.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. CASTRO y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GIORGI, Giorgio. *Tratado de direito das obrigações*. Trad. esp., Madrid: Ed. Reus, 1930. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio juridico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS: *Dos elementos particulares ou acidentais — o negócio jurídico no plano da eficácia.*** Como bem expõem Antônio Junqueira de Azevedo e Marcos Bernardes de Mello, quando falamos nos efeitos do negócio jurídico, quando falamos em constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas, estamos falando do plano de sua *eficácia*.

No plano de existência, o negócio existe pela presença dos elementos constitutivos, no plano da validade, será válido quando reunidos seus requisitos essenciais e estruturais. Enquanto a existência desse negócio depende de seus elementos estruturais, sua eficácia pode ser modificada por outros elementos, que a doutrina denomina acidentais, criados segundo os interesses e motivos do agente.

Zeno Veloso, em sua obra monográfica *Condição, termo e encargo*, denomina-os *modalidades especiais*.

Sob a denominação de *modalidades dos negócios jurídicos* estudam-se as disposições *accessórias*. Essa colocação, segundo o Professor Agostinho Alvim, vem de um autor de profundidade no estudo do ato jurídico, José Augusto Cesar, mas cuja obra não ganhou maior divulgação, sendo encontrada só em grandes bibliotecas.

Com base em tais ensinamentos, tem-se que os negócios jurídicos são considerados *puros* quando não acompanhados de qualquer modalidade, ou seja, de um pacto *accessório*, de uma disposição *accessória*. Os negócios jurídicos eventualmente dependem dessas modalidades, que vêm a ser um acidente na vida do referido negócio.

Assim deve ser realmente entendido, porque o negócio pode existir sem qualquer elemento acidental, particular, ou *accessório*. Se, porém, certas disposições particulares, *accessórias*, vierem a ser introduzidas, devemos dizer que esse negócio jurídico não é um negócio puro, pois passou a ser um negócio acompanhado de uma modalidade, ou de um *accessório*.

Daí em diante passam a ser efetivamente elementos do negócio.

Betti explica que o particular pode ter motivos para não dar ao regulamento escolhido um valor vinculativo incondicional e imediato, mas, antes, para lhe subordinar a entrada ou a permanência em vigor à verificação de um evento ou ao esclarecimento de uma dúvida.

Esses elementos acidentais são acréscimos à figura típica do ato para mudar-lhe os respectivos efeitos. Como já salientamos, por si só o negócio já poderia estar no plano da eficácia, mas, por vontade das partes, por ter-lhe sido aposto um elemento acidental, não estará ainda nesse plano.

No nosso sistema, lembramos, temos as seguintes modalidades: condição, termo e encargo, também denominado de modo, as quais, segundo José de Abreu: “são disposições *accessórias*, de existência facultativa, incidentes sobre a eficácia de certas relações negociais, atingindo todo o negócio ou parte dele, ou ainda, restringindo o conteúdo do negócio jurídico gratuito”.

Muito próxima é a colocação de Limongi França: “É a cláusula *accessória*, em virtude da qual se estabelecem modificações à vantagem criada pelo ato

jurídico, já mediante o estabelecimento de uma determinada aplicação da coisa, já por meio da exigência de certa prestação”.

Dessa visão discrepa Francisco Amaral, especificamente quanto à condição, como se vê da p. 80 da obra *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Afirma, com muita propriedade a nosso ver, que:

“Costuma-se caracterizar a condição como cláusula, determinação acessória, autolimitação da vontade. A qualidade de acessório pressupõe a existência do principal, do qual depende quanto à existência e extensão e do qual seja destacável. Todavia, quando o que se considera acessório, como no caso da condição, atinge a própria essência da vontade negocial, não pode mais ser acessório. Os termos da relação de acessoriedade ficariam invertidos e o acessório passaria a principal. Com esse entendimento, a doutrina dominante. No caso do negócio jurídico condicionado não existem duas vontades, nem o caráter atribuído à condição lhe tira a influência decisiva sobre a relação jurídica constituída pela declaração de vontade. A condição, vulgarmente considerada acessória, elemento acidental do negócio jurídico, não funciona como declaração distinta da que se diz principal. Se da condição depende a sorte de todo o negócio jurídico, é evidente que ela constitui parte integrante e substancial dele”.

O raciocínio desenvolvido pode ser adotado quanto aos denominados elementos acidentais, todos.

**Condição.** A condição, que vem definida no art. 121 do Código Civil, caracteriza-se pela *futuridade* e *incerteza*, e necessita ser lícita, como veremos no art. 122.

O evento, a que se refere a lei, é um acontecimento qualquer, desde que seja futuro e incerto, como previsto também na lei, caracterizando os requisitos futuridade e incerteza. Pois se o acontecimento não for futuro, não haverá condição, tanto quanto se for certo ou impossível. É um acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico.

Esse é um dos raros conceitos que alcança univocidade na doutrina e no direito positivo privado de diversos países. Giorgio Giorgi, mestre italiano, que escreveu o *Tratado de direito das obrigações*, com tradução espanhola, em nove volumes, destaca que a incerteza na *condição* já era prevista no Direito Romano. Segundo o citado autor, embora existam dois elementos, *futuridade* e *incerteza*, é esta última que efetivamente caracteriza a condição.

**Negócios que não admitem condição.** Antes de irmos adiante, cumpre esclarecer que os negócios jurídicos de Direito puro de Família, ou seja, os que se referem às situações pessoais, relativas ao estado, não admitem condição, assim o casamento, a emancipação, a adoção, o reconhecimento de filhos. Não são suscetíveis, tecnicamente, da vontade do particular, daí a impossibilidade de se condicionar o negócio.

**Diferença entre condição e encargo.** Há clara distinção entre encargo e condição, como se vê de Pedro Henrique de Miranda Rosa, no verbete “modo”

do *Repertório Enciclopédico* de Carvalho Santos: “Ao contrário da condição, com a qual se pode às vezes confundir na prática, o modo é coercitivo. Com efeito, quando se estabelece uma liberalidade a título condicional em que o beneficiário deve prestar determinado ato, éste pode optar por não cumpri-la, caso em que, se não adquire o direito, também não sofre qualquer restrição na sua liberdade ou diminuição no seu patrimônio, pois o direito condicionado ainda se não integrou no mesmo; quando, porém, se trata de disposição modal, o beneficiário recebe desde logo o benefício que passa a integrar o seu patrimônio antes de cumprir o encargo; mas, em caso de descumprimento perderá a liberalidade, sofrerá um empobrecimento e, por isso, considera-se que a ameaça do empobrecimento funcionará coativamente para que o destinatário execute o encargo. Na condição, o inadimplemento deixa intacto o patrimônio do beneficiado; no modo gera um desfalque”.

Essa distinção é sumamente importante para melhor se entenderem as chamadas *doações com encargo*, que se tornaram muito comuns por parte de prefeituras visando ao desenvolvimento industrial, ou só ao econômico, e que doaram terrenos condicionando a instalação efetiva da indústria, ou da atividade econômica, dentro de determinado tempo, o que nem sempre ocorreu.

No trato do dia-a-dia jurídico, por vezes, empregamos a palavra “condição” sem que estejam presentes os dois elementos: a incerteza e a futuridade, conforme teremos oportunidade de mostrar logo mais. Nesse caso se costuma dizer que se trata de *condições impróprias*.

E essa é uma falha que encontramos com certa freqüência, mesmo em documentos feitos com a assistência de profissionais do Direito: “Dão tal imóvel a fulano com a condição de nele ser construída uma indústria”. Temos aí um encargo, e não uma condição.

Outra figura que se assemelha mas não tipifica a condição é a denominada *conditio juris*, que é um requisito de eficácia do negócio jurídico que se baseia no ordenamento, e não na disposição das partes, diz Larenz. Exemplo maior tem-se na ratificação, regulada pelo art. 172 como confirmação, e que no Código de 1916 era disciplinada pelo art. 148, que expressamente se referia ao efeito retroativo. Não se trata de condição, pois como se vê tem outra denominação e tratamento jurídico.

Cabe, ainda, referir a distinção entre as condições resolutivas e as suspensivas.

Larenz dizia que essa é a diferença mais importante que existe no âmbito das condições. Se formos verificar o texto dos arts. 125 e 127, veremos que dispõem dando o conceito de cada qual, tornando desnecessário desenvolvimento maior inicial.

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, arts. 900, 1.172 e 1.174; Código português, art. 271<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FERRI, Giovanni. *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1985. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GHESTIN, Jacques. *Traité de droit Civil: la formation du contrat*. 3. ed. Paris: LGDJ. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. PERELMAN, Chaim e OBRECHT-TYTECA, L. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rethorique*. Bruxelles: L'institut de Sociologie, 1970. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS: *Condição lícita e ilícita.*** O presente artigo delimita o alcance de qualquer condição: há que ser conforme a lei, a denominada ordem pública, a moral, ser exequível e não ficar subordinada ao arbítrio de uma parte.

A exigência de que seja legal a condição está conforme a própria delimitação que se faz da autonomia privada.

A autonomia privada é um poder de criar normas individuais, poder este cujos contornos temos no direito positivo.

Como já dizia Kelsen, as normas individuais voluntárias acabam constituindo parte do ordenamento, na medida em que regem os comportamentos dos que ficam sob sua incidência. Aliás, tal pensamento é lembrado e referido pelo grande civilista francês Jacques Ghestin, em *Traité de droit civil: la formation du contrat*, p. 8:

“... Selon l'article 1.134 du Code Napoléon 'les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites'. C'est ainsi, selon Kelsen, le droit positif qui habilite les individus à passer, par un acte de volonté, une norme particulière et concrète...”.

Ora, a condição é sempre uma estipulação das partes, portanto, há que ser conforme a lei.

A referência à ordem pública e aos bons costumes é uma constante na legislação e um tormento para a doutrina, que não consegue chegar à univocidade conceitual sobre tais termos, como se vê, por exemplo, da análise da expressão “ordem pública”, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, bem, como da remissão feita por Ghestin referindo-se à pesquisa feita por Ph. Malaurie, em *L'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé: France, Angleterre, URSS)*, que chegou a compilar vinte e duas definições.

Dentre as perplexidades da doutrina tem-se a de saber se ordem pública e bons costumes são conceitos sobrepostos, ou se devemos entendê-los como alternativas, de tal sorte que se um é aplicado o outro não o será.

Para Giovanni B. Ferri (*Enciclopedia del Diritto*, verbete “Direito privado”), o conceito de ordem pública é obscuro e indecifrável, o que não o impediu de buscar uma análise científica em torno do tema.

Assim, quanto a sua função, o autor em exame diz que quer no uso conjunto com bons costumes, quer no uso isolado, ordem pública envolve sempre um critério de valoração da licitude e, portanto, da validade, numa função de limite negativo ao agir negocial, ou seja, os interesses mercedores de tutela devem não só satisfazer aos interesses individuais, mas também aos interesses relativos à sociedade.

Assim, tem-se que os interesses de ordem econômica, para merecerem a proteção jurídica, devem ter duplo condicionamento, ou seja, primeiro de utilidade social, de liberdade, de segurança e da dignidade humana, que formam o limite negativo e refletem o real conceito de ordem pública, e, segundo, o critério particular e individual.

No dizer textual de Ferri: “A ordem pública não é, pois, um limite aos direitos fundamentais do indivíduo em função dos superiores interesses da

comunidade estatal, mas põe limites à autonomia privada, em função do respeito aos valores fundamentais sobre os quais se funda e que caracterizam o ordenamento jurídico ...”.

Muito próxima dessa colocação, e envolvendo já o conceito de bons costumes, tem-se a de Ghestin, com apoio explícito em Chaim Perelman:

“L'ordre public est incontestablement l'une de ces notions à contenu variable dont l'existence a été mise en lumière notamment par Perelman. Sa fonction essentielle est celle qui résulte de l'article 6 du Code Civil, c'est-à-dire la *limitation de la liberté contractuelle au nom de l'intérêt de la société*. Quant à la notion de *bonnes moeurs* elle exprime l'aspect moral de l'ordre public, c'est-à-dire les règles morales dont l'intérêt de la société impose le respect aux volontés individuelles”.

Como diz a doutrina, o Direito foi feito para produzir efeitos no ambiente social; logo, as disposições legais ou mesmo as negociais, que serão normas individuais, devem todas produzir seus efeitos, sob pena de não existir razão para sua existência.

A condição será fruto da autonomia privada para produzir efeitos; se ocorrer a criação de uma que iniba a produção de efeitos, não podemos considerá-la como jurídica.

A produção da norma negocial bilateral não pode descuidar da necessidade do respeito igual aos direitos dos sujeitos. Daí que não se pode admitir a preponderância de uma vontade com desrespeito à outra, ou seja, o arbítrio.

Cabe observar que parte da doutrina divide as condições ilícitas em:

a) *Condições ilícitas propriamente ditas* — contrárias à ordem pública e às normas jurídicas cogentes que inclusive punem a existência de tal comportamento (*ex.: prometo a alguém dinheiro se roubar outra pessoa*).

b) *Condições imorais* — as contrárias aos bons costumes, salientando que a moralidade ou imoralidade serão verificadas segundo o caso concreto nos colocado à frente.

c) *Condições impossíveis* — física ou juridicamente impossíveis.

d) *Condições puramente potestativas* — a doutrina divide a *condição potestativa* em: *pura, simples e mista*.

A *condição potestativa é pura* quando é estabelecida exclusivamente pelo arbítrio de uma parte (*ex.: vendo minha casa se gostares de Maria*), e é vedada pelo prescrito no presente artigo. A *condição potestativa é mista* quando depende da vontade das partes que figuram no negócio jurídico. A potestativa é *simples* quando o fato depende da vontade da pessoa, mas não só da pessoa; para sua caracterização concorrem certas circunstâncias.

A condição potestativa enseja muita dúvida na aplicação prática pelos leigos, em razão do disposto na última parte do art. 122, porque a interpretação desprovida dos recursos da hermenêutica leva a afirmar que há uma condição potestativa proibida por lei, quando não se trata de potestativa pura, mas sim de

*potestativa mista.*

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

**I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas;**

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

**III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 116. *As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, arts. 900 e 1.172; Código italiano, art. 1.354; Código argentino, art. 530.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*, 3. ed. Rio

de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Comentando dispositivo equivalente do Código de 1916, Clóvis sustentava que a invalidade de tais condições é clara, pois “não há, com elas, manifestação real e séria de vontade”.

O elenco fica parecendo despiçando em razão da introdução do artigo precedente, que inexistia no Código anterior.

Elencou o legislador diferentes figuras de condição que invalidam o negócio jurídico, uma vez que seriam inadmissíveis, pela própria natureza do evento a que se pretenderia tornar dependente a vigência do negócio.

Seguindo a esteira dos ensinamentos de Betti, são inválidas as condições:

— *natural e juridicamente impossíveis*

— *ilícitas segundo o Direito ou segundo a moral*

— *incompreensíveis ou contraditórias* (*Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra, Coimbra Ed., 1970, t. 3, p.135).

As primeiras são inadmissíveis (e por isso inválidas) porque um evento que seja excluído, pela experiência, da ordem natural das coisas ou seja irrealizável, segundo a valoração da ordem jurídica, não pode ser objeto de séria e razoável previsão. Prevê-se o que pode acontecer, não o que a experiência comum da natureza ou do Direito nos assegura impossível. Exemplos contumazes na doutrina, como o da *condição de dar fortuna se tu colocares a ponta do dedo no céu*, “precisam merecer permanente atenção, pois outras como ‘toques a lua com a mão’, de há muito deixaram de ser impossíveis”.

A pesquisa jurisprudencial irá levar o leitor à conclusão de que as hipóteses de *condições juridicamente impossíveis* são mais frequentes e há fundamento lógico para tanto, qual seja, a ignorância das partes quanto à vedação legal.

Também inadmissíveis as segundas, pelo menos à medida que são suspensivas, porque visam promover uma atividade reprovada pela ordem jurídica ou condenada pela ordem ética (socialmente fixada pelos *bons costumes*), estabelecendo entre ela e o negócio um nexo de subordinação que o Direito não poderia sancionar sem se colocar em oposição com a função normativa social e sem faltar à sua missão de fiscalizar a autonomia privada antes de lhe reconhecer relevância jurídica.

A terceira figura representa as chamadas *condições perplexas ou incompreensíveis*, que são aquelas em que as partes deixam o intérprete

perplexo, não compreendendo a condição por elas estipulada. Não é raro que as redações sejam incompreensíveis; aliás, o hábito da leitura e da escrita está cada vez mais em desuso, porque hoje em dia prevalece o audiovisual, que vem sendo fator de grande empobrecimento intelectual do povo.

Exemplo clássico de condição perplexa, do art. 122, em sua última parte, tem-se no mestre Agostinho Alvim, ainda se referindo ao Código antigo: “Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio ...”. Há aí uma condição perplexa, porque se pratica determinado negócio jurídico, mas se o sujeita a uma condição pela qual ele não deveria produzir efeito algum. Diante disso ficamos perplexos.

Estando o negócio jurídico subordinado a essas modalidades de condição, esse negócio passa a ser considerado inválido. Frise-se que *TODO O NEGÓCIO É INVÁLIDO*, e não só a condição, como alguns doutrinadores ainda discutiam quando não existia essa previsão.

Mas por que todo o negócio é considerado inválido e não só a modalidade de condição? A razão para esse fenômeno é lógica: como a eficácia do negócio está *subordinada* a essas condições, sendo impossíveis, ilícitas ou perplexas, o negócio jamais alcançará eficácia, e as partes não poderão esperar que o negócio se realize, pois jamais se realizará, ou mesmo que se pratiquem os seus atos estruturais, jamais terão validade no mundo do Direito. Para evitar isso, existentes tais condições, o legislador preferiu fulminar desde já o negócio jurídico.

**Art. 124.** *Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, arts. 900 e 1.172; Código Civil italiano, arts. 634 e 1.354.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis.

*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio juridico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Pelo dispositivo em exame tem-se claro que o que é dado por inexistente é a cláusula estipuladora da condição e não o negócio jurídico celebrado, cuja eficácia não fica comprometida.

A razão da limitação à cláusula é que a condição resolutiva, como se vê do art. 127, não põe em dúvida o interesses das partes na realização do negócio, nem mesmo a manifestação de vontade delas, limitando-se, única e exclusivamente, a fixar o termo final do negócio.

Portanto, não ocorre a impossibilidade da realização do negócio jurídico. Nada impede que exista, com todas as suas estruturas que lhe dão existência, com validade e que tenha eficácia, sendo apto a modificar, constituir e extinguir relações jurídicas. Mas a cláusula resolutiva está viciada pela sua adversidade com o ordenamento jurídico. Por isso, exclusivamente a cláusula deve ser considerada inválida.

Carvalho Santos, ao contrário dessa posição, defendia que, em vez de ser considerada só a *condição*, todo o negócio devia ser invalidado. Sustentava esse ponto de vista sob a necessidade de averiguação da verdadeira vontade do declarante. Segundo o autor, ao colocar uma condição impossível, poderia fazê-lo com o *intuito de gracejar ou por não estar em perfeito estado de sanidade mental*. Assim, dever-se-ia investigar o juízo da parte, para se chegar à conclusão

se o declarante tinha ou não capacidade de concluir o negócio.

*Data venia* da posição do insigne tratadista, não se pode presumir a incapacidade de uma pessoa pela condição estabelecida, e se o negócio tem condições de ser celebrado e produzir efeitos, não se deve evitá-lo sob a alegação de suposta incapacidade. A premissa filosófica do Código, como das regras de interpretação, impõe-nos dar plenitude aos negócios celebrados e a dar o máximo de eficácia a todas as declarações, só as nulificando se comprovado algum vício ou contrariedade aos preceitos legais previamente estabelecidos.

Tal restrição abrangerá as condições de não fazer coisa impossível. Se existir uma condição, “se José se abster de ir às profundezas do oceano, sem qualquer aparelho ou mecanismo auxiliar”, tem-se por inexistente tão-somente essa condição de não fazer, valendo o negócio como o puro.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.358; Código Civil francês, art. 1.181; e Código Civil alemão, § 158.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** *Condições suspensivas e resolutivas*. Uma das principais classificações feitas pela doutrina e de enorme efeito prático, como já referido, temos quanto às condições *suspensivas* e às *resolutivas*.

A *condição suspensiva* é que faz com que os efeitos do negócio jurídico fiquem suspensos até que se realize a condição. Portanto, a realização da condição é necessária para que o ato jurídico comece a produzir efeitos. Antes da sua ocorrência, o negócio jurídico não os produz.

Para Betti, “suspensiva é a condição que, enquanto não ocorrer, suspende o regulamento de interesses estabelecido com o negócio, isto é, difere o momento de sua entrada em vigor. Enquanto a condição está pendente, o negócio a ela sujeito não produz a nova situação jurídica que a lei liga ao tipo de negócios de que aquele faz parte; (...)” (*Teoria geral do negócio jurídico*, t. 3, p. 128).

Exemplo simples, citado amiúde pelo Professor Agostinho Alvim: alguém faz um seguro contra fogo de seu prédio. Qual é a condição que aí ocorre? Que a companhia seguradora pagará o seguro se houver incêndio; se o prédio for incendiado durante o período abrangido pelo seguro, a companhia o pagará. O efeito, portanto, é *futuro* e *incerto*, pois é incerto que haja incêndio. De modo que o evento do negócio jurídico, isto é, o pagamento da companhia seguradora, está suspenso. Ele só deverá ocorrer após o dia em que houver incêndio naquele prédio. Se, porém, não ocorrer o incêndio durante o período abrangido pelo seguro? A companhia não pagará nada. Se houver incêndio a companhia pagará; em caso contrário, não.

Cumprе salientar que pendente a condição, há apenas expectativa de direito ou, melhor explicado, de evento não decorrente do interessado. A eficácia do negócio está suspensa; ocorrendo o evento, começam os efeitos.

*Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor,*

*realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.*

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 122. *Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 161; Código suíço, art. 152 (Livro das Obrigações); Código Civil francês, art. 1.179; Código Civil italiano, art. 1.360; Código Civil português, art. 273<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Do ensinamento de Clóvis temos que este artigo consagra o *princípio da retroatividade das condições*, traçando certos limites. Pendente a condição suspensiva, as novas disposições sobre a coisa prevalecerão se não forem incompatíveis com ela.

Com tal redação manteve-se o texto do Código de 1916, o que permite que reproduzamos o comentário de Clóvis sobre o sentido de “disposição”: “A palavra disposição compreende alienação, cessões, constituição de direitos reais. Depende das circunstâncias da espécie saber se são compatíveis, as duas disposições, a condicionada e a que ocorreu depois de estabelecida a condição suspensiva”. Assim, quais disposições não prevalecem? Somente as incompatíveis com o advento da condição. As outras, conciliando com o advento, subsistem.

É que as partes já estão obrigadas durante a pendência da condição, pelo que não devem realizar qualquer ato que as impossibilite do cumprimento das obrigações assumidas.

Como os efeitos concretos da obrigação assumida só são exigíveis quando do acontecimento futuro e incerto, muito se tem discutido na doutrina se eles começam no momento em que o acontecimento se verifica ou se no momento em que o negócio foi celebrado. Orlando Gomes traz um exemplo: “a aquisição do direito de propriedade sob condição; enquanto esta não se realiza, o adquirente não se torna proprietário, mas, tão logo se verifique, passará a sê-lo desde o momento da aquisição ou do momento em que se verificou?”.

Para ele tal discussão é acadêmica, pouco importando afirmar se a retroatividade é a regra ou a exceção. Para ele, o que interessa é saber o estado de direito enquanto pende a condição. Se, nesse período, o direito condicional não tivesse, para seu titular, interesse juridicamente protegível, seria uma inutilidade. Assim, é necessário definir os interesses dignos de proteção, no pressuposto de que a condição representa para o devedor uma restrição ao seu direito.

Já para outros, como Francisco Amaral, “o Código não adota o princípio da retroatividade da condição, filiando-se, por isso, ao sistema do Código Civil Alemão, embora proteja, da mesma forma que o sistema francês, os atos porventura incompatíveis com a expectativa de direito, guardadas as limitações do sistema de direito positivo pertinentes a relações jurídicas típicas mais frequentes” (*Direito civil*: introdução, p. 474).

O pensamento dos dois juristas é claro e permite que se veja a proteção da expectativa de direito da parte quanto à retroatividade ou não da condição, que tal efeito dependerá do negócio superveniente entabulado, ou seja, se incompatível com a condição imposta, não pode subsistir. Não terão valor as disposições se forem incompatíveis com o advento da condição. As que se conciliarem ao novo estado das coisas não têm por que não permanecerem. Assim, por exemplo, se uma pessoa fizer uma doação sob condição suspensiva e depois oferecer o bem doado em penhor. Realizada a condição, verifica-se que não está extinto o penhor. Nesse caso ocorre a retroatividade da condição, pois o que importa é a proteção do negócio, inadmitindo-se o posterior (penhor) incompatível com a expectativa de direito, que merecia ser protegida, e não foi.

**Art. 127.** *Se for resolutive a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 119. Se for resolutive a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 158; Código Civil italiano, art. 1.360; Código Civil francês, art. 1.182.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil; parte general*. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio*

*jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS: *Condição resolutiva***. No caso de condição *resolutiva* temos situação inversa à da *suspensiva*, ou seja, desde a celebração o negócio jurídico produz seus efeitos, mas, se ocorrer a realização da condição, deverão cessar. Daí a denominação de *condição resolutiva*, porque ela efetivamente resolve, porque o ato se resolve.

Betti qualificou a condição resolutiva como sendo “a condição destinada a resolver o regulamento de interesses convencionado, isto é, a fazê-lo cessar com sua verificação. Enquanto estiver pendente uma condição deste tipo, o negócio a ela sujeito produz todos os efeitos próprios do tipo a que pertence”.

No presente artigo houve modificação com relação ao texto do *caput* do artigo do Código de 1916, bem como a supressão do antigo parágrafo único.

A supressão se deu por uma questão de lógica, pois o parágrafo se referia à condição resolutiva tácita, que em verdade não é condição, pois, como já visto, condição decorre de expressa estipulação das partes.

Aliás, Clóvis, nos seus *Comentários*, aduzia que a condição tácita só podia ser reconhecida e operar efeitos através do Judiciário, para evitar surpresa para as partes.

Para que não reste qualquer dúvida quanto à correta classificação das condições, e em razão da dificuldade em se precisar o tipo, Orlando Gomes sugere que se verifique “a qualidade do efeito produzido pela condição durante o estado de pendência; assim, se a eficácia do ato está suspensa, a condição é suspensiva; se o ato produz efeito imediato, a condição é resolutiva”.

**Art. 128.** *Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 119. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 162; Código Civil francês, art. 1.178; Código Civil italiano, art. 1.359.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** O presente dispositivo amplia a previsão concernente às condições resolutivas, se comparado ao Código de 1916. Primeiro deixa claro que estas, inseridas em contratos de execução continuada, ou periódica, como salientado por Moreira Alves, evidenciando que os atos praticados na pendência da condição, compatíveis com a natureza da condição e, logicamente, de acordo com a boa-fé, manterão sua eficácia, só a perdendo se houver expressa disposição por iniciativa das partes.

O texto não estabelecia meios que previssessem se a relação era duradoura; era necessário recorrer à interpretação dos doutos, como CLÓVIS.

Assim, como visto no artigo anterior, na condição resolutiva a eficácia do negócio é imediata, mas tem seus efeitos cessados com a ocorrência do evento. A relação jurídica perdura até que se realize essa modalidade de condição. Em princípio, os direitos instituídos pelo titular, antes da condição, desaparecem, sob a

premissa de que *ninguém pode transmitir a outrem mais direito do que tem*. O direito que o autor da declaração da vontade havia criado deixa de existir, de acordo aliás com aquela mesma vontade, que havia de antemão previsto esse efeito.

Por exemplo, no caso de uma relação locatícia, sobrevindo cláusula resolutiva estipulada, não há razão para sustar os atos já praticados, como o pagamento de aluguéis e demais encargos, sendo que é da natureza da própria relação locatícia que o locador, para entregar o bem locado, deverá receber valores em troca. Se não houve disposição em sentido contrário, no contrato de locação, o locatário não reaverá os aluguéis pagos, pois os pagamentos foram em cumprimento de obrigações contratuais válidas, vigentes e eficazes, portanto foram praticados atos perfeitos e acabados.

Se a cláusula resolutiva for, por disposição das partes, aposta a um negócio de execução continuada já em curso, esta não atingirá os atos já praticados, permanecendo tão-somente com efeitos *ex nunc*. Por ser essa a regra geral, a exceção terá de ser expressa, descabendo qualquer interpretação contrária.

Pode-se dizer que é a conformação com o princípio do ato jurídico perfeito que vai ver chegar seu termo com a condição, mas, enquanto não chega, é perfeito e vigente para produzir os efeitos jurídicos.

**Art. 129.** *Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 120. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer.*

*Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele, a quem aproveita o seu implemento.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 162; Código Civil francês, art. 1.178; Código Civil italiano, art. 1.359.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971;

*Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GIORGI, Giorgio. *Tratado de direito das obrigações*. Trad. esp. Madrid: Ed. Reus, 1930. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Como nos Códigos estrangeiros, este artigo condena o dolo daquele que impede a realização da condição e, ao mesmo tempo, daquele que força maliciosamente seu implemento.

Assim, se existe uma condição e uma das partes forçar o acontecimento dela, o Código diz que, nesse caso, será como se a condição não tivesse acontecido. Sob outro ângulo, se existir uma condição e uma das partes fizer de tudo para que essa condição não se realize, provado o ato ardiloso, a condição será considerada verificada, em todos os seus efeitos. Todos os atos posteriores àquele comportamento comissivo ou omissivo da parte, que impediu o deslinde natural da condição, serão considerados ineficazes.

Exemplo claro é o exposto por Giorgio Giorgi: o testador deixa certo legado a um criado de confiança com a condição de que ele continue a prestar serviços à sua viúva, e esta, arbitrariamente, o despede, para que o legado lhe seja entregue. A condição aposta pelo testador, evidentemente, previa a normal consecução do trabalho, não o óbice ardiloso da viúva, que, no caso, evidenciou ganância desmedida, para antecipar o fim do legado e a consolidação do patrimônio do finado em suas mãos.

Observa-se que incumbe ao prejudicado comprovar o ardil e a malícia da

outra parte, que busca impedir ou antecipar a gênese natural da condição. Se o implemento (ou não implemento) da condição tiver nexo de causalidade entre a atitude (omissiva ou comissiva) da parte que realizou o negócio, e esta comprovar que mesmo sem qualquer atitude sua não se daria o implemento natural da condição, não se tem a incidência do dispositivo.

O mesmo deve ser considerado se não se tipificar a má-fé no ato da parte.

Se a atitude de uma parte demonstra intenção clara de prejudicar a outra no negócio e isso causar danos, a parte prejudicada poderá, também, pleitear a reparação destes, nos termos da regra geral do art. 186, contra a promotora do prejuízo.

**Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 121. *Ao titular do direito eventual, no caso de condição suspensiva, é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.180.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*, parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*.

7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** No Código de 1916, Clóvis referia que o direito eventual, denominação do art. 121, era só quanto à condição suspensiva, e que não havia disposição precedente em nosso direito positivo.

Tal referência a direito eventual, feita no dispositivo e agora com conceito ampliado, pois empregado também às condições resolutivas, já havia merecido crítica expressa de Zeno Veloso:

“Chamar o direito expectativo de ‘direito eventual’, como faz o art. 121 do Código Civil, é atecnia, imprecisão de linguagem, até porque a expressão traduz uma *contradictio in terminis*, dizendo que é — direito — o que pode até não ser — eventual.

O direito expectativo, temos dito, já é um direito, já é um efeito, pelo menos, um efeito mínimo do negócio sob condição” (*Condição, termo e encargo*, p. 58).

A mesma crítica à terminologia foi feita por Francisco Amaral, em *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. p. 96:

“Pendente a condição, há apenas expectativa de direito, ou direito condicional. Difere este do direito eventual, que depende de acontecimento futuro, essencial para sua existência, decorrente do próprio interessado, enquanto a expectativa de direito depende de evento futuro e incerto não decorrente do interessado”.

Se a existência de cláusula resolutiva permite que o negócio desde o início produza efeitos até a ocorrência da condição, não se tem expectativa do nascimento de situação nova a criar efetividade ao direito, como se dá com a condição suspensiva.

O titular de um direito com cláusula suspensiva, embora não tendo nenhum direito adquirido e exigível antes de verificada a condição, é autorizado a velar pela conservação dos direitos, pelos quais tem expectativa legítima.

Assim, são atos conservativos do direito expectativo os de registro do título que conceda tal expectativa, ou de reconhecimento de firma das partes, vistorias, cauções, como na hipótese do art. 1.953, interrupção da prescrição etc.

A novidade fica por conta de que esses atos de conservação não têm lugar

só nos casos de condição suspensiva, mas também quando pender sobre o negócio condição resolutive. Segundo Moreira Alves, essa inovação se deu impositivamente em defesa da parte, posto que, mesmo na condição resolutive, enquanto pendente a condição, é titular de direito expectativo.

Exemplo possível de tal hipótese tem-se nos casos de negócios de prestação continuada ou periódica. Mesmo pendendo condição resolutive sobre o negócio entabulado, pode a parte exercer todos os atos para a consecução integral do contrato, não ficando adstrito à proteção dos efeitos do art. 128, que garante o recebimento das prestações, aluguéis, no período anterior à ocorrência da condição, recebimento que será considerado válido e eficaz.

O mesmo nos casos de propriedade resolúvel (arts. 1.359 e 1.360). Enquanto não resolvida a propriedade por implemento da condição resolutive, pode a parte praticar atos que conservem não só o bem para o futuro, como os direitos reais cuja duração tenda ao futuro.

**Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, não a aquisição do direito.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 123. *O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.185.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956;

*Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS: Termo.** “Termo é o momento que se determina no tempo em que os efeitos do negócio jurídico devem começar ou devem cessar de produzir-se.” Esta é a definição que se pode adotar e adaptar a partir dos ensinamentos de San Tiago Dantas.

É uma disposição voluntária, que, fixada, passa a integrar o negócio jurídico, não como mero acessório, mas como um elemento que vincula toda a eficácia.

Enquanto na *condição* os efeitos do negócio jurídico passam a ser produzidos quando a condição *SE* realizar (*condição suspensiva*), ou deixam de ser produzidos *SE* ocorrer o evento futuro e incerto (*condição resolutiva*), portanto, na hipótese de ocorrer o fato, no *termo* *existe a certeza do acontecimento, do fato*, é o “QUANDO”. Em comum entre condição e termo só a *futuridade*.

O *termo* é fixado por referência a acontecimento futuro e certo, cabendo distinguir, todavia, do termo referido diretamente ao calendário (*dies certus quando*) e do termo referido a um acontecimento cujo momento não se pode desde logo precisar, mas que fatalmente ocorrerá, daí por alguns ser denominado termo incerto, uma vez que o dia do acontecimento não é precisável desde logo. É o *dies incertus quando*.

Normalmente o negócio jurídico é criado com a fixação dos seus termos, com o que dizemos *termo inicial* (*dies ad quem*) e *termo final* (*dies a quo*), quanto à produção de efeitos.

Fixado o *termo inicial*, o negócio jurídico só produzirá efeitos depois de ocorrido aquele. E se fixado o *termo final*, o negócio jurídico deixará de produzir efeitos quando se der esse momento.

O que decorre entre dois termos denomina-se *prazo*, cujo cômputo deve ser feito conforme o art. 132 do Código e a forma excepcionante do art. 133.

O *termo inicial* (*dies a quo*) será um só, por exemplo: em tal dia, referência direta ao calendário, ou então um fato que seja certo e não aleatório,

como a ligação à morte de uma pessoa. Pois aí se estará falando de termo, porque é certo que a pessoa um dia morrerá.

Sendo substancial a diferença entre termo e condição, na análise do presente art. 131 há de se lembrar que, enquanto a *condição suspensiva* suspende a aquisição do próprio direito, o *termo inicial*, conforme o dispositivo em exame, suspende só o exercício do direito, mas o direito já está adquirido desde o momento em que o negócio jurídico foi praticado.

Veja-se que na hipótese de *termo*, se o contrato está celebrado, é válido; sua execução é que está sujeita à ocorrência do *termo inicial*, o direito da parte ao cumprimento do contrato já está adquirido. Tal constatação difere da hipótese de *condição*. Se não ocorrida a *condição*, não se poderá dizer que já há direito ao cumprimento do contrato, porque não estará vigente a relação negocial submetendo as partes às suas normas. Há, sim, expectativa de direito, que poderá não se concretizar.

Especial atenção merece o art. 397 do Código, porque pode levar o leitor à conclusão de que é possível não haver termo final, quando não é esta a questão ali posta. A referência é aos contratos com prazo indeterminado, ou obrigação sem vencimento fixado desde logo. Então, para a fixação do termo inicial da mora, ou para a caracterização da cessação do contrato, torna-se necessária atividade da parte. Para fins da mora, será a fixação do termo inicial do cômputo; para fins de encerramento do contrato, será termo final de tal tipo de relação.

Os manuais consagram o esquema com a denominação dos termos, que passamos a reproduzir:

*Dies certus an "certus" quando* — significa dia certo se e certo quando; portanto termo certo. Exemplo: dia 15 de janeiro de 2003.

*Dies certus an "incertus" quando* — significa dia certo se, mas incerto quando; portanto incerto. Exemplo: dia da morte de uma pessoa.

*Dies incertus an "certus" quando* — significa dia incerto se, mas certo quando. Por exemplo, atingir a maioridade; não se sabe se alcança, mas se sabe quando será.

*Dies incertus an "incertus" quando* — significa dia incerto se e incerto quando. Por exemplo, se o leitor estiver fazendo curso superior, não se sabe se irá se formar e quando será a colação de grau.

**Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.**

**§ 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.**

**§ 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.**

**§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de**

*início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 125. *Salvo disposição em contrário, computam-se os prazos, excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento.*

§ 1º *Se este cair em dia feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.*

§ 2º *Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.*

§ 3º *Considera-se mês o período sucessivo de 30 (trinta) dias completos.*

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

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 186 a 193; Código suíço, arts. 76 a 78.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição,*

**COMENTÁRIOS:** Esta é a regra geral estabelecida pelo Código, mas sua condição supletiva é evidente, pois as partes poderão estipular critérios diferenciados.

A regra trazida no *caput* é que, na contagem dos prazos, exclui-se o dia do começo (*dies a quo non computatur in termino*). Ou seja, o *dies a quo* não deve ser computado no termo. O dia do vencimento, porém, é incluído no cômputo do prazo (*dies termini computatur in termino*).

O § 1º, relativo à prorrogação do prazo até o seguinte dia útil, quando o vencimento cair em um feriado, mantém regra de origem anterior ao Código de 1916, mas por isso mesmo impõe interpretação. Ao referir dia útil, à evidência, não se computa o domingo como termo. Quanto aos prazos judiciais, as regras estão previstas no Código de Processo Civil (arts. 172 a 175, e 184), sendo certo que, quanto aos domingos e demais dias declarados em lei como feriados forenses, não serão computados como termo, por força da regra expressa dos arts. 175 e 184, § 1º, do CPC.

A título de ilustração, cumpre informar o que estabelece a Lei n. 9.093/95 (que dispõe sobre feriados):

Artigo 1º São feriados civis:

I - os declarados em lei federal;

II - a data magna do Estado fixada em lei estadual;

III - os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal (acrescido pela Lei n. 9.335/96)".

E são feriados nacionais: "1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 12 de outubro, 15 de novembro, 25 de dezembro, bem como o dia em que se realizarem eleições de data fixada pela Constituição Federal" (Lei n. 662/49; Lei n. 1.266/50; Lei n. 4.737/65, art. 380; Lei n. 6.802/80).

O § 2º evita incertezas sobre o termo final ou inicial de prazo que se refere a meado, palavra cujo sentido rigoroso é "do meio", por isso enseja dúvida na significação ("pago em meado do mês de outubro"). Independentemente do mês, a lei fixou que o termo "meado" será sempre o dia 15.

O § 3º altera e inova sobre o Código anterior. Não dispunha o Código de 1916 sobre os prazos contados em meses, ou contados em anos, mas somente ao mês, como o período sucessivo de trinta dias completos. Tal disposição levou a muitas discussões em razão dos meses com menos e com mais de trinta dias, além de não mencionar os prazos por ano.

Para o novo Código não importará se o mês tem trinta ou trinta e um dias. Nem se o ano é ou não bissexto. Os prazos por mês ou ano expirar-se-ão no dia de igual número do termo inicial. Por exemplo, se o prazo é de um mês, e tem o seu termo inicial dia 29, o seu termo final será o dia 29 do mês subsequente.

Mas se o termo final cair em 29 de fevereiro e não for ano bissexto? A

segunda parte do § 3º determina que o dia seguinte imediato deve ser levado em conta, ou seja, o dia 1º de março.

O mesmo para prazos em ano. Se o termo inicial é 3 de outubro, o termo final nessa modalidade de prazo será 3 de outubro do ano posterior.

O § 4º manteve o antigo parágrafo do art. 125 do Código de 1916, assim os prazos fixados em horas contar-se-ão de minuto a minuto.

**Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 126. *Nos testamentos o prazo se presume em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contraentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.187; Código Civil italiano, art. 1.184.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*

*interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Há a presunção, segundo este artigo, de que o prazo é estabelecido a favor do herdeiro (nos testamentos) e em benefício exclusivo do devedor (nos contratos).

Mas essa presunção, no caso dos contratos, cessa quando das circunstâncias ou do teor do título resultar diverso. Assim, o teor do contrato poderá constituir circunstância capaz de afastar a aplicação da presunção firmada neste artigo, dando, inclusive, força à autonomia privada. Assim, cessará a presunção quando do teor do instrumento ou das circunstâncias resultar que o termo foi estabelecido a favor do credor ou de ambos os contratantes.

O texto é idêntico ao do Código de 1916, que mereceu crítica de Clóvis, porque a redação final incluiu emenda do legislador que contribuiu para dificultar o entendimento do artigo, com o “quanto a esses”. *Ademais*, dizia, *quanto ao herdeiro, não havia a necessidade de tal ponderação* (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, p. 308).

Carvalho Santos recorreu à doutrina estrangeira para buscar exemplificação, e acabou deduzindo que só o exame da vontade das partes é que poderá levar à conclusão sobre a rejeição da presunção.

**Art. 134.** *Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 127. Os atos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 271; Código Civil suíço, art. 75.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do*

*Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MÁYNEZ, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*. México: UNAM, 1968. MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Contrato no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** A falta de estipulação do prazo equivale a vencimento imediato, salvo no caso do que Clóvis Beviláqua denomina “prazos tácitos”, oriundos da natureza do negócio ou das circunstâncias. Exemplifica com uma venda de safra, sem fixação do termo, ou prazo, o qual deve ser entendido como sendo o da data da colheita que, evidentemente, não se dá num único momento, num só dia, exigindo um prazo que é do conhecimento das partes contratantes.

O presente artigo tem nítida conexão com o art. 331, relativo ao tempo de pagamento das obrigações.

Carvalho de Mendonça cita o exemplo: Quando alguém vende um objeto para entregá-lo em outra cidade, é claro que a obrigação não poderá ser exigida desde logo, mas com o tempo suficiente para que se transporte o objeto. Em tais circunstâncias, não se fixará um termo adicional de tempo para o implemento do negócio, mas se atentará se este negócio já possui ou não condições para ser exercido, ou, no caso concreto, se o prazo tácito fixado em lei já foi esgotado.

O rigor do artigo enseja que na supra-aplicação se dê o tempero da lógica do razoável de Garcia Máynez, pois há que se buscar o devido “alcance” do acordo de vontades, que há de ser o do efeito normal, portanto do tempo hábil para a satisfação da obrigação decorrente do negócio.

**Art. 135.** *Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 124. Ao termo inicial se aplica o disposto, quanto à condição suspensiva, nos arts. 121 e 122, e ao termo final, o disposto acerca da condição resolutiva no art. 119.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 163.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Observando o dispositivo e comparando-o ao antigo art. 124, verifica-se que permanece a remissão nos negócios subordinados a termo (final e inicial) às regras concernentes às *condições suspensiva e resolutiva*.

A diferença está em que o Código de 1916 fazia remissão expressa aos artigos aplicáveis, enquanto o texto atual genericamente refere “no que couber”.

Tem-se claro que ao termo inicial são aplicáveis as regras da condição suspensiva, arts. 130 e 126, e ao termo final, as regras da condição resolutiva, em especial dos arts. 128 e 129 do Código.

Assim, por exemplo, e com mais razão do que o titular de direito expectativo, o titular de um direito adquirido a partir do termo inicial pode exercer atos conservatórios. Também pode usar de meios adequados à conservação do direito, que, aliás, já é seu, do qual só está deferido o seu exercício.

**Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 128. *O encargo não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato, pelo disponente, como condição suspensiva.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 525 e 527.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*. Napoli: Morano, s.d. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992. IRTI, Natalino. *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè,

1984. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS: Encargo ou modo.** Entre as limitações da vontade está o *encargo*, também chamado de *modo* ou *modus*, que se apresenta como restrição à vantagem criada para o beneficiário de um negócio jurídico, quer estabelecendo o fim a que se destina a coisa adquirida, quer impondo uma obrigação ao favorecido em benefício do próprio instituidor, ou de terceiro, ou da coletividade anônima. Mas não constitui, nem pode constituir, uma *contraprestação*; não é nem pode ser uma *contrapartida* da prestação recebida, e, quando se institui em um contrato bilateral, e a obrigação se configura como correlata da prestação devida pela outra parte, não está caracterizado o *modus*.

O *encargo* ou *modo*, denominado *Auflagen*, em alemão, é, no dizer de Heinrich Ewald Hörster (*A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*, p. 496 e 497), uma determinação ou cláusula que cria um ônus, mas não atinge os efeitos do negócio que o prevê, de sorte que o não-cumprimento do encargo, do ônus, não afeta a liberalidade, a que geralmente é aposta, pois para atingir os efeitos desta é necessário resolver o negócio.

O fato de serem estipulados no mais das vezes em negócios caracterizados pela liberalidade, e muitos pela gratuidade, não impede que se estabeleçam *encargos* nos negócios onerosos, como na compra e venda, mas isso é mais raro. Aliás, alguns chegam a dizer que se no negócio oneroso se aceitou o encargo é porque não se deu o equivalente à prestação recebida.

O conceito de encargo, denominação preferida pelo legislador à clássica de ônus, da Teoria Geral do Direito, atende à necessidade de aproximar o leigo do conteúdo legislativo.

A figura do ônus continua ensejando dúvida na doutrina, sendo oportuna a colocação contemporânea de Natalino Irti (*Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, p. 161):

“La storia dell’onere muove dall’osservazione di un fenomeno, che appartiene all’esperienza comune ed al vivere quotidiano: in ogni istante l’uomo si

trova ad un crocevia, costretto a scegliere tra l'una e l'altra strada, e poi a sacrificare nel cammino tempo e fatica. L'azione nasce, non da gioiosa e incontenibile spontaneità, ma dal l'angoscia di una scelta: agire è decidere, raffronto di utilità, impegno tenace, riuscita o insuccesso. Possibilità di ottenere un risultato vantaggioso, necessità di agire in modo congruo e idoneo, e rischio dell'iniziativa sono aspetti di un'unica realtà.

Il fenomeno si fa più acuto quando l'azione tende a oltrepassare la soglia del diritto, e trova dinanzi a sé rigidi schemi di contegni e trame già disegnate. Allora la generica necessità di agire, che sempre si accompagna alla scelta compiuta, si determina come un agire in conformità, come un sentirsi imporre moduli foggianti all'esterno. In questa tensione, in questo impegno di adeguatezza, risiede il costo dell'atto giuridico: la pena del fare e l'alternativa della riuscita o dell'insuccesso.

Già nell'etimo, l'onere rivela l'intuizione dell' fatica: non di ciò che è dovuto, ma di ciò che pesa sulla volontà creativa e sui progetti umani. Non senza ragione la moderna dottrina dell'onere ha il centro di gravità nell'incontro tra il piano dell'autonomia economico-sociale ed il piano degli schemi normativi. Chi guarda a codesti schemi dal basso (cioè dal libero e naturale giuoco delle azioni umane), non può a meno di sentirli come necessità, come stringente vincolo a tenere, se si vuole raggiungere un dato risultato, la condotta prevista. Proprio la pluralità di prospettive, e il trascorrere dall'una all'altra, generano il senso psicologico del sacrificio: l'azione, che potrebbe assumere un'infinita varietà di modi e di forme, deve chiudersi nello schema e reprimere l'interiore ricchezza di svolgimenti”.

Embora se deva extremar condição de encargo, como referimos acima, pode ocorrer hipótese de combinação de condição com encargo, o que, aliás, está previsto no presente artigo.

Os encargos ou modos diferem, pois, das condições e do termo, por não integrarem a hipótese de incidência do negócio, mas antecederem a ela.

**Art. 137.** *Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 794.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria*

geral. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 9. 1977. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; *Derecho civil*; parte general. Caracas: Edersa, 1978. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1969. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**COMENTÁRIOS:** Com o *encargo*, determina-se cláusula acessória restritiva das vantagens de certo negócio jurídico. Assim, o encargo deve ser lícito e possível. Se fisicamente impossível ou ilícito, tem-se como inexistente. Se seu objeto for ilícito e constituir-se em razão determinante da liberalidade, o negócio é *integralmente* nulo.

Assim, se eu doar um bem para outra pessoa sob o encargo de esta *construir no bem uma escada até o céu*, este encargo, pelo disposto no presente artigo, é considerado como não escrito. E ainda, tomando como base o mesmo exemplo, se este constituir o motivo determinante da liberalidade, o negócio todo será considerado inválido.

#### **Capítulo IV** **DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO**

**COMENTÁRIOS:** *Principal mudança de concepção.* Como vimos até

então, o Código manteve a concepção subjetiva do negócio jurídico, não com o absolutismo que vinha sendo tratado, mas de forma mitigada, levando em consideração, para efeitos do negócio, a responsabilidade daquele que declara a vontade e os aspectos da confiança daquele que a recebe. Adota-se o princípio da *responsabilidade de quem declara o negócio e o da confiança de quem recebe* essa declaração, permitindo, com isso, que vícios como o do erro só sejam caracterizados quando houver a possibilidade de a parte que não erra saber ou poder saber que a outra celebrou *negócio* que estava embuído desse defeito, para aí sim ser decretado o vício.

Veremos essa mudança de posicionamento no decorrer dos artigos.

Importa lembrar que na fase de tramitação do anteprojeto houve manifestação de grandes autores tecendo críticas e sugestões sobre o texto proposto pela comissão.

Particularmente sobre a matéria, convém lembrar as observações de Caio Mário da Silva Pereira, em “Críticas ao Anteprojeto do Código Civil”, na *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano VI, n. 20, de José Paulo Cavalcanti, em *Considerações sobre o novo Anteprojeto do Código Civil*, Recife, outubro de 1972, e de José Lamartine Corrêa de Oliveira, em “A parte geral do Anteprojeto do Código Civil”, *RT*, 466/269 e s.

***Defeitos do negócio jurídico — os vícios psíquicos e os vícios sociais.*** A vontade é elemento fundamental do negócio jurídico, que, manifestando-se por meio da declaração, produz o nascimento, a modificação ou a extinção das relações jurídicas. O negócio jurídico somente é perfeito quando a vontade é declarada de maneira lícita, livre e consciente, isto é, de acordo com a lei, com a correta noção da realidade.

Mas pode ocorrer que essa vontade, no seu processo de formação, venha a sofrer defeitos, fenômeno que também pode atingir a declaração se houver divergência entre o que o agente quer e o que efetivamente declara.

A vontade pode ser atingida no caso de o agente ter falsa noção das pessoas, dos objetos ou de outros elementos do negócio. A declaração é defeituosa se não há paridade entre o que o agente realmente busca e o que efetivamente declara.

Assim, teremos os chamados *vícios psíquicos*, caracterizados quando o agente tem uma falsa noção da realidade (erro), quando é maliciosamente induzido a erro (dolo), quando manifesta a vontade sem liberdade ou sob ameaça de outra pessoa (coação); em resumo, quando *existe divergência entre a vontade real e a declarada*.

Sob outro enfoque, temos os chamados *vícios sociais* quando *há insubordinação da vontade a exigências legais quanto ao resultado querido* (ex.: simulação, fraude contra credores).

Essas diferenças ficarão mais acentuadas no decorrer dos comentários.

**Seção I**  
**Do erro ou ignorância**

**Art. 138.** *São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 86. São anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.427; Código Civil francês, arts. 1.109 e 1.110; Código Civil alemão, §§ 119 e 120; Código suíço, art. 23; Código Civil português, art. 247<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALPA, Guido, BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell' errore nel negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERREIRA, Durval. *Erro negocial objecto: motivos — base negocial e alteração de circunstâncias*. Coimbra: Almedina, 1995. GARCEZ NETO, Martinho. *Obrigações e contratos: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil” (comunicação apresentada ao Instituto dos Advogados do Paraná). *RT*, 466/269. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971.

RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Dentre as figuras dos vícios de vontade, o erro é a mais popular. Todos nós erramos muito na vida e, quando se fala de erro em matéria de Direito, muita gente “incide em novo erro, pensando que já entende de erro”.

A primeira observação que se deve fazer é que, embora a lei sempre se refira a declarante, emitente etc., não se está diante de uma declaração, de uma emissão precedente, mas, sim, de qualquer das partes que estão negociando; portanto o erro pode ser de qualquer das partes.

O erro é a falsa noção que a pessoa tem de qualquer elemento do negócio; representa uma falsa noção da realidade. Influi na vontade do declarante, impedindo que este esteja em consonância com sua motivação, ou, como disse Orlando Gomes, com apoio em Doneau: “O erro é uma falsa representação. Influi sobre a vontade do declarante, impedindo que se forme em consonância com a sua verdadeira motivação. Tendo sobre um fato ou sobre um preceito uma noção inexata ou incompleta, o agente emite a sua vontade de modo diverso do que a manifestaria, se deles tivesse conhecimento exato ou completo. Crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro”. Já Guido Alpa diz: “l'errore è uno dei vizi della volontà, vi sono casi in cui la volontà è stata manifestata, ma si sarebbe costituita in modo diverso o non si sarebbe costituita affatto, se le parti, o uno di soltanto, fossero state a conoscenza di determinate circostanze” (*Le garzantine-diritto*, p. 530).

O erro apresenta-se sob várias modalidades, variando sua importância para o Direito. Para este artigo importa diferenciar o *erro substancial* do *erro irrelevante*.

À evidência, o *erro irrelevante* não deve merecer maior atenção, pois com ou sem ele o negócio se realizaria da mesma forma, não exercendo sobre o agente qualquer influência determinante.

O *erro substancial* é aquele que recai sobre o objeto principal do negócio, tornando-o anulável. Eduardo Espinola adota a posição de Enneccerus, Kipp e Wolff, que entendem de grande precisão o § 119 do BGB, que assim dispõe:

“Aquele que, ao emitir uma declaração de vontade, se achava em erro sobre o seu conteúdo ou não tinha querido emitir uma declaração, cujo conteúdo fosse o que realmente foi, pode anular sua declaração, desde que haja razão de admitir que não haveria feito semelhante declaração, se tivesse tido conhecimento do verdadeiro estado das coisas, pressuposta de sua parte uma apreciação razoável da situação. Admite-se como erro sobre o conteúdo da declaração o que incide sobre certas qualidades da pessoa ou da coisa, que, sob o ponto de vista da prática dos negócios, se devam reputar essenciais”.

Ou seja, para caracterizarmos um *erro substancial*, temos de partir do princípio de que, sem ele, o negócio não se realizaria, ou, se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria a vontade de concluir o negócio jurídico, importando frisar, ainda, que o agente realizou o negócio porque aquele erro exerceu importância determinante, ou seja, se não existisse, jamais praticaria o ato.

Na doutrina estrangeira encontramos muitas obras monográficas sobre o tema do erro, além de amplo desenvolvimento nas obras relativas ao negócio jurídico. Daí fornecerem importantes critérios para o reconhecimento do erro. Guido Alpa e Mario Bessone, que são doutrinadores contemporâneos, com base nos ensinamentos de Emilio Betti, salientam que o *erro*, para ser relevante, deve ser *essencial (substantivo)* e *reconhecível* pela parte.

A *substantividade* ou a *essencialidade* do erro ocorrem quando ele ofende a natureza do negócio celebrado, ostentando falsa consciência da realidade, pois traz diversa noção do objeto, identidade ou qualidade da outra parte. Mas o erro só terá tal característica se essa falsa noção da realidade for questão determinante para a formação do consenso.

O segundo critério para a identificação do erro é o do seu *reconhecimento (riconoscibilità)*. O erro torna-se relevante só quando a parte não consegue reconhecer a falsa noção da realidade, em relação ao seu conteúdo e às circunstâncias do negócio, ou à qualidade e identidade da outra parte, tomando-se como parâmetro a ordem normal de diligência dos seres humanos.

Mas é importante frisar que mesmo nesse caso, como salientam os autores, deve ser aplicado o *princípio da tutela da confiança (principio della tutela dell'affidamento)*, ou seja, não se deve tutelar somente aquele que cai em erro, mas também a outra parte, que pelo efeito do erro não pode concluir o negócio. Se essa outra parte (*contraparte*) podia reconhecer o erro usando a ordinária diligência, e não podia ter fé na validade ao negócio, segundo a doutrina italiana, é justo que o negócio seja anulado. Mas se, ao contrário, a outra parte (*contraparte*) não tinha como reconhecer a existência do erro, seria injusto imputar-lhe o risco de perder o negócio, ou, nas palavras de Betti, “se invece non era in grado riconoscerlo (l'errore), sarebbe iniquo adossarllie il rischio di perdere l'affare” (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 530).

Assim, o Código Civil italiano de 1942, abandonando o critério do legislador de 1865, após sujeitar a eficácia do erro à sua relevância e a ser reconhecível pela outra parte, definiu, em seu art. 1.429, o que entende por erro essencial.

À primeira vista, pode parecer que o Código Civil alemão, em seu § 119, adota a teoria da vontade, mas, se observarmos o seu § 122 (“a obrigação de indenizar não tem lugar quando a pessoa lesada conhecia a causa de nulidade ou de anulabilidade ou quando a ignorava por negligência”), veremos total respeito ao terceiro de boa-fé e a deliberação de preservar-lhe os interesses, quando acreditou em declaração que parecia revestir-se de todos os requisitos, permitindo o seu desfazimento, mas determinando o ressarcimento dos prejuízos. Já existia no Brasil uma corrente que buscava o prestígio da boa-fé, mas isso, no

decorrer dos tempos, mostrou-se insuficiente.

Lamartine Corrêa, em artigo da *RT* n. 466, criticou a posição do então projeto:

“...O Direito italiano (CC italiano, art. 1.428) resolveu o problema considerando pressuposto de anulabilidade a possibilidade de conhecimento do erro (portanto, a cognoscibilidade, conhecimento presumível) pelo outro partícipe do negócio jurídico, eis que em tal caso, pelo menos imprudência ou negligência, é imputável à pessoa que virá a ser prejudicada com a anulação. O mesmo critério, em suas linhas essenciais, foi adotado pelo Código português que, em seu art. 247, introduziu o critério do conhecimento real ou presumido — a declaração negocial ‘é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro’. O BGB adotou critério diametralmente oposto — o ato permanece válido, dando-se ao prejudicado, porém, pretensão para a cobrança de indenização pelo chamado interesse negativo. O Anteprojeto brasileiro adotou nitidamente o sistema italiano, sendo elemento do erro capaz de gerar anulação a cognoscibilidade pela outra parte. Para a conceituação dessa cognoscibilidade, ainda na esteira do diploma peninsular, art. 1.431, adotou o Anteprojeto (art. 138, parágrafo único) o critério abstrato — ‘erro substancial é o que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio’. A introdução dessa noção de conhecimento presumido, de cognoscibilidade, traria fatalmente, como trouxe, o elemento padrão abstrato, o ‘vir medius’. Esse critério traz consigo toda a gama de artificialismo própria dos padrões abstratos e, no fundo, estabelece contradição com o critério concreto da mensuração da coação consagrada pelo Código Civil, art. 99, e mantido pelo Anteprojeto, art. 152. Em nosso entender, teria sido preferível não incluir o requisito da cognoscibilidade como elemento conceitual do erro substancial, permitir a anulação do negócio jurídico independente de tal requisito, e reconhecer ao prejudicado com o erro a pretensão de indenização. O ônus da prova da ignorância do vício da outra parte que pleiteasse a indenização, e o juiz, ao apreciar a prova, levaria em conta as condições concretas da parte, e não os padrões abstratos, axiomáticamente falsos”.

Vittorino Pietrobon, em *El error en la doctrina del negocio jurídico*, p. 289, diverge da colocação acima referida, dizendo:

“Para determinar el objeto de la tutela es fundamental el artículo 1.428, y no el art. 1.431, que recoge tan sólo la forma en que aquella se realiza.

El art. 1.428, al determinar que el error há de ser reconocible por el otro contratante, senála que el objeto de la tutela es el estado concreto de *fiducia* del destinatario. El art. 1.431 prescribe que dicha tutela se realice en abstracto, o mejor, de modo indirecto, es decir, a través de un juicio que no se dirige a una comprobación específica del estado subjetivo, sino a valorar si la situación que ha originado entre las partes — situación que comprende ambas declaraciones de voluntad — es idónea, de acuerdo con las convicciones sociales de tipo medio, para inspirar una confianza.

La distinción en concreto y en abstracto no viene aplicada, por tanto, al

objeto de la tutela, es decir, a la confianza, sino al modo de llevar a cabo esta tutela, o sea a la reconocibilidad, y en lugar de confianza en concreto o en abstracto, será mejor hablar de reconocibilidad en concreto o en abstracto”.

Ademais, a crítica feita por Lamartine Corrêa não atenta para o fato de que a inserção do critério foi em razão da escusabilidade do erro, o que se dá perante um parâmetro objetivo. Nesse sentido já se manifestaram há muito Martinho Garcez Neto (*Obrigações e contratos*, p. 202) e Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*). É verdade que parte da doutrina nunca se referiu à escusabilidade.

Como salientamos, a adoção do *princípio da confiança* e do *da responsabilidade* em matéria dos defeitos do negócio jurídico pelo nosso Código permite atualização com a doutrina contemporânea de Direito Civil no mundo. Não basta um olhar fixo na vontade daquele que declara a vontade, sendo de suma importância olhar suas condutas e responsabilidade para, só então, verificar a real possibilidade de se anular o negócio celebrado. Ao mesmo tempo, suscitada na contraparte a confiança, a interpretação do negócio tem de passar pela diligência e boa-fé.

O legislador, que, antes sacrificava a confiança e conseqüentemente a responsabilidade do emitente da vontade, passa a dar importância à melhor lógica, não mais voltando seus holofotes para o interesse exclusivo do declarante. Abandona-se a posição individualista absolutamente natural do período de elaboração do Código de 1916, passando a acolher uma concepção que atende ao interesse geral.

***Art. 139. O erro é substancial quando:***

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

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

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 87. Considera-se erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais.*

*Art. 88. Tem-se igualmente por erro substancial o que disser respeito a qualidades essenciais da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código suíço, art. 24; Código Civil espanhol, art. 1.265; Código Civil italiano, art. 1.429; Código Civil francês, arts. 1.109 e 1.110; Código Civil alemão, §§ 119 e 120.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERREIRA, Durval. *Erro negocial: objecto, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias*. Coimbra: Almedina, 1995. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojecto de Código Civil” (comunicação apresentada ao Instituto dos Advogados do Paraná). *RT*, 466/269. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** O Código Civil, seguindo o caminho traçado pelo legislador de 1916, faz a determinação legal daquilo que venha a ser erro substancial e que possa, conseqüentemente, vir a anular o negócio jurídico, evitando e dirimindo, assim, as controvérsias existentes na doutrina.

O inciso primeiro coloca que será erro essencial aquele que “interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais”.

*Há erro substancial sobre a natureza do negócio (error in ipso negotio)* quando se busca praticar um ato mas pratica-se outro. Exemplo clássico é quando uma pessoa empresta uma coisa, e a outra supõe que houve doação.

*Há erro substancial sobre o objeto principal da declaração (in ipso corpore rei)* quando este recai sobre a identidade ou qualidade da coisa. No primeiro

caso, o objeto não era o que estava no pensamento do agente. (Ex.: quero comprar a casa X e compro a casa Y). No segundo caso, o objeto não tinha as qualidades que o agente esperava, e estas possuem a ordem de influenciar na determinação de sua vontade e se supunham existentes. (Ex.: compro um relógio de bronze acreditando ser ele de ouro).

O inciso II do artigo traz o que chamamos de *erro substancial sobre a pessoa (error in persona)*. É o erro que incide na identidade e nas qualidades do outro contratante ou do destinatário da declaração.

Por exemplo, contrato uma pessoa pensando ser um artista renomado para pintar um mural, mas dou conta de que não passa de mero pintor de parede.

Cumpra observar, por oportuno, que deverá ser comprovado, nesse caso, que o ato volitivo sofreu fundamental influência pelas qualidades essenciais do destinatário da declaração. Não basta argüir prejuízo ou que não era a pessoa desejada. Deverá ser comprovado, para que o negócio seja anulado, que o agente não tinha como saber, pelas circunstâncias e pelo contexto, que era aquele o real destinatário de sua vontade, como veremos em seguida, no art. 142.

Novidade fica por conta do inciso III do artigo. Traz o chamado *erro de direito*, que também pode ser objeto de *erro substancial*.

O *erro de direito*, ao contrário do *erro de fato* (que incide sobre qualquer elemento ou circunstância do negócio jurídico, como objeto, pessoa, qualidade), é o falso conhecimento ou ignorância da norma jurídica respectiva. Ninguém pode escusar-se do cumprimento da lei argüindo seu desconhecimento (*nemo jus ignorare consetur*), salvo no caso em que quem o invoca não pretende fugir à aplicação da lei, demonstrando ter o conhecimento de uma regra dispositiva que o levou à prática de um negócio que não se realizaria se houvesse o conhecimento da realidade. Admite-se, portanto, o erro ou ignorância no caso de tratar-se de pressuposto reclamado pela própria lei para a validade do negócio jurídico.

Muitos não conseguem explicar esse choque de princípios. Se ninguém pode furtar-se de ignorância da lei em seu próprio benefício, como admitir o *erro de direito*? Na verdade, não se trata de inobservância da lei, simplesmente se considera o erro em relação à validade do negócio. É o falso conhecimento ou ignorância de certa norma jurídica que determinou a declaração, ou o equívoco sobre certa situação jurídica.

A pessoa passa a se comportar conforme a firme jurisprudência local, e vê, passado algum tempo, que foi ela totalmente reformada pelas instâncias superiores. Para evitar quaisquer sanções e agravamentos, poderá suscitar que se pautou conforme o que parecia ser o Direito aplicável, mas constatou que deixou de ser o válido. Enfim, pautou-se baseada em interpretação firme que sofreu reforma; logo, interpretação jurisprudencial errada.

Também só se admitirá a invocação do *erro de direito* (como no *erro de fato*) se este for a razão principal e única da realização do negócio, ou seja, só se for sua *razão determinante*.

Lamartine Corrêa, no artigo já citado, discordou da colocação do então anteprojeto, agora Código, fazendo as seguintes observações:

“... A inclusão do erro de direito é progresso relevante, não nos parecendo, todavia, feliz a admissão de erro de direito tão-só quando não haja ‘recusa à aplicação da lei’. Se não houver recusa à aplicação da lei, não haverá erro de espécie alguma, mas fraude à lei, havendo por isso mesmo imprecisão terminológica em admitir-se, ‘a contrario sensu’, erro de direito irrelevante na recusa à aplicação da lei. Por outro lado teria sido elogiável a inclusão, que fora feita pelo Anteprojeto Haroldo Valladão, de ‘lei geral de aplicação das normas jurídicas’ de padrões concretos destinados a permitir a real avaliação de existência do erro e que funcionariam ao mesmo tempo como pressupostos de existência do erro — a residência em locais afastados dos grandes centros, a extrema ignorância ou incultura. É sempre através da referência ao concreto que se faz o Direito chegar mais rente à Vida”.

Cumprido lembrar em primeiro lugar que o Anteprojeto do Professor Valladão, referido, foi um projeto que visava substituir a Lei de Introdução.

A proposta daquele anteprojeto tinha sua razão de ser, quando de sua elaboração, pelo pouco desenvolvimento dos meios de comunicação de então. Hoje a distância não impede a comunicação, que se faz instantânea em todo o mundo. A incultura é que é um mal que não se vence com a pura informação, mas o pressuposto do conhecimento do Direito nunca teve por parâmetro só os cultos, com a devida vênua. Por outro lado, o exemplo dado acima evidencia o denominado erro de direito, sem que se buscasse negar a aplicação da lei, contrariando a crítica.

**Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 90. *Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 1.429; Código português, art. 252<sup>o</sup>; Código francês, art. 1.110.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva,

1984. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERREIRA, Durval. *Erro negocial: objecto, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias*. Coimbra: Almedina, 1995. LANDIM, Jayme. "Vícios da vontade". In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS: O chamado "erro sobre os motivos"**. Imaginemos uma pessoa que adquire um imóvel em determinada cidade por acreditar que irá, em breve, mudar-se para ela, e isso não ocorre. Segundo este artigo, só será anulável o negócio por erro se o motivo determinante da sua realização for expressamente manifestado.

Exemplo citado por Silvio Rodrigues elucida o escopo do artigo. "Se a aquisição de um fundo de comércio teve por motivo determinante a perspectiva de boa e numerosa freguesia, garantida e apontada pelo vendedor no próprio contrato, tem-se aí o que se denomina em direito o pressuposto ou razão determinante do negócio. Não se concretizando aquela perspectiva, o contrato é anulável por erro" (*Dos vícios do consentimento*, p. 84).

*Motivos*, segundo o mestre e advogado português Durval Ferreira, "são todas as circunstâncias cuja representação intelectual (errônea) determina com essencialidade a vontade de querer aquele negócio e nos precisos termos em que ele foi feito" (*Erro negocial*, p. 33).

O Direito não tem o escopo de investigar o aspecto psicológico das pessoas; tão-somente quando este transparece e passa a fazer parte integrante do negócio é que dever-se-á considerá-lo para dar eficácia ao mesmo.

No caso citado, o vendedor do fundo de comércio apontou expressamente a perspectiva de boa freguesia garantida, e o comprador, sem dúvida alguma, foi motivado por essa causa. Estando expressa a razão determinante, e verificando-se que não há a referida clientela, clara a falsa noção do motivo do negócio entabulado, que poderá vir a ser anulado por erro.

Poder-se-á entender bastante a manifestação tácita da vontade deduzida dos termos e circunstâncias do negócio?

Pelo art. 140, não há como admitir a anulação do negócio pela manifestação tácita da vontade, pois, se quer ver anulado o negócio jurídico, deve o declarante manifestar expressamente o motivo para a celebração do negócio, com o que estará caracterizando a hipótese, ou seja, que não só foi expresso como determinante do negócio, como salienta Vittorino Pietrobon (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, p. 483).

O erro sobre os motivos é classificado como erro-vício, em contraposição ao erro na declaração, que classicamente era denominado erro-obstáculo.

**Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 89. *A transmissão errônea da vontade por instrumento, ou por interposta pessoa, pode argüir-se de nulidade nos mesmos casos em que a declaração direta.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 120; Código Civil suíço, art. 27.

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERREIRA, Durval. *Erro negocial: objecto, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias*. Coimbra: Almedina, 1995. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Konfino, 1960. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A.

Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo prevê os casos em que a pessoa que declara sua vontade não se acha na presença da que tem de recebê-la. Abrange os casos em que o agente se utiliza de outros meios para emitir sua declaração de vontade.

Nessa hipótese, verificando-se a existência de erro substancial, erro entre a a declaração emitida e a comunicada, o negócio será anulável como se se tratasse de uma declaração direta.

Meios interpostos serão todos aqueles pelos quais o declarante emite indiretamente sua vontade, seja por intermédio de terceira pessoa (mensageiro), seja por instrumento (quando para emitir sua vontade, socorre-se de um telégrafo, p. ex.). Nesse caso, meios pelos quais a vontade seja manifestada de forma indireta, será anulável nos mesmos casos em que o é na declaração direta.

Cumprе salientar que não se aplicará este dispositivo em casos de errônea, infiel, inexata transmissão de uma vontade, ou quando o intermediário intencionalmente comunica à outra parte uma declaração diversa da que lhe foi confiada, mas tão-somente nos casos em que há a diferença entre a declaração emitida e a comunicada, procedente de mero acaso ou de algum equívoco.

San Tiago Dantas, à p. 234 do *Programa de direito civil*, refere-se, com exemplo bem elucidativo, à hipótese e sua consequência:

“As mesmas normas aplicáveis ao erro da declaração direta aplicam-se à indireta, mas surge um problema, é o problema da responsabilidade pelos danos que porventura a mensagem errada tenha acarretado. Há um famoso julgado da Corte Suprema Alemã que serviu de tema a numerosas exposições dos civilistas. É o caso de certa pessoa que mandou vender por telegrama ações da bolsa, porque estava informada de que elas iam cair. E como vender em alemão se escreve *verkaufen* e comprar se escreve *kaufen*, sem *over*, o telégrafo transmitiu só o *kaufen*, produziu-se o efeito contrário: o homem comprou, e isso lhe acarretou imensos prejuízos. Ora, não há dúvida de que esse ato é anulável. Houve erro essencial, mas precisamos saber quem vai sofrer os prejuízos, se aquele que mandou a mensagem, se o que a recebeu.

Duas doutrinas se contendem a respeito desse problema. A primeira é a doutrina da culpa que pretende que a responsabilidade seja de quem enviou a mensagem dependendo da culpa que tenha tido na escolha do mensageiro. Se escolheu mensageiro infiel, sem precauções aconselháveis de ordinário nos negócios, é culpado, do contrário, não. E a idéia em que funda essa doutrina é a de que as comunicações, sendo uma necessidade geral, o risco de notícias mal transmitidas é risco que todos têm de aceitar. Mas opinião mais aceitável parece ser a de Widscheid (com base na teoria do risco). Foi mesmo na sua decisão que se apoiou o tribunal alemão no caso citado acima. Diz Widscheid que aquele que

manda uma mensagem assume o risco dela. Não faz a declaração pessoalmente, preferiu fazê-la por intermédio de um nuncio. Pois bem, todos os riscos dessa mensagem recaem sobre quem a autorizou. Parece esta doutrina mais consentânea não só com as necessidades sociais como mesmo com a equidade, embora em alguns casos conduza a soluções injustas porque, não raro, aquele que recebeu a mensagem é que pediu a notícia e, por conseguinte, nesse caso, é justo que se transfiram para ele os riscos”.

Em razão da velocidade do desenvolvimento dos meios de comunicação, tem-se cada vez menos terceiros no encaminhamento das mensagens volitivas, passando-se a utilizar mais dos recursos diretamente ligados ao transmissor, como e-mail, fax etc. Mas, em camadas menos afortunadas, até a redação pode ficar por parte de terceiro, como se viu do filme nacional de repercussão internacional “Central do Brasil”. Assim, há campo para a subsistência do artigo.

**Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 91. *O erro na indicação da pessoa, ou coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o ato, quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** *Sem precedentes na legislação estrangeira.*

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERREIRA, Durval. *Erro*

*negocial*: objecto, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias. Coimbra: Almedina, 1995. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Aqui temos o que a doutrina preferiu chamar de erro acidental. Esse erro versa sobre as qualidades acessórias da coisa ou da própria pessoa a quem se quis declarar a vontade.

Como exemplo de erro acidental em relação à pessoa, podemos citar o caso do testador que declara como herdeira certa pessoa qualificando-a como médica, quando na verdade é advogada. Já no caso de erro sobre qualidades da coisa, um bom exemplo seria o caso de doação de um objeto o qual denomino quadro quando, na verdade, trata-se de uma escultura.

É evidente que a declaração de vontade não está viciada. O escopo do negócio não se perdeu, sendo facilmente perceptível que a pessoa e a coisa possuem qualidades diversas da declarada. O objeto da declaração pode perfeitamente ser retificado e ratificado pelas partes envolvidas no negócio jurídico.

Mas, se pelo contexto ou pela circunstância, não se puder identificar o verdadeiro objeto ou pessoa do negócio entabulado, cairemos no chamado *erro substantivo*, o que levará à anulação do negócio (art. 138, II). E ainda, não será *acidental* mas *substantivo* o erro quando a motivação do agente tenha partido daquela declaração errônea de vontade, ou se esta tiver sido o fator primordial da realização do negócio, ficando clara, assim, a falsa noção da realidade pelo agente.

O presente artigo conserva, praticamente na íntegra, a redação do art. 91 do Código de 1916 e, conseqüentemente, tem-se a repetição de forma específica no campo testamentário no art. 1.903.

**Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** *Código Civil italiano, art. 1.430.*

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto*. Torino (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. FERREIRA, Durval. *Erro negocial: objecto, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias*. Coimbra: Almedina, 1995. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Existem casos em que a presença de um erro, por mais que seja relevante, não importa a possível anulação do negócio. É a hipótese do chamado *erro de cálculo*, em que não ocorre a distorção da vontade propriamente dita, mas sim uma distorção em sua transmissão, caracterizada tão-somente pela mecânica operação matemática, sendo suficiente para efetivação do negócio a sua simples correção.

Erro de cálculo, na definição de Bianca, é “o erro na elaboração aritmética dos dados do objeto do negócio (*errore di calcolo è solo l'errore nella elaborazione aritmetica dei dati esattamente assunti in contratto*)”, e cita o exemplo em que a parte fixa o preço da venda com base na quantia unitária e computa, de forma inexata, o preço global (*Diritto civile*, p. 618).

Assim, de maneira inovadora, permite o Código a *retificação da declaração de vontade* quando caracterizado o chamado erro de cálculo. Mas aqui se está falando de mero erro de cálculo, quando as duas partes têm o conhecimento do exato valor do negócio.

Eduardo Espínola refere que o dispositivo havia sido previsto por Clóvis, e chegou a ser aprovado pela comissão revisora do Código de 1916, mas acabou suprimido pela Câmara dos Deputados, por iniciativa de Andrade Figueira.

*Tradicionalmente a jurisprudência brasileira entende que o mero erro de cálculo pode ser corrigido sem que se fale em preclusão, ou trânsito em julgado.*

*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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** *Código português, art. 248º.*

**BIBLIOGRAFIA:** ALPA, Guido e BESSONE, Mario (a cura di). *Enciclopedia del Diritto. Torino* (v. “le garzantine-diritto”), 2001. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica. Milano: Giuffrè, 1982.* ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1984.* BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico. Milano: Giuffrè, 1962.* BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1985.* BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Milano: Giuffrè, 1971.* CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades. Buenos Aires: Astrea, 1986.* CORREIA, A. Ferrer. *Estudos jurídicos: erro e interpretação na teoria do negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Atlântida Ed., 1968.* DANONI, Remo; ALPA, Guido e BUCCICO, Emilio Nicola. *Codice Civile europeo: il materiali dei Seminari 1999 — 2000. Milano: Giuffrè, 2001.* ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.* FERREIRA, Durval. *Erro negocial: objecto, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias. Coimbra: Almedina, 1995.* LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. *In: Comentário ao Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro: Konfino, 1960.* PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971.* PINTO, Carlos da Mota. *Teoria geral de direito civil. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973.* RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat. Paris: A. Pedone, 1977.* RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979.*

**COMENTÁRIOS:** Busca o Código, com este artigo, dar a máxima efetividade à consecução do negócio jurídico, concedendo às partes a oportunidade de levá-lo a cabo. Mas, para isso, será necessário que a contraparte

aceite executar o negócio segundo a vontade real do manifestante (até então não expressada ou expressada segundo uma falsa noção da realidade).

Cabe lembrar lição de Carlos da Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*, p. 564 e 565), que, após se referir ao dissenso, trata de hipótese outra, que é a de haver acordo quanto ao sentido objetivo das declarações mas desacordo entre as vontades reais; quando isso decorre só de uma das partes, temos que é erro sanável, e no caso do nosso dispositivo, à semelhança do art. 248<sup>a</sup> do Código Civil português, se a parte declaratória conhece do erro do declarante e participa ativamente da sanção dele, pela interpretação da vontade real, não há que se falar em invalidade do negócio.

Portanto, anuindo a contraparte, o negócio será convalidado e executado segundo a vontade real e não declarada do manifestante.

Na proposta de Código Civil Europeu, o art. 4:105 vem sob a denominação “Conservação do contrato retificado”, realçando que, se quem tem legitimidade para invalidar o contrato, por erro, recebe declaração da outra parte de que tem intenção de cumprir o contrato, ou o execute de conformidade com os termos do contrato que a parte em erro pretendia concluir, o contrato deve ser considerado como se assim estivesse concluído. Há, portanto, a perda do direito de invalidar o contrato, e se já argüida a invalidade, esta perde a eficácia.

## ***Seção II***

### ***Do dolo***

***Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 92. Os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** *Código Civil francês, arts. 1.116 e 1.117; Código Civil italiano, art. 1.439; Código Civil suíço, art. 28.*

**BIBLIOGRAFIA:** BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios,*

nulidades. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORRAL, A. de Cossio y. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “dolo”), 1958. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrétien, 1973. v. 1. t. 2. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Um dos raros monografistas sobre o dolo no âmbito do direito privado, Alfonso de Cossio y Corral, na introdução de sua obra (*El dolo en el derecho civil*, p. 1 e 2), após trazer definições de romanistas, apresenta a do Código Civil espanhol e conclui que é sumamente duvidoso que se possa chegar a um conceito unitário, uma vez que evoluiu no curso da história, como enseja pluralidade de acepções.

Aqui estamos trabalhando com uma das acepções de dolo, que Cossio y Corral, citando trabalho de Planiol (*Dol civil et dol criminel*”, na *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, de 1893), diz que foi a acepção dos tratadistas do Direito Civil, ou seja, o dolo como vício do consentimento na formação dos contratos. É evidente que aqui estamos falando do dolo nos negócios jurídicos.

Tal observação é pertinente, pois ao examinar o Código encontraremos expressas referências ao dolo nos arts. 353 (obrigações), 392 (inexecução das obrigações), 400 (mora), 403 (perdas e danos), 451 (evicção), 461 (contrato aleatório), 814 (jogo e aposta), 1.235 (descoberta) e 1.752 (tutor).

Observa ainda o autor, corroborando posição de Planiol no artigo citado, que não se pode pensar em estabelecer uma distinção entre o dolo civil e o dolo penal, como se fossem conceitos distintos e opostos. Expressamente diz

“...En realidad, el dolo en el delito no es otra cosa que la intención, el propósito de producir un daño antijurídico, o, por lo menos, la conciencia de que tal daño ha de producirse como consecuencia de una conducta que se realiza sin derecho y esto mismo, según hemos visto anteriormente, es el dolo civil en su sentido específico. La única diferencia que existe, no radica, pues, en la noción de dolo, sino más bien en la diferente consecuencia jurídica que se liga a la transgresión en derecho civil y en derecho penal: indenizaciones y nulidades en el primero y penas en el segundo. ...El dolo, por lo tanto, no es tanto un concepto civil o penal, como una medida que determina, en uno y otro derecho, una valoración más grave y unas consecuencias más rígidas contra su autor; y, en tal sentido, um concepto común a ambas disciplinas”.

Dolo é o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém

à prática de um ato que o prejudica, aproveitando ao autor ou a terceiro, como é a intenção de causar dano ilegalmente.

Na análise do artigo tem-se a primeira tipificação; assim, quando somos induzidos a uma representação falsa, a erro, por malícia de alguém, estamos diante de *dolo*.

Se comprei um colar porque eu próprio me enganei pensando que era de ouro, estamos diante do *erro*. Mas se comprei o colar pensando que era de ouro porque a parte contrária (de convicção ou não com terceiro) me convenceu disso, sabendo ela que não passava de simples bijuteria, estamos diante do *dolo*. O *dolo* é essa influência maliciosa que alguém exerce sobre outra pessoa para induzi-la a erro, interferindo em suas declarações de vontade.

Dessa forma, não pode o negócio ser encarado como perfeito, já que a declaração da vontade da parte está evada de vícios. Existiu uma formação interna da vontade, que foi viciada por um elemento externo, causador do desvio desta.

Como vimos, o que distingue o vício-erro do vício-dolo é que no primeiro o engano advém espontaneamente, enquanto no segundo ele surge provocado. Como bem explicam os irmãos Mazeaud: “O *dolo* nada mais é que um erro que provocou uma decepção. A vítima do *dolo* não está só enganada, mas também foi enganada” (“Le dol est une erreur provoquée une tromperie. La victime du dol non seulement s’est trompée, mais a été trompée”) (*Leçons de droit civil*, v. 1, t. 2, n. 187).

Clóvis sustentou a necessidade do ordenamento jurídico regular tal vício, salientando que “o *dolo* é um ato ilícito intencional, e só por esta consideração provocaria a reação do direito. Esta reação, porém, teria por consequência a indenização do prejudicado, e não a anulação do ato. O que dá causa à anulação é a falta de liberdade na declaração de vontade. O agente doloso induz o outro ao erro, mas o erro é apenas o meio pelo qual o autor do *dolo* atua sobre a vontade. No erro, idéia falsa é do agente, no *dolo*, é uma elaboração da malícia alheia”.

Como vemos no próprio texto do artigo, é necessário que o *dolo* dê origem ao negócio jurídico, de forma que a parte enganada não o teria ultimado se soubesse que as circunstâncias tidas como exatas por meio dos artifícios não eram reais.

Conforme a maioria da doutrina nacional, podemos apontar quatro elementos que, reunidos, caracterizam o *dolo*: 1º) a intenção de induzir o declarante a praticar o ato; 2º) que os artifícios empregados sejam graves; 3º) que tenham sido a causa determinante da declaração; 4º) que procedam da outra parte, ou que sejam por esta conhecidos, se procedentes de terceiros.

***Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 93. *O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos. É accidental o dolo, quando a seu despeito o ato se teria praticado, embora por outro modo.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.440; Código do Paraguai, art. 291.

**BIBLIOGRAFIA:** BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. CIFUENTES, Santos. *Negocio juridico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORRAL, A. de Cossio y. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “dolo”), 1958. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977; RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Como vimos acima, para que o dolo provoque a anulação do negócio jurídico necessária se faz a presença daqueles quatro elementos citados. Quando presentes todos esses elementos, estamos diante de um *dolo principal ou substancial*. Esse tipo de dolo vem já definido em lei, como pudemos observar no art. 145.

Vimos também que o terceiro elemento caracterizador do dolo é *que os artificios empregados “tenham sido a causa determinante da declaração”*. Quando ausente esse elemento, concluiremos que o negócio seria realizado independentemente dessa causa, embora por outro modo. Estaremos, portanto, diante do que o Código chama de *dolo accidental*. A pessoa queria o negócio, não há dúvida, mas não daquele modo como foi praticado.

Silvio Rodrigues assim refere: “nas duas hipóteses existe a deliberação do agente de iludir o co-contratante. Apenas na primeira o artifício faz gerar uma anuência que jazia inerte e que de modo nenhum se manifestaria sem o embuste;

enquanto que, na segunda, o consentimento viria de qualquer maneira, apenas com a diferença de que, dada a incidência do dolo, o negócio surgiu mais oneroso para a vítima do engano. Ali o vício do querer enseja a anulação do negócio, aqui o ato ilícito defere a oportunidade de pedir a reparação do dano” (*Dos vícios do consentimento*, p. 144). E cita o julgado pelo Supremo Tribunal Federal no caso em que a Caixa Econômica Federal, credora hipotecária de certa massa falida, levou o síndico desta, através de promessa de novo negócio, a promover nova avaliação do prédio hipotecado, avaliação esta que reduziu para pouco mais da metade o valor anteriormente arbitrado, o que motivou a Caixa a pleitear e obter a adjudicação do imóvel. O Supremo entendeu que a Caixa agira com dolo, mas que este era incidente, de forma que só condenou a reparar o prejuízo.

Bom exemplo, também, é fornecido por San Tiago Dantas: “suponhamos certa pessoa que se interessa profundamente pela compra de uma casa, mas, em virtude de manobras dolosas de que foi vítima, convenceu-se de que vale 1.000 contos, quando vale apenas 800. Se anularmos esta venda pura e simplesmente, talvez demos ao enganado um prejuízo maior do que deixar o prédio figurar com o preço de 1.000 contos. De modo que, o que devemos então fazer é adequar a nossa proteção aos interesses da parte prejudicada pelo dolo. Aí, devemos pretender um rebaixamento de preço sem anulação do contrato” (*Programa de direito civil*, p. 241).

Utilizando-se da denominação alemã, Pontes se refere ao meio de adequação como ação nominada — *Differenzklage* (ação de diferença). Convém lembrar que, segundo Clóvis, tal regra não provém do Direito Romano.

Cabe distinguir, ainda, o *dolo accidental* do denominado *dolo tolerável*, também chamado *dolus bonus*, cuja aceitação fica altamente comprometida pelo princípio da eticidade, em que se revela a boa-fé objetiva, e mui especialmente do dever de informação no âmbito contratual, afora a disposição repressiva da propaganda enganosa do CDC.

Dizia-se que era da natureza humana que cada um defendesse seus interesses da melhor forma possível, ainda que em prejuízo de outros. E sabemos existente malícia natural dos negócios, diante da qual ninguém poderia legitimamente dizer que foi enganado, já que regra do mercado, e por isso todos advertidos da sua existência. Isso é o que a doutrina denomina *dolo tolerável*, ou *dolus bonus*.

Ainda no sistema anterior não se divisava a plena aceitação do *dolus bonus*, visto que o efeito dele decorrente era passível de supressão, salvando-se o mais do negócio, por não contaminado, mas extirpável o decorrente da indução a erro.

**Art. 147. 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.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 94. *Nos atos 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 se não teria celebrado o contrato.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil da França, art. 1.116; Código Civil paraguaio, art. 290.

**BIBLIOGRAFIA:** BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORRAL, A. de Cossio y. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “dolo”), 1958. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MOTA PINTO, Paulo da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s. d. t. 1.

**COMENTÁRIOS:** O silêncio vem sendo objeto de estudos doutrinários sobre o Direito Romano, tendo Savigny concluído que não era possível extrair uma regra geral nos casos em que o silêncio era valorado. Segundo Paulo da Mota Pinto (*Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, p. 633 e s.), essa posição foi contestada por Dernburg, na Alemanha, e por Ranelletti, na Itália.

O objeto de exame foi o denominado “silêncio eloquente”.

Há que se observar desde logo que a formulação “quem cala consente”, aceita no Direito Canônico, não foi acolhida como princípio jurídico.

Paulo da Mota Pinto lembra que as referências tradicionais sobre o silêncio tornaram-se provérbios, os quais são, todos, em certa medida

verdadeiros, ao mesmo tempo que são, em certa medida, falsos, e se tomados genérica e abstratamente devem ser rejeitados como inadequados.

Verifica-se que o silêncio em determinados momentos e diante de determinadas disposições legais se apresenta como violação do direito, e em outros, como conforme o Direito. A distinção, segundo observa Antonio la Torre, ao discorrer sobre o verbete na *Enciclopedia del Diritto*, decorre do interesse tutelado, que no primeiro caso gravita sobre a utilidade do conhecimento, portanto no dever de comunicar, e no segundo, sobre a necessidade do segredo, portanto no dever de respeitá-lo. Pode ainda ocorrer o dever mútuo das partes quanto ao silêncio, que a doutrina denomina como “paciência”, ou tolerância.

Para se obter a correta qualificação necessário se faz o exame do contexto relacional de uma situação dada, e aqui, no art. 147, temos clara a impositão do dever de não silenciar; do dever de comunicar.

Decorrente dessa visão geral, precedente à referência específica ao artigo, tem-se os deveres de informação no âmbito contratual, que são não só relevantes na fase pré-negocial, como na fase de execução, e, no mais das vezes, o de abstenção, ou de sigilo, na pós-contratual.

A caracterização é efetivamente de dever, e não de ônus, conforme as lições de Canaris e F. Bydlinski, dois dos maiores civilistas contemporâneos, muito citados por Paulo da Mota Pinto, e cujas obras de direito privado não foram traduzidas entre nós. Diz em nota de rodapé, o autor português, que os mestres, alemão e austríaco, vêem um dever porque a violação leva a uma responsabilidade pelo interesse contratual positivo.

Em hipóteses outras, pode-se ter a configuração do ônus de não manter o silêncio.

O silêncio referido no artigo em exame é o intencional, que a doutrina nomina como sendo o *dolo por omissão*, ou *dolo negativo*, o qual proporciona vício ao consentimento não pela conduta ativa do agente, mas por sua reticência maliciosa, que se configura pela violação de um dever de agir, em face da sua inércia, sua omissão proposital.

A caracterização não está no simples silêncio; é necessário que a omissão de informações seja tal que, sem ela, não se teria celebrado o negócio. É o silêncio malicioso e intencional sobre uma circunstância, fato ou qualidade ignorada pela parte. O conhecimento não levaria à realização do negócio.

Dentre nós e em face do art. 94 do Código de 1916, Serpa Lopes assim definia a hipótese: “a) houve a intenção de induzir o outro contratante à prática de um ato que o prejudica e beneficia o autor do dolo; b) o recurso de que se lançou mão para ludibriar o outro contraente foi o silêncio; c) que esta omissão dolosa foi a causa de seu consentimento, configurando-se, portanto, o *dolus causam dans*; e, finalmente, d) que a omissão partiu do outro contratante, já que a lei diz o silêncio intencional de uma das partes” (*Curso de direito civil*, n. 217).

Quem alega a omissão dolosa tem o ônus de demonstrar que o referido silêncio, e não outra causa, constituiu o motivo determinante do negócio.

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 95. *Pode também ser anulado o ato por dolo de terceiro, se uma das partes o soube.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, art. 28, 2ª alínea; Código Civil português, art. 254ª, 2.

**BIBLIOGRAFIA:** ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORRAL, A. de Cossio y. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano; Giuffrè (v. “dolo”), 1958. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos. v. 1. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Deve-se salientar que o regime jurídico do dolo é mais grave que o do erro. Assim, em casos de dolo, poder-se-á chegar à anulação, “o que não ocorre com o erro em situações semelhantes”. Ademais, a nulidade por erro pode vir a ser sanada, o que já não ocorre com o dolo. Por isso que se terá de entender as razões diversas entre a primeira e a segunda parte deste artigo.

Existem três hipóteses possíveis de ocorrência de dolo de terceiro: 1ª) o dolo é de terceiro, praticado com cumplicidade com a parte beneficiária; 2ª) o dolo é de terceiro, a parte não cooperou na sua ocorrência mas tinha

conhecimento, ou devia ter conhecimento, pelas circunstâncias, do dolo do terceiro; 3ª) o dolo é de terceiro, e é completamente ignorado pela parte beneficiada.

O presente artigo, na sua parte inicial, em que regula as duas primeiras hipóteses, comina de anulável o negócio jurídico por dolo de terceiro, pela ciência, ou pelo menos pelo dever de ciência do vício, por parte do beneficiário, enfim por ser o dolo cognoscível. Aqui se tem marca diferencial, pois o dolo foi determinante do erro da parte, portanto a vítima é enganada e se engana, é levada a um erro qualificado, daí a anulabilidade.

A razão deste artigo é evidente, pois, como disse originalmente Clóvis, “o dolo do estranho vicia o negócio, se, sendo principal, era conhecido de uma das partes, e esta não advertiu a outra, porque, neste caso, aceitou a maquinação, dela se tornou cúmplice, e responde por sua má-fé”(*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 275).

O fato de ser conhecido o dolo e seguir-se silêncio da parte beneficiária do erro, implica, evidentemente, violação ao dever de lealdade, dever de informação inerente ao procedimento de boa-fé e diligência no negócio jurídico.

Por isso mesmo, caso haja negligência de sua parte na informação, o ato será anulável.

O terceiro caso é a hipótese prevista na segunda parte do artigo, pela qual o negócio é válido, persiste, mas imputa ao terceiro a responsabilidade pelas perdas e danos que causou à vítima. Se nenhuma das partes no negócio conhecia o dolo do terceiro, não há fundamento para a anulação, pois o beneficiário, caso fosse anulado o negócio, “ver-se-ia, pois, lesado por um ato a que foi estranho e do qual nem sequer teve notícia...” (Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, p. 264).

Tendo sido prejudicado pelo dolo de terceiro, o lesado, que sofreu os prejuízos, poderá reclamar o seu ressarcimento contra o terceiro que os causou, não contra o beneficiário, já que este não teve qualquer comportamento viciado.

É de referir que houve na doutrina discussão se o presente dispositivo se aplicaria só aos negócios bilaterais, e não aos unilaterais (quanto às obrigações das partes). A divergência em época mais antiga foi superada por posição em favor da incidência mesmo nos negócios unilaterais, como as doações.

Pode-se ver de obras mais recentes que é pacífica a imputação da responsabilidade ao terceiro, mesmo na ausência de uma disposição expressa como a que temos regulada. Veja-se o que diz a eminente Professora Giovanna Visintini (*Tratado de la responsabilidad civil*, p. 367):

“Cabe preguntarse si el tercero, aun fuera de estos casos, cuando provee falsas indicaciones o calla algo que conoce de forma tal que influya en la conclusión del contrato, puede incurrir en responsabilidad aquiliana por interferencia en su ejecución”.

***Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se,***

*porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.*

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 96. *O dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até à importância do proveito que teve.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes.

**BIBLIOGRAFIA:** BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORRAL, A. de Cossio y. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “dolo”), 1958. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1974.

**COMENTÁRIOS:** Chama a atenção do intérprete que Clóvis, em seus *Comentários*, não haja indicado nenhum Código estrangeiro com disposição semelhante. O estudo na doutrina estrangeira contemporânea também não indica qualquer referência à hipótese, como não se encontra disposição semelhante mesmo em Códigos recentes, como os de Quebec e da Rússia.

Pontes de Miranda elogiou o art. 96 do Código de 1916 em face da omissão dos estrangeiros, sob o argumento de que tínhamos regra para distinguir terceiros de representantes, e conseqüente imputação de responsabilidades.

No histórico do artigo, Silvio Rodrigues esclarece que a origem se tem no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 481, mas que a redação original de Clóvis resultou emendada.

O Código atual inova sobre o texto do Código de 1916, distinguindo a representação legal da voluntária, com conseqüentes efeitos diversos, com o que ficou acolhida crítica ao texto do Código de 1916 formulada por Silvio Rodrigues, na primeira edição de seu *Vícios de Consentimento*, de 1974:

“Tenho para mim que há uma solução ... bastante superior ... . Para alcançá-la é mister distinguir a representação convencional ou voluntária da representação obrigatória ou legal. Para este último caso a solução da lei parece-me adequada. O tutor, o curador, o pai no exercício do pátrio poder, o marido que atua em nome da mulher são representantes que a lei impõe, sem que o representado, contra isso, se possa rebelar. Se estes atuam maliciosamente na vida jurídica, seria injusto que a lei sobrecarregasse com os prejuízos advindos de sua má conduta o representado que os não acolheu e que, em geral, dada a sua incapacidade, não os podia vigiar. De sorte que, neste caso, é justo o princípio da lei, pois, à hipótese, assenta como uma luva a observação de Beviláqua, segundo o qual ‘cada um responde por sua má-fé’; é ainda justo que o representado alcançou lucro, com o ato ilícito de seu tutor ou de seu curador, que o devolva, para que não haja enriquecimento sem causa.

Mas se se trata de representação convencional a solução do texto é iníqua. Aquele que escolhe um representante, e lhe outorga mandato, cria um risco para o mundo exterior, pois o mandatário, usando o nome do mandante, vai agir nesse mundo de negócios criando relações de direito. Se é má a escolha, tem o mandante culpa, e o dano resultante para terceiros deve ser por ele reparado. Se o mandante, ao invés, embora o tenha bem escolhido, vigiou mal seu procurador, permitindo que ele provocasse, com seu comportamento, prejuízos a terceiros, continua o representado a ser falto e por essa falta deve responder. Existe uma culpa *in eligendo* ou *in vigilando* que de um certo modo carece de prova, pois que resulta provada da própria existência do ato malicioso, praticado pelo representante. A presunção de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do representado tem por conseqüência responsabilizá-lo solidariamente pela reparação total do dano e não apenas limitar sua responsabilidade ao proveito que teve. Desse entendimento resulta uma solução que, ao meu ver, apresenta alcance social muito mais elevado. Pois, ademais, melhor garantir a reparação do prejuízo derivado do ato ilícito, dá maior segurança aos negócios, e criando um risco mais amplo para o mandante, o põe de sobreaviso na escolha de seus representantes”.

*Nota de rodapé* do próprio autor na obra em citação, à p. 180: “A solução apregoada ... foi acolhida integralmente pelo Projeto de Código Civil de 1975. ... a seguir acrescentou ao antigo dispositivo uma alínea, concernente à representação convencional: ‘se, porém, o dolo for de representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos’”.

Assim, parece-nos justo o critério adotado pelo legislador. À responsabilidade pessoal de quem de fato praticou o dolo, se faz aderir de forma solidária à de quem livremente escolheu tal representante para agir em seu nome, portanto responsabilidade tanto pela “eleição” quanto pela falta de devida “vigilância”.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 97. Se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma pode alegá-lo, para anular o ato, ou reclamar indenização.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Das relações jurídicas: segundo o Código Civil de 1966*. Coimbra: Tipografia Guerra, 1968. v. 3. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: INEJ, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. CORRAL, A. de Cossio y. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “dolo”), 1958. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo parte do princípio de que *ninguém pode se beneficiar invocando a própria torpeza*. É o que afirma Santos Cifuentes, em *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*, p. 419.

Castro y Bravo esclarece que a origem da disposição está em fragmento de marciano: “SI DUO DOLO MALO FECERINT, INVICEM DE DOLO NON AGENT”, que enseja dupla explicação. A mais comum supõe a existência de uma compensação de culpas, “dolos cum dolus compensatur”, Bartolo. Outra,

encontrada na glosa, tem formulação diversa: “dolosus doloso, nihil objicere potest”.

Que não se trata de *compensação de dolos*, muito menos de sua *neutralização*, como muitos juristas insistem em afirmar, sustenta Silvío Rodrigues: “não se trata de compensação de dolos, mas sim do desprezo do Judiciário pelo clamor daqueles que, baseados em sua própria torpeza, querem obter a proteção do ordenamento jurídico” (*Dos vícios do consentimento*, p. 163).

A questão não é resolvida de maneira uniforme nas legislações, muito embora o disposto já no Código de 1916, como no atual, esteja conforme a absoluta maioria.

Como o Código Civil busca sempre dar amparo à boa-fé, quando ocorre o contrário, e por ambas as partes, a lei não prestigia, não admite nem a alegação, sob qualquer forma, isto é, nem como ação, nem como exceção.

Diversamente de nós, entretanto, disciplinou o Código Civil português, que dispõe no art. 254<sup>º</sup>, 1: “O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração; a anulabilidade não é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral”.

A justificativa do autor do projeto, Professor Rui de Alarcão, transcrita por Rodrigues Bastos (em *Das relações jurídicas*, Tipografia Guerra, 1968, v. 3, p. 112 e 113), é:

“Segundo a tradição jurídica, que algumas legislações explicitamente sancionam (assim o Código brasileiro, art. 97, e o espanhol, art. 1.279), não é admitida a anulação fundada em dolo bilateral ou recíproco — ... Julgamos não ser este o bom caminho. Não descobrimos o motivo para sujeitar as partes a uma sanção desta natureza, antes se nos afigura que, se a viciação da vontade, em que reside o fundamento da invalidade *ex capite doli*, se verifica pelo lado de ambas elas, o negócio deve ser duplamente anulável (*ver nesse sentido, a ampla justificação dada por Trabucchi, ‘Il dolo nella teoria dei vizi del volere’, 1937, págs. 515-520*) ...”.

Defendendo tal posição, Domingues Andrade, na obra já citada, p. 263, argumenta, ainda com base em Trabucchi, que é a mesma razão de ser do art. 299<sup>º</sup>, n. 2, do Código relativo ao dolo do menor, que só fica inibido de argüir em face da menoridade.

O artigo referido pelo autor é do Código anterior de Portugal, revogado pelo de 1966, que trata da hipótese referida no art. 126, que não parece referendar a posição defendida pelos ilustres autores.

### ***Seção III***

#### ***Da coação***

**Art. 151.** *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.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 98. A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, arts. 1.112 e 1.113; Código Civil italiano, arts. 1.434 a 1.436; Código Civil suíço, arts. 29 e 30; Código Civil alemão, § 123; Código Civil português, arts. 246<sup>a</sup> (coação física), 255<sup>a</sup> e 256<sup>a</sup> (coação moral).

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “dolo”), 1958; ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (A transação e os vícios do consentimento — erro, dolo e coação). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico: ensaio*. Rio de

Janeiro: Forense, 1957. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** No que concerne à coação, o novo Código apresenta algumas alterações de relevo. Da mesma forma que no Código de 1916, não existe alusão à *coação física*, também denominada *absoluta*, mas tão-somente à *coação moral*, ou *relativa*, a *vis compulsiva*, ao contrário do que é feito no Código Civil português de 1966.

É que na chamada *vis absoluta* não ocorre consentimento; logo, não se pode falar em vício do mesmo, mas em ausência, o que impede falar em negócio jurídico.

É da *coação moral*, da intimidação, da *vis compulsiva*, que trata o Código. Optou o legislador por não mencionar a *coação física*, que é o desenvolvimento de força material a que não pode resistir o paciente, tolhendo inteiramente a sua liberdade, não permitindo a formação do negócio, razão pela qual não pode e não deve ser tratado no plano da validade, sendo considerado *negócio inexistente*. A coação absoluta tem sua maior regulamentação na esfera penal.

À luz do Código de 1916 alguns professores defendiam que, para que seja caracterizada a coação, o receio trazido pela ameaça deve necessariamente ser maior que a ameaça propriamente dita. Exemplificavam: *se ameaçar-se alguém de um prejuízo financeiro de 20 reais, exigindo dele o cumprimento de um negócio que lhe pode acarretar um prejuízo de 1000 reais, não pode se pretender que tal ameaça constitua coação*. Até então parece um exemplo óbvio, mas as dificuldades surgiam quando a comparação dos atos ficavam em uma linha cinzenta, abstrata. Exemplifica San Tiago Dantas: *o marido que ficou com a guarda depois da separação e que ameaça o cônjuge de que, se ele não se decidir por tal transação, impedir-lhe-á de ver os filhos comuns de ora em diante. Aterrorizada com tal perigo, a mulher muitas vezes aceitará a imposição com grande prejuízo pecuniário (Programa de direito civil, p. 248)*.

O novo Código trouxe modificações, no trato da coação, que foram elogiadas por Lamartine Corrêa, particularmente no dispositivo em comento, salientando que os membros da comissão atenderam às ponderações do Professor Silvio Rodrigues, ao suprimir a parte final do art. 98 do Código de 1916:

“... Não se exigiu mais a mensuração absurda de danos exigida pelo final do art. 98, e que a jurisprudência vinha dispensando. Ou seja, o temor de danos à pessoa, família, ou bens do coacto não terá de ter por objeto dano ‘igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido’”.

Moreira Alves destaca a referida alteração e já alude à outra, que foi introduzida no art. 154 do novo Código: “o Projeto (Código de 2002), em seu art.

149 (atual art. 151), exige que o dano temido seja iminente e considerável, não mais contendo a expressão final do art. 98 do Código Civil (antigo) ‘igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido’. Admite-se, por outro lado, coação, ainda que o dano diga respeito a pessoa que não pertença à família do coacto. E se altera substancialmente a disciplina da coação exercida por terceiro. Atualmente, a coação, nesse caso, sempre vicia o negócio jurídico. Pelo sistema do Projeto, o negócio subsiste, se a coação decorrer de terceiro, sem que dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a quem aproveite, mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos do coacto” (*A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*, p. 113).

A coação é a ameaça com que se constringe alguém à prática de um negócio jurídico.

A ameaça, ou a violência, que aqui nos interessa não é mais que uma das várias formas de coação psicológica, que pode influenciar a autonomia de quem pratica o negócio. É uma coação que não exclui (como faz a violência física) nem a vontade do negócio nem a determinação causal da vontade, mas diminui a liberdade dessa determinação.

A coação de que trata este dispositivo é, como já dissemos, a *coação moral*, que por Clóvis é considerada um estado de espírito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o negócio, que lhe é exigido (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 278).

A coação é um típico vício de vontade, uma vez que sua ocorrência incide sobre o próprio querer do indivíduo, tornando-o impróprio para a produção de efeitos jurídicos. Posto diante da alternativa, entre um mal de que este tem receio ou a prática do negócio que não está no seu desejo, o agente prefere praticar o negócio. Se não existisse a ameaça que intimida o declarante da vontade, esta seria comunicada de outro modo, daí a razão de ser considerado um *defeito*.

Os requisitos para que o constrangimento possa viciar a vontade acham-se declarados no artigo:

1º) *Deve ser considerável* — a ameaça deve ser grave, como uma ameaça à liberdade, de um dano sério ao corpo, à vida, à honra, quer do agente, quer de pessoa da família ou até de pessoas de seu estreito relacionamento a quem o agente tem razões fundadas para que não se queira a efetivação da ameaça.

Como bem aponta Betti, essa gravidade da ameaça não pode ser objetivamente estipulada, quantificada. Ocorrerá coação se a ameaça provocar na mente do agente o aparecimento de um temor capaz de vergar-lhe a vontade (*Teoria geral do negócio jurídico*, p. 478).

Existem, na doutrina, dois critérios, duas posições para avaliar a gravidade da coação: um *critério abstrato* (afigura-se na imagem de um homem médio e normal, a fim de examinar se a ameaça seria suficiente para assustá-lo) e um *critério concreto* (verifica-se se a vítima, no momento da ameaça, em razão de seu sexo, sua educação, seu temperamento, para apurar se a violência contra ele perpetrada foi ou não suficiente para corromper o seu querer). Em razão de

disposição expressa (art. 152), veremos que o legislador adotou o segundo critério para a configuração da gravidade da coação.

2º) *A ameaça deve ser causa da anuência* — se alguém foi vítima de ameaça, mas deu seu consentimento independente desta, não se configura coação; não ocorreu coincidência da concordância com a violência, sendo que a primeira surge independentemente da segunda. Para que a coação vicie o negócio jurídico, mister se faz o estabelecimento de um nexo de causalidade entre a ameaça e a anuência, ou seja, que a primeira seja causa determinante para a ocorrência da segunda.

Se, apesar do constrangimento exercido, o negócio se formou livre e voluntariamente, claro ser ele relegável, por indiferente.

3º) *A ameaça deve ser fundada e injusta* — isto é, capaz de impressionar realmente a pessoa e, ao mesmo tempo, não pode ser considerada o exercício regular de um direito, pois, ao contrário, está prevista como causa excludente de antijuridicidade (art. 23, III, do CP), o que não a configura como coação.

4º) *A ameaça deve ser atual ou iminente e inevitável* — ou seja, *atual* ou *prestes* a acontecer e, ainda, *inevitável*, pois a ameaça de um *mal impossível, remoto* ou *evitável* não constitui coação capaz de viciar o negócio. Tal preceito tem como fonte inspiradora o Código Civil francês, que, em seu art. 1.112, diz que o temor deve ser um “mal considérable et présent”. Não é indispensável que esse mal ocorra imediatamente, bastando que provoque na vítima um temor suficientemente forte para conduzi-la à realização do negócio. As ameaças que irão se realizar num futuro distante são incapazes de produzir, no espírito do paciente, impressão bastante intensa a decidir pelo sacrifício.

Explica Silvio Rodrigues: “parece-me que a idéia de ‘atual ou iminente’ se achem de atualidade, de brevidade no advento do dano, isso porque a ameaça de um mal a realizar-se em futuro distante surge menos intensa, perde parte de sua força e carece no sentido de inexorabilidade de que se deva revestir; a existência de dilatado intervalo entre a ameaça e o desfecho do ato ameaçado permite à vítima ilidir-lhe os efeitos, por meio do recurso a quem pode protegê-la” (*Dos vícios do consentimento*, p. 259).

Se alguém, por exemplo, declara: “exijo que vendas esta casa, senão não te contemplarei no meu testamento”, o receptor da declaração está diante de um perigo que, por maior que seja e ameace sua fortuna, não é capaz de ameaçar-lhe a vontade, porque não é perigo iminente, pois, até o momento do testamento, até a morte do testador, se desenvolve lapso de tempo em que podem surgir inúmeros fatores e causas que levem o coator a se arrepender e mudar de idéia. Se for uma ameaça que permita ao ameaçado trabalhar e agir para que o perigo não ocorra, não será iminente e, conseqüentemente, não poderá ser considerado coação.

5º) *Tal prejuízo deve recair sobre sua pessoa, sobre bens do paciente, de pessoas de sua família ou terceiros cuja circunstância justifique o temor* — a ameaça pode visar a pessoa da vítima ou seus bens, assim como pessoa de sua família ou terceiro, cuja ligação com o paciente ou pelas circunstâncias, o leve

ao temor e à anuência para a conclusão do negócio.

Podemos citar como ameaça aos bens do paciente: a ameaça de incêndio, de predação, de extorsão etc.

Devemos entender “família” em uma concepção extensiva, como sendo *o conjunto de pessoas ligadas por laços de consangüinidade ou de comparável afetividade*. Só será considerado família aquilo que estiver em perfeita consonância e adequação com a concepção trazida pela Constituição de 1988, em seus arts. 226 e seguintes. Assim, por exemplo, um companheiro, um filho adotivo, um primo será considerado *ente familiar*, e se a ameaça recair sobre este, preenchidos os requisitos acima, estará caracterizada a *coação*.

Mas não é só a ameaça à família do paciente que dará ensejo à coação. Pode ocorrer que terceiro, que não um ente familiar, mas de relações estreitas da parte envolvida, seja o ameaçado, podendo dar ensejo à coação, e à prática de negócio jurídico sob sério constrangimento. Exemplo dessa possibilidade é a ameaça ao *parceiro homossexual*. Enquanto não for alterada a Constituição Federal, a união entre homossexuais não será considerada *família*, pois não abarcada pela concepção trazida pelo constituinte de 1988. Mas é óbvio que mesmo sem essa adequação legal eles possuem estreita ligação afetiva, capaz de levar um deles, se o parceiro estiver ameaçado, a praticar um negócio contra a sua verdadeira vontade.

Neste último caso, optou o legislador por dissipar antigas discussões, estendendo ao máximo o rol de pessoas que podem levar o paciente a praticar um negócio sob coação. Mas concedeu ao juiz, diante do caso concreto, o poder para averiguar se a ameaça àquela pessoa era relevante e capaz de levar o *paciente* a praticar um negócio contra sua vontade, e se a ameaça foi causa relevante e determinante desse defeito. Enfim, não se restringe a existência de coação se a ameaça é a um ente familiar, podendo ser também caracterizada se recair sobre um amigo íntimo, cabendo ao juiz, com base nas circunstâncias apresentadas, averiguar se estão presentes ou não os elementos caracterizados do instituto acima elencados.

Orozimbo Nonato, já em 1957, na edição de seu ensaio *Da coação como defeito do ato jurídico*, citando Demogue e a posição francesa, noticiou um julgado da Corte de Paris que não acolheu a alegação da violência derivada da ameaça a um amigo (“on a crainte de glisser sur une perte dangereuse”), por ser uma perigosa ampliação e um risco para os atos jurídicos. Mas, diz Orozimbo Nonato, “a nosso ver, a boa doutrina deve presumir, de resto vencivelmente, a ocorrência de coação ainda quando a ameaça se dirige contra o cônjuge, o descendente, e ascendente, admitindo, ainda, a possibilidade de sua configuração se a ameaça pesa em terceiro, dadas certas circunstâncias e mediante prova supeditada pelo agente” (idem, p. 196).

A nova regra trazida pelo Código, apesar da relutância dos críticos, representa verdadeiro avanço não encontrável na maioria das legislações no mundo, já que não usam do termo “família” com a amplitude ensejadora de ameaça e temor ao paciente, especificando ora o cônjuge, ora o ascendente, o

descendente, como no caso dos Códigos espanhol e francês.

De certo que não era fácil averiguar se o perigo de que o agente se via ameaçado era maior ou menor do que aquele que a coação acarretava. Assim, preferiu o legislador (após anos e anos de críticas de Espínola) suprimir essa exigência do antigo art. 95, deixando que o juiz averigüe, no caso concreto, a presença dos elementos acima elencados. Não que essa situação foi tolhida pelo sistema, que não deixa de ser um critério razoável de caracterização, mas será ela alcançada segundo novas formas e de acordo com as circunstâncias e critérios acima elencados, jamais deixando de lado o *critério concreto de averiguação da coação*.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 99. No apreciar a coação, se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias, que lhe possam influir na gravidade.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.435.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 2. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. violenza), 1958. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (A transação e os vícios do consentimento — erro, dolo e coação). PONTES DE MIRANDA.

*Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*: ensaio. Rio de Janeiro: Forense, 1957. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Como já salientamos, este dispositivo representa a *adoção do critério concreto* para averiguação da existência da coação e de sua gravidade. Segundo esse critério, o juiz, em vez de fixar seu julgamento em pontos abstratos, de construção idealizada (ex.: imagem de homem médio, normal, diligência ordinária etc.), deve examinar o caso concreto, a vítima da ameaça, seu sexo, sua idade, sua condição, sua saúde, seu temperamento, e todas as circunstâncias que possam influir na gravidade dessa coação.

Cada pessoa reage de uma forma à ameaça ou à violência. Assim, deverá o juiz examinar, em cada caso, a repercussão da ameaça na esfera jurídica do paciente, verificando a pessoa da vítima e se os fatos trazidos obrigam-no a concluir que a sua anuência no negócio foi extorquida através da ameaça.

Assim, sem qualquer preconceito velado, mas por amor à clareza, um revólver que intimida uma senhora caseira poderia não intimidar uma caçadora, esportista; ou um pugilista ou especialista em artes marciais seria menos intimidado que uma pessoa que não detém o conhecimento de tais técnicas. Enfim, a *fattispecie* dará ao juiz elementos pelos quais sopesará e decidirá pela ocorrência ou não dos elementos ensejadores do defeito do negócio jurídico.

**Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 100. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.114.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de

Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. violenza), 1958. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (A transação e os vícios do consentimento — erro, dolo e coação). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico: ensaio*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Para que se caracterize a coação, o constrangimento tem de ser injusto, não se podendo considerar como coação o exercício regular de um direito.

Quem interfere na esfera jurídica de outrem, de acordo com a lei, pratica ato lícito. Muitas vezes uma parte intimidada a outra afirmando que vai exercer um direito que pode acarretar consequências graves. Mas isso não é uma intimidação, decorre da própria previsão do ordemanento, que concede a uma das partes tal possibilidade, que até pode ser entendida como uma ameaça pela outra parte, mas que representa apenas uma consequência prevista no sistema jurídico normativo. Assim, não se pode admitir que aquele que esteja exercendo seu direito tenha seu negócio passível de anulação, com a respectiva reparação de perdas e danos.

Mas será que todo exercício do direito exclui a coação? Obviamente que não, pois é necessário que o exercício deste direito seja normal, não abusivo e obedeça às formalidades legais.

Se já era admitido pela doutrina, à luz do Código de 1916, que o abuso de direito, por então ser considerado exercício anormal de um direito, caracterizava coação, muito mais razão se tem para admiti-lo no presente Código, por força da sua inclusão explícita como ato ilícito no art. 187. A remissão ao abuso de direito elide qualquer dúvida, pois.

Figura diversa é a do temor reverencial, que é o que existe entre duas

peças quando uma delas, por uma posição hierárquica qualquer (não somente profissional, como subordinação regularizada por lei, ou a geralmente sufragada pelas relações sociais, mas também o sentimento de veneração, respeito, reconhecimento, condescendência), está obrigada a respeitar a opinião e a vontade da outra (ex.: relação empregado-patrão, filho-pai, soldado-coronel). Os primeiros estão sujeitos ao chamado temor reverencial, ao acatamento da vontade que os induz a praticarem algo que não está na sua vontade.

Por si só, o temor reverencial não constitui coação capaz de invalidar o negócio, uma vez que é conveniente para a sociedade que exista esse temor, que se entende ser útil ao saudável funcionamento do corpo social.

A lei só admite a caracterização da coação quando o declarante é posto diante de uma agravante que é a ameaça de violência, portanto, à coação.

Como adverte Pontes de Miranda, “o temor reverencial é faca bigümea: pode tornar-se agravante da ameaça, mas sozinho não constitui coação. É o simples temor a que se refere o art. 100 (atual 153), mas acompanhado, serve à apreciação *in concreto* da violência, segundo o princípio salutar do art. 99 (atual 152)” (*Tratado de direito privado*, p. 197).

Assim, se o temor reverencial ultrapassa os limites dentro dos quais deve estar contido, é capaz de criar uma nova situação de coação, ou seja, se ele se alia a ameaça, violência ou pressão descabida, deixa de ser assim configurado e passa a integrar o vício da vontade. Essa mudança de roupagem do instituto é expressamente explicitada nos Códigos Civis francês e italiano, prevendo, pois, a caracterização da coação.

Assim, se ficar provado que uma mulher só se casou com fulano por exigência de seu pai, e que este a ameaçou de internação bem como com violência física, estará claro que aquela mulher não se casou por simples respeito ao pai, mas por pavor de sofrer conseqüências constantes das ameaças maiores. Nesse caso, é o perigo, e não o respeito, que influencia nessa vontade, situação que o ordenamento não admite.

A legislação brasileira se mostra mais ampla em relação à francesa, que no âmbito positivo limita as pessoas a que se deve reverência, cuja interpretação ampliativa do rol depende da doutrina. Já o Código Civil espanhol fala genericamente em *peças a quem se deve submissão e respeito*.

**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.**

**CÓDIGO DE 1916: Art. 101. A coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro.**

§ 1º Se a coação exercida por terceiro for previamente conhecida à parte, a quem aproveite, responderá esta solidariamente com aquele por todas as perdas e danos.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “violenza”), 1958. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (A transação e os vícios do consentimento — erro, dolo e coação). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*: ensaio. Rio de Janeiro: Forense, 1957. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. RODIÈRE, René. *Lés vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** A atual redação desta regra traz modificação sobre a antiga, do Código de 1916, pelo que a coação exercida por terceiro, para que possa viciar o negócio jurídico, há que ser do conhecimento prévio da parte beneficiária, ou, não o sendo, tal conhecimento era devido.

A redação deste artigo, como a do art. 155, decorre de alteração feita quanto à redação original do anteprojeto, que no seu art. 154 tinha dois parágrafos.

Referida redação original mereceu crítica de Lamartine Corrêa, que pelo visto resultou acolhida, de sorte que no atual art. 154 fica a disposição que implica solidariedade, enquanto do § 2º do anteprojeto resulta o art. 155, após a correção devida quanto à imputação da responsabilidade ao terceiro coator.

Neste art. 154, por razões de política legislativa, preferiu o legislador dar um tratamento mais rígido do que o dispensado ao *dolo praticado por terceiro*

(art. 148), não permitindo que o negócio subsista e, ainda, forçando que a parte beneficiada responda solidariamente com o terceiro coator pelos danos causados. Primeiro, por haver sensível diferença entre dolo e coação, com a conseqüente diferença de intensidade na atuação sobre a vontade, o que, todavia, não é aceito por grande parte da doutrina. Os defensores do tratamento mais grave partem da idéia da *periculosidade social do fato*, ressaltando a maior gravidade da coação, como se vê de Scialoja, Laurent, Giorgi, Bonfante, Orozimbo Nonato, o que para outros representa verdadeiro preconceito em relação à figura do dolo.

**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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 101. A coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro.*

(...)

§ 2º *Se a parte prejudicada com a anulação do ato não soube da coação exercida por terceiro, só este responderá pelas perdas e danos.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 123.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico: estructura, vicios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. “violenza”), 1958. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LANDIM, Jayme. “Vícios da vontade”. In: *Comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1960. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (A transação e os

vícios do consentimento — erro, dolo e coação). PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*: ensaio. Rio de Janeiro: Forense, 1957. RODIÈRE, René. *Les vices du consentement dans le contrat*. Paris: A. Pedone, 1977. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

**COMENTÁRIOS:** Corrigindo o caráter individualista do Código de 1916, dispõe o novo Código que a coação exercida por terceiro, quando insciente a parte que dela se aproveita, não vicia o negócio jurídico, mas subsistirá, devendo tão-somente o terceiro coator responder civilmente pelos prejuízos causados à vítima da coação.

Ou seja, prevalece mais uma vez o princípio da boa-fé, a *tutela da confiança* da parte que recebe a declaração de vontade, já que esta não merece ver sua expectativa tolhida por ato desconhecido praticado por terceiro. Ao mesmo tempo, impõe a este terceiro a obrigação ao ressarcimento dos danos que o coacto sofreu, que foi submetido, pela ameaça, a conclusão de um negócio contrário ou não correspondente a sua verdadeira vontade.

A disposição atual, ao deixar de lado a tradição individualista do Código de 1916, protegendo os que não sabem, nem poderiam saber do vício, atende ao que, mesmo antes da análise do anteprojeto, ou do posterior projeto, Silvio Rodrigues criticava na redação do art. 101, que acompanhou o art. 1.111 do Código Civil francês:

“...Não obstante, oferecem o defeito de desprezar o interesse da pessoa que contratou com a vítima da coação, e que, tendo todas as razões para crer na seriedade e eficácia da proposta, a aceitou insciente do vício que a inquinava. O desfazimento do ato jurídico acarreta-lhe um prejuízo injusto...”

A tentativa de alteração por emenda na Câmara dos Deputados, para substituir os arts. 154 e 155 pela redação do art. 101 do Código de 1916, felizmente, não surtiu efeito.

#### *Seção IV*

#### *Do estado de perigo*

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

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 1.447; Código Civil alemão, § 228; Código Civil suíço, art. 21.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ANDRADE, José Ferreira. *Estado de perigo*. Dissertação de mestrado. USP, 1977. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese. São Paulo, 1986. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè (v. stato di necessità), 1958. DEMONTÈS. *De la lésion dans les contrats entre majeurs*. Paris, 1924. Digesto, L. IV, t. II, Lei VII, § 1<sup>a</sup>. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. LOPEZ, Teresa Ancona. “O negócio jurídico concluído em estado de perigo”. In: *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989; e “O estado de perigo como defeito do negócio jurídico”, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 68, XXII, dez. 2002. MESSINEO, Francesco. *Tratado di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1972. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. OLIVEIRA, Moacyr. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva (v. “estado de perigo”), 1977. “O estado de perigo no Projeto do Código Civil”. *RT*, 492/11. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. RODRIGUES,

Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo apresenta inovação quanto aos defeitos do negócio jurídico, introduzindo o *estado de perigo*.

A categoria dogmática do *estado de perigo* e do *estado de necessidade*, segundo o jurista alemão Franz Wieacker, um dos maiores historiadores do direito privado do mundo, é fruto do desenvolvimento da ciência jurídica da Europa Continental, mais particularmente da cultura germânica do período oitocentista, problemática bem presente na idéia dos novos jusnaturalistas alemães (“*usus modernus pandectarum*”, ou os *novos hábitos dos pandectistas*), que nada mais fizeram que deixar transparecer as raízes profundas da tradição medieval, que tinham como máxima “*necessitas legem non habet*”, “*quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*” (o que não está como lícito na lei, torna-se necessário fazê-lo lícito). (*História do direito privado moderno*, p. 329).

O Direito Romano teve uma experiência jurídica extremamente tênue no tocante ao *estado de perigo* no âmbito contratual, mas fixou as primeiras noções do instituto que conhecemos hoje. Na época de Justiniano, em princípio, o contrato feito em estado de perigo era válido, pois era devida sempre a recompensa dos serviços prestados. Apenas em algumas hipóteses a validade podia ser afetada. O ato negocial era válido se uma pessoa recebia alguma coisa por defender outra da violência dos inimigos, ou dos ladrões, ou do povo, já que esta última assumira a obrigação de dar alguma coisa em pagamento. Mas advertia Ulpiano (*Digesto, L. IV, t. II, Lei VII, § 1<sup>a</sup>*) que aproveitar-se de alguém do estado de perigo era o mesmo que ter provocado esse temor e, portanto, devia ser aplicado o edito *quod metus causa*, anulando o negócio.

Àquela época, o instituto também teve sua incidência circunscrita especialmente ao que os romanos chamavam de *Lex Rhodia*, de origem muito discutida na doutrina, mas que ditava os regramentos basilares do Direito marítimo, estabelecendo um complexo de normas, vigorantes na Bacia do Mediterrâneo, fruto de uma progressiva estratificação dos costumes marítimos. Partindo do pressuposto de que, entre os proprietários dos artigos carregados em um navio, havia um *tipo de comunhão de perigo* em relação aos sinistros marítimos, que onerava todos nas relações com os compradores, era autorizado ao comandante (*magister navis*) jogar ao mar mercadorias para aliviar a embarcação. Os proprietários das mercadorias salvas eram obrigados a indenizar os proprietários das mercadorias perdidas, proporcionalmente ao valor da embarcação e o da mercadoria salva, de modo que os danos ocasionados eram repartidos de forma equânime entre aqueles que perderam e aqueles que tiveram vantagens, pela comunhão de interesses.

Alguns autores, ao estudar o *estado de perigo*, apontam como origem

desse conceito a *Lex Rhodia* na *cultura helenica*, num período anterior à expansão romana, daí sua preeminência.

Nos Códigos Civis germânico e austríaco é possível observarmos expressa previsão relativa tão-somente ao gênero *estado de necessidade*. A Itália só começou a pensar em regular tal matéria no âmbito de Código Civil com o *projeto italo-francês de obrigações e contratos*, de 1927. Mas os estudos relativos à matéria ganharam grande impulso com o advento da regra estatuida no art. 127 do Código da Marinha Mercante italiana (“nessuna convenzione o promessa di mercede per assistenza al salvataggio, tanto della nave come delle persone o mercanzie, scera obrigatoria, se sia stata fatta in pieno mare, o al momento dal sinistro”), substituído pela Lei n. 938, de 14-6-1925, que, em seu art. 7º, estabelecia que os negócios entabulados sob influência do perigo podiam ser anulados ou modificados. Só com o advento do Código Civil italiano, no ano de 1942, dispondo em seu art. 1.447, sobre *as regras de rescisão para o contrato concluído em estado de perigo*, a lacuna é definitivamente coberta.

**Histórico do instituto no Brasil.** No Direito brasileiro, seguindo a indicação de Antônio Junqueira de Azevedo, encontramos, como fonte mais remota do estado de perigo, as regras de Direito marítimo (seguindo forte influência da *Lex Rhodia*), estabelecidas no Código Comercial em seus arts. 735 a 739.

No projeto apresentado por Clóvis Beviláqua, dispunha o art. 121: “o contrato feito quando alguma das partes se acha sob ameaça de um perigo iminente de naufrágio ou parada no alto-mar, inundação, incêndio, ou operação cirúrgica, acarretando risco de vida, presume-se nulo por vício da vontade, enquanto não for ratificado, depois de passado o perigo, sob cuja iminência foi feito. A mesma presunção de nulidade existe em relação aos contratos celebrados em estado crítico de moléstia aguda e grave”. Esse dispositivo foi suprimido pela comissão revisora do Código Civil de 1916, sem justificação.

No âmbito penal, era conhecido o *estado de necessidade* (como gênero do *estado de perigo*) como excludente de antijuridicidade (art. 23, I, do CP). Paralelamente, em razão da Revolução Industrial, surgiram legislações de cunho social, como a do combate à usura (Dec. n. 22.626/33), e à lesão (Dec.-lei n. 869/38 e Lei n. 1.521/51).

Ao elaborar o primeiro Anteprojeto do Código de Obrigações, em 1941, Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, subsidiados nos conceitos dos Códigos Civis alemão (art. 138) e Suíço das Obrigações (art. 21), previram expressamente a hipótese do instituto como causa de rescisão contratual. Em 1963, o Professor Caio Mário da Silva Pereira consignou, no Anteprojeto de Código de Obrigações, ao lado da lesão, o estado de perigo (art. 64), dentro do capítulo dos defeitos do negócio jurídico. Esse projeto serviu à comissão elaboradora deste Código, ora em exame.

Quase ocorreu a supressão do estado de perigo, na Câmara dos Deputados, por via de emenda que pretendia reduzi-lo a lesão, como lembra Moreira Alves (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 134 e 135):

“Às emendas n. 187 e 183 — que propunham a supressão do art. 154 do

Projeto original, relativo ao estado de perigo, por entender que esse instituto, em última análise, se confundia com a lesão – assim respondeu o relatório da Comissão Revisora:

“Os dois institutos — o estado de perigo e o da lesão — não se confundem. O estado de perigo ocorre quando alguém se encontra em perigo, e, por isso, assume obrigação excessivamente onerosa. Aludindo a ele Espínola (*Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. III, parte primeira, págs. 396/397) dá este exemplo: ‘Será alguma vez um indivíduo prestes a se afogar que promete toda a sua fortuna a quem o salve de morte iminente’, e, em seguida, mostra a diferença entre estado de perigo e coação: ‘Tratar-se-á, em casos tais, de coação, no sentido da lei como vício do consentimento? Nem foi um dos contraentes o autor do constrangimento nem foi este praticado no intuito de ser obter o consentimento, aplicação direta dos arts. 98 a 101 do Código Civil’. No estado de perigo, alguém se obriga a dar ou fazer (prestação) por uma contraprestação sempre de fazer; daí não ser possível suplementação de contraprestação, para validar o negócio. Ademais, a simples oferta de quem está em estado de perigo já não o vincula por causa desse defeito.

A lesão ocorre quando não há estado de perigo, por necessidade de salvar-se; a ‘premente necessidade’ é, por exemplo, a de obter recursos. Por outro lado, admitindo o § 2º do art. 155 a suplementação da contraprestação, isso indica que ela só ocorre em contratos comutativos, em que a contraprestação é um dar (e não um fazer). A lesão ocorre quando há a usura real. Não há lesão, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo, que vicia a simples oferta. Ademais, na lesão não é preciso que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência; a lesão é objetiva. Já no estado de perigo é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se salve de grave dano (leva-se em conta, pois, elemento subjetivo).

Por isso, a existência dos dois institutos, pois só o estado de perigo ou só a lesão não bastam para cobrir todas as hipóteses que se podem configurar. E a disciplina deles, conforme as hipóteses em que incidem, é diversa, como se viu acima”.

Há que se observar que no Código a lesão vem disciplinada no art. 157.

**Diferença entre “estado de perigo” e “estado de necessidade”.** Grande parte dos estudiosos em Direito Civil usam, como sendo sinônimas, as expressões “estado de necessidade” e “estado de perigo” para conceituar o defeito capaz de anular um negócio.

Em ambos os casos existe a *necessidade*. Mas o *estado de necessidade* é mais amplo, envolvendo questões relacionadas com todo o direito público e privado. Quando falamos desse instituto no Direito Civil, sua referência típica é a figura da remoção do perigo iminente (art. 188, II), que tem certa analogia com a disposição do Código Penal. Neste caso, porém, o comportamento, mesmo com a proteção legal, é lesivo ao patrimônio alheio, e se não fosse causa de antijuridicidade, obrigaria o agente à reparação do dano.

Já o *estado de perigo* diz respeito à formação do negócio, repercutindo no

Direito das Obrigações e na base do negócio (*perturbação da equivalência*), como bem explica Larenz. Ao emitir a vontade, o declarante comete autolesão patrimonial.

Com apoio em Adriano de Cupis, Teresa Ancona diz que existirá sempre a *necessidade* quando é exigido de uma pessoa salvar a si ou outrem de perigo atual de um dano à pessoa. Mas, no caso de *estado de perigo*, essa *necessidade* de um sujeito é desfrutada pelo outro, sem qualquer destruição, enquanto no *estado de necessidade* há a supressão de uma necessidade, que gera dano e que deve ser regulada nos casos de responsabilidade extracontratual.

No caso do *estado de necessidade*, exige-se que o perigo não tenha sido causado voluntariamente pelo autor do dano, e que este seja inevitável, do contrário, ensejará a responsabilidade. Por outro prisma, no *estado de perigo* as condições não são perdas, e mesmo que o perigo tenha sido voluntariamente causado pela pessoa que a ele esteja exposta, gera o defeito no negócio. Mesmo que o perigo fosse evitável, a liberdade de determinação estará sempre diminuída (“O negócio jurídico concluído em estado de perigo”, in *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*, p. 309).

Messineo, explicando a diferença dos dois dispositivos do Código Civil italiano, salienta que no *estado de necessidade* há a realização de um negócio em virtude da dependência do sujeito necessitado, enquanto no *estado de perigo* pratica-se um negócio para salvar a si ou a sua família de um grave dano pessoal, assumindo obrigação excessivamente onerosa (*Trattato di diritto civile e commerciale*, v. 3, p. 676). O Código de 2002, seguindo os passos do Código italiano, usa a expressão “estado de perigo” para significar o defeito do negócio jurídico no qual o declarante se encontra diante de uma situação em que tem de optar entre dois males: sofrer o dano ou participar de um contrato que lhe é excessivamente oneroso, separando essa figura dos casos mais abrangentes em que incide, na verdade, o *estado de necessidade*, que será tratado nos casos de excludentes de responsabilidade civil.

**Definição.** Para muitos, o estado de perigo não poderia ser considerado um vício da vontade, porque há a intervenção de uma causa exterior, que afeta a declaração de vontade. Mas mesmo que essa vontade seja afetada de forma diferente da dos outros defeitos (uma vez que no primeiro momento o declarante quer aquele negócio, pouco se importando com as conseqüências futuras), ofende a base do negócio. Assim, afronta a norma ético-jurídica da equidade e da cooperação, tornando anuláveis os negócios formulados nessa situação.

Fernando Noronha classifica os contratos submetidos à lesão e ao estado de perigo como *contratos manifestamente iníquos*, já que o desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação é evidente e gritante, *logo desde o momento da celebração do contrato* (o que vai ser determinante para diferenciarmos esse instituto da onerosidade excessiva, que ocorre na vigência do contrato), e especialmente no caso do *estado de perigo*, porque uma das partes só realiza o negócio premida pela necessidade de afastar perigo atual (*O direito dos contratos*

*e seus princípios fundamentais*, p. 233).

O Professor catarinense Moacyr de Oliveira define estado de perigo como sendo “o fato necessário que compele à conclusão de negócio jurídico, mediante prestação exorbitante”.

Há momentos em que o indivíduo, pela angústia e para preservar bem maior ou alheio, é capaz de um auto-sacrifício patrimonial, além de sua solvabilidade, desequilibrando profundamente as prestações. Por exemplo: um doente que promete altas cifras para o médico cirurgião; uma mãe que promete toda sua fortuna para aqueles que descobrirem o paradeiro de seu filho seqüestrado.

**Estado de perigo e coação.** No estado de perigo a parte possui violento temor de dano, que dela toma conta, e a faz participar de negócio excessivamente oneroso. Temos então um negócio realizado em condições objetivamente iníquas, e é esse desequilíbrio, aliado à vontade perturbada, que caracteriza esse defeito. O perigo de dano representa uma violência que diminui ou até elimina a liberdade na declaração de vontade.

O fato danoso pode ter origem em acontecimento natural, em ação humana, voluntária ou involuntária, pode inclusive ser provocado pela própria pessoa exposta ao perigo; porém quando o fato do perigo for provocado pelo contratante, que se aproveita do negócio, tem-se a distinção da coação para estado de perigo. Na coação, o perigo é usado como meio de obter a declaração lesiva, portanto só ocorre quando o perigo nasce por parte do beneficiário do negócio lesivo.

A *coação* é a ameaça com que se constrange alguém à prática de um negócio jurídico. Leva-se em conta não o teor do negócio que se está realizando, mas simplesmente o ponto de vista *subjetivo*, ou seja, a vontade de uma pessoa sendo distorcida.

**Elementos caracterizadores do estado de perigo.** Para que seja caracterizado o estado de perigo, segundo o dispositivo do Código atual, será necessário:

1º) *A existência de um grave dano* — é necessário que exista uma ameaça de dano grave à própria pessoa, ou a alguém de sua família, bem como a pessoa estranha a seu círculo. Para que se averigüe a gravidade desse dano, caberá ao juiz, através do critério concreto de cognição, investigar as circunstâncias e, em vez de fixar seu julgamento em pontos abstratos, de construção idealizada (*ex.: imagem de homem médio, normal, diligência ordinária etc.*), deverá analisá-lo sob todos os ângulos, examinando a vítima do dano, seu sexo, sua idade, sua condição, sua saúde, seu temperamento, ou seja, todos os fatores possam influir na gravidade do estado de perigo.

Como citamos acima, um nadador profissional, perdido em uma prova em mar aberto, talvez não desperte tanto temor de molde a levar uma mãe a assumir obrigação excessiva. Mas uma criança perdida no mar pode levar a mesma mãe a entregar tudo que possui para tê-la de volta.

2º) *Que o dano seria atual* — o fato que pode ocasionar o dano já existe,

não está prestes a acontecer. Caso não seja interrompido, há a certeza de que consequências lesivas advirão. Assim não sendo, poderá ser evitado, mas se for atual, sofrerá o declarante a pressão da escolha entre dois males: sujeitar-se ao dano ou participar de um negócio em condições desvantajosas. Frise-se que essa atualidade do dano pode até não ser real, como na hipótese em que a pessoa apenas julga estar em perigo (putativo). É o que no Direito Penal se chama de excludentes putativas (art. 20, § 1º, do CP), podendo levar o declarante a concluir o negócio nas condições acima elencadas por simplesmente *achar* que está correndo perigo.

Bianca também aceita essa possibilidade: “Ai fini della rescissione non ha importanza che il pericolo sia reale. Anche il pericolo putativo è infatti idoneo a menomare la libertà di contrattazione del soggetto”. (Para fins de rescisão não tem importância que o perigo seja real, também o perigo putativo é, de fato, idôneo para a rescisão, por diminuir excessivamente a liberdade de contratação do sujeito) (*Diritto civile*, p. 645). Mas devemos lembrar que tudo dependerá dessa comprovação.

3º) *Que o perigo seja o motivo determinante da declaração* — como em todos os defeitos do negócio, para que este seja anulado necessária se faz a existência do nexó lógico entre a declaração e a ameaça de grave dano. Se há um perigo efetivo e real e a pessoa ou ignora tal perigo ou conclui que o dano não é tão extenso, não pode o declarante pedir posterior anulação do negócio. Ou, em outra hipótese, se o declarante emite sua vontade por outro motivo que não o perigo, ou mesmo na expectativa de obter vantagem sem saber do dano, não estaremos diante dessa figura. Deve haver um nexó de causalidade entre o temor da vítima e a sua declaração.

4º) *O conhecimento do perigo pela outra parte* — no estado de perigo fica claro que a outra parte quer tão-somente aproveitar-se da situação do declarante para tirar-lhe vantagem, o que poderíamos dizer de evidente exemplo de má-fé.

Mas e se a outra parte não sabia do perigo? Devemos presumir, até que se prove o contrário, que esta esteja de boa-fé. Mas seria justo que mesmo de boa-fé o receptor da declaração fique com essa vantagem excessiva, beneficiando-se de um negócio que só foi proposto mediante ameaça de grave perigo? Há que se pensar em uma solução.

Silvio Rodrigues é taxativo: “Em regra, se nenhuma das partes teve culpa na produção do evento (naufrágio, incêndio etc.), que provocou o contrato, nem extorquiu a exorbitante promessa de recompensa, o negócio deve prevalecer, embora o consentimento se apresente viciado. Com efeito, não se pode negar que a anuência não surgiu espontânea, mas a possibilidade de anular o ajuste representa um prejuízo para outro contratante, que não agiu com culpa na formação da avença e que, por conseguinte, conta com a justa expectativa de cumprimento da promessa de recompensa pelo serviço prestado. Diante de tal contraposição de interesses, a lei não deve ter qualquer razão para preferir o de um ao outro contratante, se ambos mostram boa-fé. E, no caso, a vítima da pressão externa deve sofrer os prejuízos resultantes do contrato, da mesma forma que a vítima do fortuito ou da força maior absorve um dano irressarcível”

(*Dos vícios do consentimento*, p. 320 e 321).

Um dos fundamentos do novo Código é respeitar a boa-fé do receptor da vontade e a sua expectativa na conclusão do negócio. Mas aqui, diversamente dos outros casos, temos, no dizer de Larenz, uma imediata *perturbação da equivalência* entre as partes, ofendendo o sinalagma.

Sabemos que todo e qualquer negócio deve ter como premissa os princípios da *probidade* e da *boa-fé*. Mas estes não são o bastante; é necessário que todo o negócio cumpra com sua *função social*, já que a sociedade não pode admitir, entre outros fatores, a exploração e o empobrecimento excessivo de uma parte diante de um fato que no momento de sua declaração a ameaçava.

Portanto, existe sim uma razão para que a lei se manifeste de outra forma, não no sentido de beneficiar quem quer que seja, mas para adequar-se a princípios constitucionalmente previstos. Mesmo que a parte adversa esteja de boa-fé, pelas premissas acima entabuladas, esta não pode beneficiar-se de uma obrigação extremamente desproporcional, leonina, e com um negócio destituído da comutatividade, ofensor do senso de justiça e razoabilidade entre a prestação e a contraprestação. Assim, esse negócio também poderá ser anulado, não com base no *estado de perigo*, mas com base no instituto da lesão, que, como veremos a seguir, não precisa da ciência da outra parte da necessidade, baseando-se única e exclusivamente na manutenção da justiça das relações e em expurgar prestações desproporcionais.

Silvio Rodrigues, com apoio na obra de Demontès (*De la lésion dans les contrats entre majeurs*), diz que este autor, ao explicar o fundamento remoto da lesão e do estado de necessidade, expõe: “o fundamento dessas teorias não é, tão-só, a inequivalência das prestações; como não é, tampouco, a existência de um vício do consentimento por parte do lesado, mas se encontra no abuso, na exploração, mesmo inconsciente, provinda do outro contratante” (*Dos vícios do consentimento*, p. 207)

52) *A existência de obrigação excessivamente onerosa* — é necessário que as condições a que o declarante seja submetido sejam iníquas, assumindo a vítima do perigo obrigação excessivamente onerosa.

Importante a explanação de Teresa Ancona: “esta onerosidade excessiva deve ser objetivamente avaliada e deve ser concomitante à declaração negocial. Assim, ao se julgar pela anulação ou rescisão de tal contrato, deve-se avaliar o valor da prestação abusiva de acordo com a época do negócio, tendo-se em vista o justo valor” (“O negócio jurídico concluído em estado de perigo”, in *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*, p. 319).

Moacyr de Oliveira delinea esse critério objetivo: “este requisito (da onerosidade excessiva) há de ser examinado pelo juiz em cada caso especial, à vista da situação financeira da vítima, à época da vinculação” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 506)

Cumprir destacar que nesse caso estamos falando de *obrigação onerosa* (imediate, única, visível de pronto, que imediatamente destrói a relação de

equivalência entre a prestação e a contraprestação), e não de *onerosidade excessiva* (que destrói o sinalagma em consequência de alteração de circunstâncias no curso da existência de negócios de prestação continuada). Esta última reclama a aplicação da intervenção para o reequilíbrio das prestações, sob pena de rescisão do negócio, o que fez com que muitos se referissem à cláusula *rebus sic stantibus* (ou, “como deveria ser antes”), reclamando a volta a um *status quo ante* em que havia certa equivalência. A divergência doutrinária será oportunamente vista. Na obrigação onerosa, desde o nascimento do negócio não existe reequilíbrio algum, pois a obrigação nasce extremamente excessiva, sendo esta concomitante à declaração.

Ⓕ) *Que a pessoa pratique o negócio com a intenção de salvar-se, ou a pessoa de sua família, ou a terceiro* — O objeto do perigo e da ameaça devem ser as pessoas elencadas no presente artigo, salientando que no caso de terceiro estranho à família, caberá ao juiz a análise dos requisitos de existência de laço estreito entre este e o declarante, capaz de desvirtuar sua vontade e forçá-lo à prática de negócio em condições extremamente excessivas. Esta é uma grande diferença quanto ao instituto da lesão, que é de destacar: o estado de perigo pode recair sobre o próprio declarante, pessoa de sua família ou em terceiro, sendo, portanto, uma situação que diz respeito a pessoas, diferentemente da lesão, que só visa à situação econômica do sujeito.

### *Seção V*

#### *Da lesão*

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

***§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.***

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, arts. 887, 1.118 e

1.306; Código Civil italiano, art. 1.448 (rescissione per lesione); Código Civil suíço, art. 21; Código Civil alemão, art. 138; Código Civil argentino, art. 954 (introduzido pela Lei n. 17.711, de 27-4-1968); o Código Civil russo, em seus arts. 450 e 451, prevê a rescisão do contrato em “consequência de mudança substancial de circunstâncias”, que mais se aproxima de nossa “oneração excessiva”, e não propriamente da lesão; Código Civil chileno, art. 1.889.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1 e 2. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÁ, Stefano e ROMANI, Franco. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Padova: CEDAM, 1969. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1985. BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. DEMONTÈS. *De la lésion dans les contrats entre majeurs*. Paris, 1924; *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva (v. “lesão”), v. 49, 1977. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. LOPEZ, Teresa Ancona. “O negócio jurídico concluído em estado de perigo”. In: *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989. MESSINEO, Francesco. *Tratado di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1972. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scinetifiche Italiane, 1997. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 11. SAVATIER, René. *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1964. SCIALOJA. *Dizionario pratico del diritto privato*. Milano: Vallardi (v. “lesione”). RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1948. RIZZARDO, Arnaldo. *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

**COMENTÁRIOS: Breve histórico do instituto no Direito estrangeiro.** No início do Direito Romano, especialmente no período clássico, o instituto da lesão não tinha boa acolhida, dada a tendência individualista da época, recebendo por vezes críticas, pois para muitos a lesão representava uma ameaça e o início da dominação cristã (com as idéias de equidade), o que à época era repudiado e diametralmente contrário ao império da contratualística. Segundo referências de Scialoja, no seu *Dicionário de direito privado*, o instituto nasceu por um rescrito de Diocleciano e Maximiliano, abolido por certo tempo por Teodósio, mas restabelecido por Justiniano, admitindo a rescisão da venda pela lesão de mais da metade do preço (*ultra dimidium*).

Mas não podemos negar as influências advindas de um período anterior ao romano. Caio Mário, aliás, faz duras críticas a essa constante omissão da doutrina brasileira e mundial, explicando essa tendência dos estudiosos a partir da própria maneira de agir dos romanos, que aboliram todos os manuscritos anteriores e procuraram reescrever a história a partir de suas experiências, esquecendo o passado. O povo romano, dotado do mais requintado senso prático, resumiu o conhecimento humano anterior, assinalando as idéias, adaptando-as ao seu gênio, imprimindo-lhes seu caráter. Assim foi com a literatura, com as outras artes, com a ciência, mas muito mais com o Direito. Daí a explicação do porquê muitas nações, que o adotaram como fonte das pesquisas jurídicas, não ultrapassam o Direito Romano.

Assim, com base em Caio Mário e Scialoja, faz-se referência à importância de antigos estudos e comportamentos, como os princípios *hindus*, coligidos por Madura-Kandasvami-Pulavar: “A venda não aproveitará ao comprador se foi feita por um homem exaltado, por um louco, etc., ou por vil preço”. Também, à forte influência das regras morais trazidas pelos princípios *brâmicos* do *Código de Manu*, como as inspirações divinas da moral hebraica, a influência da austeridade do povo espartano e da elevação espiritual da filosofia grega. Mas, como salientam, não há como negar que a eclosão definitiva do instituto se deu *ius romanum*, fruto de uma evolução natural desses predecessores citados.

Mas, se consultarmos a Bíblia, já no *Antigo Testamento* iremos nos deparar com um exemplo de venda tipicamente lesiva. Trata-se do episódio de Esaú e Jacó, da compra dos direitos do primogênito por um prato de lentilhas, realizada porque Esaú estava faminto. Tomados pela idéia de lesividade, para muitos doutrinadores, em especial da Igreja Católica, Jacó teria pecado, já que comprou *tanta coisa por um preço vil* (Gênesis, 25-27).

O instituto, sob a égide do justo preço, encontrou maior ressonância no Direito Canônico. Aqui, a lesão aparece sob três modalidades: o justo preço, o justo salário e a proibição dos juros, procurando assegurar o mais perfeito equilíbrio entre a prestação e a contraprestação. Santo Tomás de Aquino invoca o preceito bíblico, proibindo a exploração, vedando toda lesão fraudulenta do *justum pretium*, por mínimo que fosse.

Ao traçar as linhas da lesão no direito privado moderno, Wieacker sustenta

que não há como negar a sua origem no período que antecedeu as grandes codificações do Direito Civil, quando os melhores espíritos da época procuravam, na livre contratualidade, estabelecer novos padrões de conduta nos negócios, elevando ao direito positivo o princípio da equidade e da lesão com outras roupagens (*História do direito privado moderno*, p. 334).

O Código Napoleônico, inspirado em idéias individualistas, estatuiu a regra em inúmeros dispositivos (887, 1.118, 1.306, 1.674, 1.675, 1.676, 1.683), mas restringindo sua aplicação aos casos de venda de bens de raiz em favor do vendedor prejudicado, nos casos de lesão aos menores e aos co-herdeiros na partilha.

O Código Civil alemão, na tentativa de criar um controle social do direito privado, mantém-se nos estreitos limites do liberalismo eticamente fundado, prevendo, em seu art. 138, a nulidade do negócio jurídico quando “alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou a inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação”, que, segundo Wieacker, “apesar de todas as boas vontades, permanece como dominante, fez prevalecer o interesse da sociedade burguesa de concorrência” (*idem*, p. 552).

Conforme observação de Lamartine Corrêa, no sistema alemão há um elemento subjetivo necessário, a configuração do dolo de aproveitamento.

O Código Suíço das Obrigações, em seu art. 21, seguiu critério análogo ao alemão. Já no Código Civil italiano o instituto foi previsto no art. 1.448, como causa de rescisão dos contratos comutativos.

**Histórico no Direito pátrio.** A lesão recebeu previsão em todas as Ordenações portuguesas que exerceram influência em nosso território. Nas Ordenações Manuelinas encontramos a lesão no Livro IV, Título XXX. Nas Afonsinas, permaneceram no Livro IV, Título XLV. As Ordenações Filipinas, representando a síntese das anteriores, dispunham, no Livro IV, Título XII: “Posto que o contrato de compra e venda de qualquer coisa móvel ou de raiz seja perfeito, a coisa entregue ao comprador, e o preço pago ao vendedor, se for achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, pode desfazer a venda por bem de dito engano, ainda que o engano não procedesse do comprador, mas somente se causasse da simpleza do vendedor. E poderá por isso mesmo o comprador desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço. E entende-se o vendedor enganado além da metade do justo preço, se a coisa vendida por verdadeira e comum estimação ao tempo do contrato valia dez cruzados e foi vendida por menos de cinco. E da parte do comprador se entende ser enganado, se a coisa comprada ao tempo de contrato valia por verdadeira e geral estimação dez cruzados e deu por ela mais de quinze. § 1<sup>º</sup> E querendo o vendedor desfazer o contrato, por a dita razão, ficará à escolha ao comprador, ou tomar-lhe a causa, e receber o preço, que por ela deu, ou desfazer-lhe o justo preço, que se provar que valia ao tempo do contrato por bem dito do engano, ficará a escolha ao vendedor, ou tomando-lhe o preço, que

houve, e cobrar a coisa vendida, ou tornar-lhe a maioria que ele recebeu, além do que a coisa justamente valia ao tempo do contrato”. As Ordenações distinguiam a lesão enorme, que correspondia à metade do justo preço, da enormíssima, que atingia dois terços deste. No segundo caso, propiciava a restituição acrescida dos frutos produzidos pela coisa, a partir da venda (§ 10).

Teixeira de Freitas contemplou o instituto da lesão nos arts. 359, 560 e 1.389 de seu projeto, ressaltando, neste último, que “a lesão, por si, não vicia o contrato”. Clóvis Beviláqua preferiu abandonar a lesão como vício do consentimento, afastando, assim, a forte influência alemã e francesa, afinando-se, todavia, aos fundamentos do Esboço de Teixeira de Freitas.

Nosso Código Comercial, em seu art. 220, também excluiu o vício da lesão nos contratos, salvo quando acompanhados de erro, dolo ou simulação.

O Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1941, determinava, no seu art. 31, a anulabilidade da declaração de pessoa sob “premência de necessidade, ou por inexperiência”, que a obrigava a prestação manifestamente desproporcionada ao proveito resultante da prestação oposta, não requerendo a existência do dolo de aproveitamento.

Caio Mário, que já em 1949 editara sua obra *Lesão nos contratos*, cujas reedições se seguiram, só na segunda edição, em 1959, é que sentiu firmeza para formular solução técnica para a lesão, o que acabou se concretizando no seu Anteprojeto de 1965, que continha disposições que resultaram nos arts. 64 e 65 do projeto, que ele entende terem servido de base ao texto do Código atual (art. 157), afora o parágrafo único acrescido em sua última obra: *Direito civil*: alguns aspectos da sua evolução, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 247 e 248.

Até o advento do novo Código, tanto a doutrina como a jurisprudência preencheram a lacuna legislativa no âmbito do direito privado, uma vez que desde há muito já tivéssemos a previsão expressa no Direito do Trabalho. Observando a necessidade do preenchimento dessa lacuna, o Código de 2002 traz de volta a lesão em seu corpo legislativo, exemplo marcante da ruptura com a concepção individualista.

Segundo, ainda uma vez, Lamartine Corrêa, a fonte do art. 157 só é a do Anteprojeto de Caio Mário quanto à anulabilidade, mas não no que tange ao aspecto conceitual, que se baseou no projeto de 1941: “... Como naquele notável anteprojeto, o prisma da conceituação é outro. Não se olha o dolo de quem tenha procurado explorar a necessidade ou inexperiência alheia, mas a circunstância de haver alguém emitido sua declaração de vontade ‘sob premência de necessidade, ou por inexperiência’.

Inclusive, os §§ do art. 159, embora com a numeração invertida, correspondem aos §§ do art. 31 do Anteprojeto de 1941. ... Esse retorno à inspiração de 1941 representa profunda reviravolta. Não se olha, como no sistema alemão e no sistema italiano, a atitude maliciosa do favorecido para sancioná-la mas, no fundo, como no sistema francês, a preocupação fundamental é acudir o lesado. Por um lado sanasse o vício de incoerência que macula os sistemas italiano e português que, sem a coragem de levar até as últimas o prisma punitivo sancionador, dão meia volta na hora das conseqüências

e optam pela anulabilidade, evitável pela volta à equidade com o consentimento do réu. O Código alemão tivera a coragem da coerência e da opção pela nulidade absoluta. O anteprojeto de 1941 e o Anteprojeto atual, desejando chegar à anulabilidade, à sanabilidade do vício, tiveram o cuidado do estabelecimento de premissas coerentes. ... é bom não esquecer que o anteprojeto de 1941 considerava a lesão como mera ampliação do conceito de coação, ... No contexto do anteprojeto novo não existe essa ampliação da noção de coação, a lesão é vício de lineamentos autônomos” (Lamartine Corrêa, *RT*, 466/269, p. 281).

Moreira Alves também indica o art. 31 do Anteprojeto de 1941 como a fonte do atual.

**Definição.** Lembramos a caracterização dada por Fernando Noronha: quando estivermos diante de um evidente, acentuado e gritante desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação desde o momento da celebração do negócio, quando este fenômeno advier de aproveitamento de situação de premente inexperiência da parte, estaremos diante dos chamados *negócios manifestamente iníquos*, dada a existência da *lesão*.

A lesão é caracterizada como uma situação de desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, grave, que autoriza o prejudicado a anular o negócio, pela simples existência da *lesão*. Frise-se que nossa tradição exigia para esse enquadramento a ocorrência conjunta de outro defeito do negócio, o que agora não ocorre.

A essência dos negócios sinalagmáticos é a reciprocidade das obrigações. Nesses, cada um dos contraentes constitui-se credor e devedor do outro. Cada parte se obriga em face de outra. Por outro lado, a comutatividade requer o equilíbrio dessas obrigações recíprocas, chegando-se a falar em igualdade de sacrifícios. Ocorre que a lesão destrói o equilíbrio das obrigações no nascedouro do negócio.

É muito discutido o enquadramento da lesão como defeito do negócio, pois, estabelecido o acordo de vontades, aparentemente o negócio está perfeito e acabado, sendo anulável tão-só por uma *correção social* ao desequilíbrio do contrato.

Assim, tem-se que a lesão se arraiga na equivalência das prestações, ou seja, é necessário que ambos os convenentes prestem alguma coisa correspondente paga à outra, típico dos contratos comutativos, o que implica que *não ocorrerá lesão nos chamados contratos aleatórios*.

A lesão consiste no defeito dos negócios comutativos, em razão do desequilíbrio entre as partes, uma que levou excessiva vantagem, em razão da inexperiência da outra parte. Planiol e Ripert definem lesão como “prejuízo material que resulta para uma das partes da falta de equivalência entre as prestações impostas pelo contrato” (*Traité pratique de droit civil français*, p. 132).

Os fundamentos do instituto da lesão encontram-se em valores éticos. Muitos apontam duas causas determinantes: o *cristianismo*, que segundo René Savatier injeta na sociedade o ideal de amor recíproco como a própria essência

de vida (*Métamorphoses économiques et sociales du droit civil*, Paris, Libraire Dalloz, 1964, 3. ed. p. 65) e a *democracia* que, segundo Ripert, por influência da fraternidade (pilastra básica da democracia), faz com que os regimes jurídicos busquem a proteção à parte contratualmente mais fraca. (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 168). Assim, parte-se da idéia de que a equidade deve reinar nas convenções e, por isso, se nos negócios comutativos há desproporção entre as prestações devidas pelas partes, vicioso é o ajuste. *Há o pecado contra a justiça onde deve reinar o direito*. (“Car l’équité, en fait de commerce, consistant dans l’égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l’un des contractants donne plus qu’il ne reçoit, le contrat est vicieux, parce qu’il pèche contre l’équité qui y doit régner”).

**Requisitos.** A lesão era desdobrada em três espécies, de acordo com a presença de certos requisitos: a *lesão enorme* (ou lesão propriamente dita), a *lesão usurária* (ou usura real) e a *lesão especial*.

Para a caracterização da *lesão enorme*, bastava haver excesso nas vantagens e desvantagens.

Na *lesão usurária*, também denominada *usura real*, exigia-se, além da situação de necessidade, inexperiência e leviandade de uma das partes, com dolo de aproveitamento da outra.

No que concerne à *lesão especial*, limitava-se à mesma exigência de excesso nas vantagens e desvantagens, causada pela situação de necessidade ou inexperiência de uma das partes, sem indagação de má-fé ou da ilicitude do comportamento da outra (não se cogita de dolo de aproveitamento). Foi esta última que foi adotada pela comissão elaboradora do Código de 2002, não se importando com a má-fé da outra parte, preservando, acima de tudo, a base dos negócios, dando ênfase à justiça contratual, impondo uma regra de conteúdo ético-jurídico que se contrapõe a eventuais explorações.

Para que ocorra a lesão é necessário a reunião de dois elementos, um de *ordem objetiva*, outro de *ordem subjetiva*.

O *requisito objetivo* exige que a *prestação a que a parte se obriga seja manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*. Tal requisito é demasiadamente amplo, sendo necessário alguma delimitação, a primeira das quais de só se aplicar aos contratos comutativos.

A desproporção deve, conforme o estatuído no § 1º, surgir no momento da celebração do negócio, e não posteriormente, pois, se naquele momento não ocorreu disparidade entre os valores, incorreu lesão.

Diante do problema de mensuração da desproporção, vários Códigos, como o italiano, tarifaram a desproporção (“além da metade do justo preço”). Nosso Código não acolheu tal técnica, valendo lembrar o que Caio Mário (*Lesões nos contratos*) já sugerira, antes de ofertar seu anteprojeto: “..., se nos fosse dado opinar aconselharíamos que a lei destinada a disciplinar o instituto da lesão fixasse apenas o critério, sem mencionar um índice preestabelecido. É que qualquer tarifa seria arbitrária, com o inconveniente da inflexibilidade ...”.

No nosso novo Código caberá ao juiz, diante do caso concreto, averiguar essa desproporção, partindo do acentuado desnível entre as prestações, identificável entre as prestações devidas pelos contratantes.

Sob o *ângulo subjetivo*, a lesão decorre da falta de paridade entre as partes, porque uma delas, ao consentir, acha-se premida *pela necessidade e inexperiência* da outra parte. Não basta que o negócio seja desvantajoso e desproporcional à contraprestação; é necessário, ainda, que se verifique a situação particular que levou o outro a celebrar um negócio tão desfavorável.

A *necessidade* de que a lei fala não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover à subsistência própria ou dos seus. Não é a alternativa entre a fome e o negócio; aqui, é a *necessidade contratual*.

Também a *inexperiência* não quer dizer incultura, pois até pessoa erudita, letrada, inteligente, por vezes celebra, sem saber bem o alcance, contrato, por não ser sua atividade comum. Na verdade, ocorre aqui a chamada *inexperiência contratual*, que se aferirá tanto em relação à natureza da transação quanto à pessoa da outra parte.

Através da Emenda n. 189, de autoria do ex-Deputado e Presidente Tancredo Neves, tentou-se retirar o vocábulo “inexperiência” deste artigo, para evitar confusões com o erro e a ignorância. Mas a Comissão Revisora o manteve, seguindo os argumentos de Moreira Alves, segundo o qual esse vocábulo é assimilado àquele de usura real, e que estão em contextos totalmente diferentes, pois aqui “não se exige o dolo de aproveitamento pela parte que se locupleta, mas sim, que o prejudicado prove ter-se obrigado por premência de necessidade ou *inexperiência*” (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 144).

Se a parte favorecida concordar com a redução do proveito, ou oferecer suplemento suficiente a essa redução, não se decretará a anulação do negócio (§ 2º). O que evitará, contudo, a anulação do negócio não é o simples oferecimento dessa complementação ou redução, mas a efetiva quebra da desproporção entre as prestações, fenômeno que deverá ser fiscalizado pelo juiz, o qual deverá evitar a perpetuação do locupletamento.

**Estado de perigo e lesão.** A necessidade exigida pelo estado de perigo é diversa da exigida na lesão. Como destacado acima, no estado de perigo o contratante se encontra na situação em que deve optar por dois males, ou seja, ou sofrer as consequências do perigo que o ameaça ou à sua família, ou pagar ao seu “salvador” uma quantia exorbitante, sucumbindo, dessa forma, a outro perigo, o de perder, talvez, todo o seu patrimônio. Na lesão, o declarante participa de um negócio desvantajoso (manifestamente desproporcional ao valor da prestação proposta), premido por uma necessidade econômica. A necessidade, na lesão, não é a miséria, não é a alternativa entre a fome e o negócio, mas uma necessidade contratual, um *stato di bisogno*, como diz o Código italiano, no requisito para a *rescissione per lesione*.

Pietro Perlingieri exemplifica com situações de dificuldades econômicas, como as de falta de liquidez.

Além disso, percebe-se que, na lesão, o critério subjetivo é subsidiário ao

critério objetivo. Aqui, o que se tem em foco é a manifesta desproporção entre a prestação e a contraprestação, que vem da necessidade ou inexperiência, que não precisam ser conhecidas da outra parte que se aproveita do negócio. Além disso, é a parte lesada que deverá provar o defeito, mostrando a sua necessidade e inexperiência.

No *estado de perigo*, os dois elementos são colocados no mesmo patamar de importância. É necessário que se tenha, além da prestação excessivamente onerosa (elemento objetivo), o conhecimento do perigo pela parte que se aproveitou da situação (elemento subjetivo). Além disso, caso queira evitar a anulação ou pleitear alguma indenização por sua boa-fé, aquele que se beneficia do negócio deverá provar que não tinha como conhecer daquela necessidade econômica ou da inexperiência da outra parte.

Assim, mesmo que a outra parte não saiba da necessidade ou inexperiência, mesmo que esteja de boa-fé, existindo no negócio prestação manifestamente proporcional ao valor da prestação oposta, o negócio poderá ser anulado. Não se está desprestigiando a boa-fé. Busca-se, ao contrário, dar maior ênfase aos aspectos sociais, buscando dar no plano ideal maior equilíbrio ante as desigualdades, enfim, eficácia maior aos princípios constitucionais.

**Diferença entre a lesão e a oneração excessiva (cláusula “*rebus sic stantibus*”).** A lesão aparta-se dos outros defeitos do negócio jurídico por constituir uma ruptura do equilíbrio contratual na fase de formação do negócio, desde seu nascimento. Na oneração excessiva, ocorre no momento da execução do negócio, e não na sua formação, rompendo o equilíbrio das obrigações. Vale dizer que só é possível aplicar tal teoria aos negócios de execução diferida ou aos de trato sucessivo.

Fernando Noronha trata sequencialmente da lesão nos contratos, e depois, em um capítulo específico, da “superveniente destruição da relação de equivalência” (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 237), referindo-se à oneração excessiva e à correção monetária, distinguindo-as da lesão.

Diz sobre a oneração excessiva: “nestes casos, a relação de correspondência entre a prestação e contraprestação prevista no contrato é destruída, em consequência da ulterior alteração de circunstâncias, tais como depreciação monetária ou modificação da legislação... Tais perturbações da equivalência, ou a superveniente destruição da relação de equivalência, só podem acontecer em contratos que perdurem no tempo (duradouros)” (idem, p. 239). Já na lesão, como apontamos acima, a desproporção é inicial, e não superveniente.

Dois dos Códigos mais recentes, como os de Quebec e o da Rússia, tratam da lesão como suscetível de anulação, sendo que o de Quebec admite que o lesionado possa pleitear até perdas e danos (arts. 1.407 e 1.408).

## *Da fraude contra credores*

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

**§ 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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 106. Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos (art. 109).*

*Parágrafo único. Só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.167 (Fraude de direitos); Código Civil italiano, art. 2.901 (Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale); Código Civil espanhol, art. 1.291; Código Civil português, art. 610<sup>º</sup> (Impugnação pauliana); Código Civil paraguaio, art. 311 (De los actos celebrados en fraude de los credores).

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. CIFUENTES, Santos. *Negocio juridico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”, *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** A fraude contra credores representa um dos chamados vícios sociais, pois nesse caso a vontade existe e funciona normalmente, há perfeita correspondência entre a vontade interna e a sua declaração, mas é avessa à lei, ou à boa-fé, orientando-se no sentido de prejudicar terceiros ou de infringir o Direito. São manifestações que não comprometem a manifestação de vontade, mas a ordem jurídica.

No sentido em que o termo é aplicado no Código, fraude ao credor é todo ato prejudicial ao credor, praticado pelo devedor que se torna insolvente ou já está em estado de insolvência. Assim, com a prática de tal ato pelo devedor de modo a desfalcar seu patrimônio, ocorre o comprometimento dos direitos creditórios alheios.

A maioria absoluta da doutrina aponta dois como os elementos caracterizadores da fraude contra credores. O primeiro, objetivo, é o *eventus damni*, que corresponde ao ato do devedor prejudicial ao credor por ter sido realizado em estado de insolvência ou por tornar aquele insolvente. O segundo elemento, subjetivo, é a má-fé, a intenção de prejudicar o credor (*consilium fraudis*).

Sobre este segundo requisito, Clóvis Beviláqua assim referiu quanto ao art. 106 do Código de 1916: “Não exige o Código o requisito da má-fé que, aliás, ordinariamente, se presume, porém que não é essencial para determinar a fraude e tornar anulável o ato”.

Pontes de Miranda também entendia que a caracterização se dava tão-somente pelo *eventus damni*, dizendo ser erro afirmar que se infringe o direito de crédito, por considerar que há somente defeito que vicia a *vox* do manifestante da vontade, ou as manifestações dos figurantes, e faz nascer a ação de anulação.

Na visão das posições acima, neste dispositivo, houve uma simplificação na tipificação da fraude contra credores, no que estão concordes os civilistas pátrios, pois este artigo se refere aos negócios jurídicos a título gratuito, doação, por exemplo, e aos de remissão de dívida, perdão.

Santos Cifuentes, em *Negocio juridico*, p. 555, à luz do art. 122 da lei de quebras argentina, Lei n. 19.551, ensina que se incluem na hipótese o pagamento antecipado de dívidas não vencidas e a constituição de garantia real em relação a dívida que não tinha tal garantia.

Yussef Said Cahali (*Fraudes contra credores*, p. 258 e s.) analisa, com base na doutrina, quais atos eram considerados como gratuitos para a previsão do art. 106 do Código de 1916, além dos já referidos: o repúdio à herança deferida, a renúncia ao usufruto e, em geral, de qualquer direito adquirido que vá beneficiar determinada pessoa. Lembra que Pontes oferece elenco mais amplo, excluindo, porém, da tipificação o adimplemento de dívida prescrita, renúncia à exceção de prescrição, a garantia por dívida alheia, se houve elemento correspondente para a dação, as prestações de alimentos devidos por lei.

Praticando um desses atos em estado de insolvência, ou por estes reduzido a tal estado, o devedor terá ocasionado a fraude contra seus credores, ensejando a invalidação do negócio.

Orozimbo Nonato dá a seguinte noção de insolvência: "...Ela se caracteriza pelo desnível entre o passivo e o ativo, sendo o primeiro maior do que o segundo a termos de o patrimônio do devedor não garantir os direitos do credor..."

Se o devedor insolvente doa parte de seu já escasso patrimônio, na verdade está abrindo mão daquilo que já é insuficiente para responder a seus credores.

A lei não exige requisitos comprobatórios de tal situação, apenas a insolvência para que se configure o interesse econômico do credor em mover ação pauliana ou revocatória.

O *caput* do presente dispositivo legitima os credores quirografários para anularem o ato fraudulento. Essa previsão justifica-se pelo fato de estes não possuírem garantias do recebimento de seus créditos, o patrimônio do devedor é a única esperança deles de receberem o montante que lhes é devido. Essa é a regra, pois os credores com garantia real têm a segurança de seu reembolso num ónus real.

Inovou o presente Código, no § 1º deste artigo, ao permitir que um credor com garantia real reclame a anulação do ato se tal garantia tornar-se insuficiente, situação em que, também, poderá valer-se da ação pauliana.

Essa inovação foi elogiada por Lamartine Corrêa e referendada por Yussef Said Cahali, o que é realmente positivo.

Cumprir destacar, ainda, o disposto no § 2º, que legitima somente quem já era credor à época do ato fraudulento para pleitear a anulação dele. Credor posterior ao ato fraudulento, já encontrou o patrimônio no estado de insolvência, e nada poderá reclamar.

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

***CÓDIGO DE 1916: Art. 107. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente.***

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 610º; Código Civil paraguaio, art. 312.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo trata dos casos de anulabilidade do negócio jurídico oneroso, para os quais não basta a insolvência do devedor; é necessário ainda o conhecimento desse fato pelo terceiro envolvido, ou seja, a existência do *consilium fraudis*.

Para essa situação, Clóvis Beviláqua aceita a má-fé como requisito do vício da fraude: “Ainda aqui a má fé aparece como requisito do vício da fraude. Presume-se que haja, induz-se, naturalmente, do fato de conhecer o contratante o estado de insolvência do devedor, porém não tem que ser apreciada”.

O presente dispositivo é claro ao dispor que somente ocorrerá a anulabilidade dos contratos onerosos nos casos de *insolvência notória* ou *havendo motivo para ser conhecida pelo outro contratante*. O conhecimento aqui é não só o real, como também o presumível, em face da notoriedade. Daí se ter a *participatio fraudis* do outro contratante.

Observa-se que a única alteração introduzida no artigo é quanto ao termo “contratante”, que substitui “contraente”, do Código de 1916.

Temos como exemplo da primeira situação, da notoriedade: devedor com títulos protestados ou com ações judiciais que impliquem a vinculação de seus bens. Porque os protestos são consignados nos registros públicos, com publicação na imprensa, ensejando a cobrança judicial. Tal hipótese chegou a constar do Projeto de Código de Obrigações de 1965, como parágrafo do art. 82, cujo *caput*, porém, referia-se à hipótese de negócio gratuito, já que quanto aos onerosos exigia prova do prejuízo, bem como do conhecimento ou da vontade de conhecer.

Quanto à segunda, a insolvência será presumida quando o adquirente tinha especiais razões para saber do delicado estado financeiro do alienante, quer em virtude de parentesco, quer pelo preço do contrato ser vil, devido a relação de amizade...

Ainda no regime do Código de 1916 o dispositivo mereceu elogios de San Tiago Dantas, que via aqui uma presunção *jure et de jure*, posição que se refere à má-fé, mas à qual Eduardo Espinola e Washington de Barros Monteiro acrescentam que a prova da notoriedade ou das condições pessoais que ensejam a

presunção incumbe ao credor.

**Art. 160.** *Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.*

**Parágrafo único.** *Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 108. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com citação edital de todos os interessados.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 614<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. "A parte geral do Anteprojeto de Código Civil". *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Trata o artigo de negócio celebrado mas ainda não executado, porque diferido o momento da execução em relação ao da celebração do negócio.

No caso de o adquirente de determinado bem de um devedor insolvente ainda não ter efetuado o pagamento, e o preço seja próximo ao corrente, isto é, o

praticado normalmente em negócios semelhantes, poderá desobrigar-se com o depósito em juízo e promovendo a citação dos interessados.

Nessa situação, resta ínsita a boa-fé do adquirente, que depositará o valor de mercado, demonstrando que nenhuma vantagem obteria do negócio jurídico realizado com o insolvente, em detrimento dos credores, pois não haveria diminuição no patrimônio do devedor.

A eventual presunção de má-fé fica elidida.

O parágrafo único é novidade em relação ao Código Civil antecedente, pois permite ao adquirente que consigne o valor real do bem, mesmo que tenha combinado preço inferior com o vendedor insolvente. Trata-se de uma espécie de “posterior regularização da situação”, de uma “chance” que a lei dá ao comprador de sanar possível vício original. Aqui, a boa-fé do adquirente não aparece demonstrada na gênese do negócio, pois este teve início com valor abaixo do mercado, situação que afetaria o patrimônio do devedor, em detrimento dos credores.

Como o sistema permite a sanção, que é uma correção quanto ao defeito original, não subsistirá viciado o negócio, pois socialmente aceitável com a correção.

Não existirá aí fraude contra os credores, visto que não haverá diminuição patrimonial; pelo contrário.

Essa alteração também foi elogiada pela doutrina na fase do anteprojeto, como inovação decorrente de inteligência prática.

Houve, porém, crítica, como a de Lamartine Corrêa, quanto às conseqüências da fraude, pois preferia em lugar da anulabilidade a ineficácia. Ainda no âmbito da Câmara Federal, foi ofertada emenda exatamente nesse sentido, que foi rejeitada, dentre outras razões invocadas por Moreira Alves, porque ter-se-ia de falar em *revogação*, cujo uso no projeto ficou restrito à hipótese de dissolução de contrato unilateralmente, e por produzir *efeitos ex nunc*, quando, com a anulabilidade, são *ex tunc*.

***Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 109. A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.167; Código Civil italiano, art. 2.901; Código Civil espanhol, art. 1.291; Código Civil português,

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** A ação a que se refere o presente artigo, que manteve a redação do art. 109 do Código de 1916, é a pauliana. São três os possíveis réus dessa ação: o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta ou ainda o terceiro adquirente que haja procedido de má-fé.

Não é necessário que se mova preliminarmente ação contra o devedor e na respectiva execução se verifique o estado de insolvência para, daí então, admitir-se o emprego da pauliana com o fim de anular os atos fraudulentos.

No entanto, Washington de Barros Monteiro (*Enciclopédia Saraiva do Direito*) ressalva que a ação não pode ser ajuizada exclusivamente contra o devedor insolvente, pois uma eventual execução de sentença terá de ser dirigida contra o adquirente, o detentor da coisa.

Da mesma forma, se o objeto alienado pelo devedor já tiver sido transmitido a um outro adquirente, deverá ser este igualmente citado, exigindo a lei ainda para esta terceira hipótese, a demonstração da sua má-fé.

A estranhável referência à legitimidade passiva processual encontra sua justificativa no fato de o contrato gerar direitos e obrigações, imputáveis às partes, que no caso usam do contrato para ato que é reputado contrário ao Direito, daí a legitimidade passiva de ambos perante o credor lesado.

O adquirente tem sua integração porque, nos artigos que foram objeto de remissão, presume-se o *consilium fraudis*.

Já os terceiros de má-fé têm sua condição de legitimados passivamente na configuração do comportamento antiético e anti-social, que é o de má-fé.

Vale a pena lembrar a distinção feita por Ferrara entre o negócio ilícito e

o negócio fraudulento: “L’illecito è una violazione diretta della parola della legge.

La frode è una violacione indiretta dello spirito della legge, mercè una forma apparentemente non proibita”.

**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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 110. 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.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 614<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuizo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Quando da insolvência do devedor e pluralidade de credores, deve ser aberto o concurso creditório, pelo qual os credores, não havendo preferenciais, entram em rateio, na proporção dos seus créditos (art. 1.556 do CPC).

Se um credor quirografário foi pago antecipadamente, adquiriu situação melhor que a dos demais quirografários, violando o princípio da igualdade (art. 5<sup>º</sup> da CF), pelo que é justo que reponha em proveito de todos para que ocorra rateio em iguais condições.

O pagamento antecipado do débito frustra a igualdade que deve haver

entre os credores quirografários, os quais possuem como única e igual garantia o patrimônio do devedor.

O artigo refere-se ao pagamento de dívida ainda não vencida, ou seja, ao pagamento antecipado, feito antes da dívida tornar-se exigível. Sobre esse aspecto, esclarecedoras são as palavras de Yussef Said Cahali, em seu livro *Fraudes contra credores*, p. 290, citando Alvino Lima: “O pagamento antecipado representa uma anormalidade que viria conferir ao devedor o arbítrio de favorecer um credor, cujo direito à prestação não é ainda exigível, preterindo o credor ou credores com direito ao recebimento da prestação já vencida; só o fato de pagar com antecipação a quem não tem o direito de exigir o pagamento, preterindo os credores, cujas prestações já podem ser exigidas, constitui indício de um conluio fraudulento”.

No entanto, estando a dívida já vencida, esse pagamento não é mais do que uma obrigação do devedor, tratando-se de um ato normal e lícito, desde que não tenha sido instaurado o concurso de credores.

Só se anula o pagamento antecipado se o credor satisfeito é quirografário, afirmando-se que o credor privilegiado, que recebeu antecipadamente o pagamento de seu crédito, não causa prejuízo aos demais credores, pois o seu privilégio estaria sempre a salvo e à frente; ressalvando-se, porém, que o pagamento assim feito ao credor privilegiado é irrevogável apenas até o valor do bem dado em garantia: o que se compreende, pois “quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para o pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”, a significar que o crédito que ultrapassa o valor da garantia identifica-se com o quirografário, é assim que dispõe o art. 1.428 do presente Código.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. III. Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 314.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*.

Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** As garantias aqui tratadas dizem respeito, sem dúvida, às que versam sobre os direitos reais: penhor, hipoteca e anticrese (art. 1.419 deste Código). A garantia fidejussória não prejudica os credores em concurso.

Com a concessão de uma garantia real a um certo credor, a igualdade de condições entre os credores quirografários é quebrada, pois fica privilegiado em detrimento dos demais, quando dentre eles havia igualdade.

Há fraude porque a coisa dada em garantia sairá do patrimônio do devedor com o fim de assegurar o direito real, antes que se inicie o rateio paritário. Com isso, os demais credores receberão menos do que aquele que tinha igualdade de condições com eles. É justamente tal diferenciação que a lei visa evitar, presumindo como fraudulento o procedimento do insolvente.

Em consequência da impugnação, o que perderá a eficácia é tão-somente a preferência concedida, mas não o crédito, pois sua origem não era viciada, remanescendo o credor titular dele. Restabelecida a igualdade, concorrerá com os demais.

A fraude é presumida por referir-se a negócio lesivo aos demais credores, com participação do insolvente.

**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.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 112. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Não há paralelo nos Códigos estrangeiros.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados*

*Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Caso o devedor insolvente venha a contrair novo débito com o fim de beneficiar os próprios credores, através da aquisição de objetos indispensáveis ao funcionamento de seu estabelecimento ou à subsistência de sua família, por evitar a paralisação de suas atividades e, conseqüentemente, a piora de seu estado de insolvência, o negócio por ele celebrado será válido e gozará de presunção de boa-fé. O legislador dá essa proteção ao insolvente que tem a iniciativa de agir visando à melhora de sua situação financeira e conseqüentemente o adimplemento de seus débitos junto aos credores.

Ressalte-se que a presunção aqui tratada é meio de prova e pode acabar por ser elidida se confrontada com outra prova mais forte, presunção *juris tantum*.

O ato do devedor será apreciado de acordo com as circunstâncias peculiares de cada situação, cabendo ao juiz anulá-lo, ou não, conforme constate a presença do elemento fraude. Não há como discutir a grande carga de subjetividade que envolve a análise da situação.

A enumeração prevista no presente artigo é simplesmente enunciativa; a doutrina aponta outros casos a serem abrangidos, fato que corrobora a afirmação acima exposta de que a questão aqui tratada possui grande carga de subjetividade, devendo ser analisada pelo magistrado com toda a cautela, porque, evidentemente, pode servir para o cometimento de atos fraudulentos ou lesivos aos credores.

Pela razão exposta, na época de tramitação do projeto do Código de 1916, chegou-se a propor sua supressão.

**Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.**

**Parágrafo único.** *Se os negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 113. Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.*

**Parágrafo único.** *Se os atos revogados tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, anticrese, ou penhor, sua nulidade importará somente na anulação da preferência ajustada.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 616º.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo na fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 38. NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A parte geral do Anteprojeto de Código Civil”. *RT*, 466/269. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** O meio utilizado pelo credor para anular o negócio fraudulento que lhe causa lesão é a ação pauliana, por muitos denominada revocatória, denominação esta utilizada no âmbito falencial.

Yussef Said Cahali, após referir-se às várias teorias para fundamentar a ação pauliana, sem, contudo, mencionar a obra de Orozimbo Nonato, conclui que as por ele examinadas não diferem entre si: “no que (na essência) fundamentam a revocabilidade do ato no procedimento ilícito do devedor, que frustra a garantia patrimonial de seus credores”.

O principal efeito da ação pauliana é, pois, revogar o negócio lesivo aos interesses dos credores, repondo o bem no patrimônio do devedor, ou, conforme o parágrafo único, cancelar a garantia real concedida, em proveito do acervo

sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, possibilitando a efetivação do rateio, respeitando a *par conditio creditoris*.

Cahali faz crítica à localização da fraude na Parte Geral do Código, junto aos defeitos, quando, por se basear no princípio da responsabilidade patrimonial, posta em risco pela malícia do devedor, as legislações modernas orientam-se no sentido de encartá-la no Livro das Obrigações, dentre os meios de conservação das garantias do credor.

No mesmo sentido foi a observação de Lamartine Corrêa.

A crítica tem pertinência, uma vez que a patrimonialidade está ínsita ao contrato, mas não obrigatoriamente ao negócio jurídico.

### *Capítulo V* **DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO**

***Art. 166. 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;***
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;***
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;***
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;***
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 145. É nulo o ato jurídico:*

- I - quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5º);***
- II - quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;***
- III - quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130);***
- IV - quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;***
- V - quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.***

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 105, 118 (“falta de seriedade”), 125 (“falta de forma”), 134 (“infração à proibição legal”), 138 (“contra os bons costumes”, inserindo hipóteses que entendemos como lesão e estado de perigo), 306 (“prestação impossível”); Código Civil português, Seção III — “Nulidade e anulabilidade do negócio jurídico”, art. 285<sup>a</sup> (“disposição geral”), art. 286<sup>a</sup> (“nulidade — é a insanável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal”); Código Civil paraguaio, art. 355 (as únicas nulidades que os juizes podem declarar são as expressas ou implicitamente estabelecidas no Código), art. 357 (é nulo o ato jurídico — a) realizado por incapaz, b) se os atos forem ilícitos ou impossíveis, c) não se revestirem de forma prescrita em lei, d) dependendo de forma instrumental, anulado o instrumento respectivo, e) praticado contra proibição geral ou especial de disposição ditada por juiz competente; Código Civil chileno, arts. 1.681e 1.682.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Síntese*, n. 23, p. 118, maio/jun. 2003. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed. n. 24, p. 21, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: INEJ, 1971. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. São Paulo: Saraiva, 1981.

**COMENTÁRIOS:** O Código inova ao denominar o capítulo como “Da invalidez do negócio jurídico”, deixando de lado a denominação do Código de 1916, que era “Das nulidades”.

Ainda no âmbito dos trabalhos preparatórios da Comissão para a

apresentação do anteprojeto, Clóvis do Couto e Silva chegou a oferecer crítica dizendo não haver distinção entre os casos de validade e de eficácia, nem aplicação da divisão: *existência, validade e eficácia*, já defendida dentre nós por Pontes de Miranda e Miguel Reale, além de ser o objeto da obra de Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*: existência, validade, eficácia, finalizando o mestre gaúcho por propor a organização de um capítulo com a denominação “Da validade dos negócios jurídicos”.

Tal proposta não foi acolhida, e Moreira Alves lembrou que a distinção entre validade e eficácia já era referida por Windscheid.

Mesmo não consignando expressamente, não se pode deixar de salientar que a influência da doutrina e, subseqüente, da jurisprudência já havia conseguido fazer tal distinção de planos no próprio Código de 1916, como observou Raquel Campani Schmiedel, em *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias, p. 50.

O fato é que o atual Código atende à doutrina mais atualizada, pelo menos, ao se referir à invalidade como gênero, para estabelecer duas gradações: a nulidade e a anulabilidade.

Comporta lembrar que validade, no âmbito da Teoria Geral do Direito, é a qualificação dos atos (aqui tomados como gênero do qual negócio é espécie) jurídicos isentos de defeitos, portanto conforme o Direito.

Marcos Bernardes de Mello lembra que: “A definição das regras sobre a validade dos atos jurídicos e, por decorrência, sobre as invalidades, embora resulte de uma atividade axiológica, valorativa, tem cunho, predominantemente, dogmático, o que faz com que variem de legislação a legislação, no tempo e no espaço.

(...)

O legislador tem liberdade de dar à validade (e à invalidade) o tratamento que lhe pareça mais adequado. Assim, é possível ao sistema jurídico ter a nulidade como causa (a) de *insuficiência* do suporte fático, do que decorreria a *inexistência* do ato jurídico ou (b) de *deficiência* do suporte fático, o que faria o ato existente, porém inválido, ou ineficaz.

(...)

A invalidade, em seus diversos graus (= nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que implicam contrariedade a direito”.

O presente artigo, em exame, trata da nulidade, que é uma forma de sanção, imposta pelo ordenamento jurídico, para a privação dos efeitos do negócio praticado por conter defeitos irremediáveis, que versam sobre elemento essencial. Tal sanção, importa esclarecer, pode não ser a única prevista no sistema.

Castro y Bravo refere que negócio nulo é aquele cuja ineficácia é intrínseca, ou seja, cuja carência de efeitos negociais ocorre sem necessidade de prévia impugnação.

O legislador deste Código, assim como o do antecedente, baseou-se no

respeito à ordem pública e aos valores sociais, de forma a estabelecer que, se nulo, o negócio não produz efeitos. Assim, podemos afirmar que a nulidade decorre de tipificação de violação das normas, portanto emana da vontade do legislador na prevenção de agravo à ordem pública.

O elenco é maior do que o do Código de 1916, pois os incisos III e VI são novos no conteúdo.

O inciso I cuida da questão da capacidade, sendo claro que a manifestação de vontade de um absolutamente incapaz não pode produzir efeitos no mundo jurídico. O art. 3º trata dos absolutamente incapazes, e por ocasião de seus comentários nos ativemos ao tema destacando a impossibilidade jurídica do exercício de atos da vida civil pelas pessoas que o dispositivo elenca.

Se a pessoa é totalmente incapaz para a prática dos atos da vida civil, não pode praticar diretamente os relativos a seus direitos, nem assumir obrigações; deve sempre estar representada. Incluem-se nessa situação: os menores de 16 anos; os enfermos ou deficientes mentais que não tenham o discernimento para a prática de atos e ainda os que estejam impossibilitados de exprimir sua vontade.

Há perfeita consonância com o art. 104, I, chegando a ser praticamente sua consequência lógica.

O inciso II trata do objeto do negócio jurídico, vedando que seja ilícito, impossível ou indeterminado. Objeto ilícito é aquele contrário ao Direito, portanto ofende não só a lei como também a moral e os bons costumes.

Clóvis Beviláqua coloca que o objeto impossível revela a falta de seriedade ou a perturbação mental do agente, e em nenhum dos casos há uma vontade real de praticar o negócio. Pontes de Miranda chega a apontar cinco espécies de impossibilidade. São elas: a) cognoscitiva do objeto, por não conhecer o ser humano o objeto do negócio jurídico; b) lógica, por haver contradição insuperável no ato jurídico, de modo a comprometer a compreensão da vontade; c) moral, que versa sobre ato ilícito; d) física, quando o homem está impedido de fazer por sua força física; e e) jurídica, que é resultado de determinação da lei ou de disposição negocial.

O objeto do negócio jurídico deve ser determinado ou ao menos determinável. Nesse aspecto inova o Código atual, contemplando o princípio da efetividade pois, se o objeto não for determinado ou o negócio não contiver meios que possibilitem tal determinação, não será exigível e, conseqüentemente, deixará de ser resguardado pelo sistema jurídico. Exemplificando a situação, temos o contrato de compra e venda de um imóvel, o qual não é identificável nem contém elementos que possibilitem a determinação. Situação diversa ocorre para o caso do contrato de compra e venda de um imóvel a ser escolhido por uma das partes. Neste segundo exemplo, inicialmente o objeto contratual não aparece especificado, mas o será pelo direito de escolha conferido a uma das partes.

Este inciso é consequência lógica do inciso II do art. 104.

O inciso III inova ao cominar de nulo o negócio jurídico que tiver o motivo determinante, comum a ambas as partes, como ilícito.

A terminologia está conforme a inovação introduzida no art. 140.

Não mais se faz menção à causa, mas ao motivo, que há de ser determinante, e estar expresso para suscitar o erro.

Aqui a hipótese é de muito maior gravidade, daí levar à nulidade, pois o motivo comum às partes é ilícito; logo, o sistema jurídico não lhe confere qualquer efeito.

O inciso IV trata da observância à forma prescrita em lei, já referida na parte inicial do inciso III do art. 104. Assim, imposta determinada forma, pela lei, esta constitui elemento do suporte fático do negócio jurídico. Por exemplo, se o negócio jurídico é de renúncia de herança, para ser válido há de ser por instrumento público ou termo judicial, conforme previsto no art. 1.806 deste Código Civil.

Marcos Bernardes de Mello, na obra já citada, analisa a costumeira referência doutrinária à existência de duas espécies de forma a ser observada na celebração do negócio jurídico, quais sejam: a) *ad probationem*, cuja finalidade seria a prova do negócio; e b) *ad solemnitatem*, que consistiria na observância a rituais impostos pela lei. Discorda, no entanto, de tal divisão, pois a seu ver a finalidade precípua de toda forma é documentar a vontade manifestada, sendo desnecessária a distinção entre rituais mais complexos e mais simples, e, por fim, conclui: “Além disso, há negócios para cuja realização a lei não exige solenidade alguma, mas que nem por isso deixam de ter forma”.

No que respeita à solenidade (inciso V) a situação é a mesma, pois a norma jurídica considera sua observância essencial para a validade do negócio jurídico celebrado. Diante dessa colocação poderia parecer que este inciso IV seria desnecessário, por constituir mera repetição do anterior, o qual englobaria o aqui disposto. Mais uma vez, temos observação oportuna de Bernardes de Mello: “No entanto, a regra da Hermenêutica Jurídica segundo a qual na interpretação das leis o intérprete deve considerar que não há palavras inúteis e, assim, procurar encontrar o seu verdadeiro sentido, leva-nos a ter que essas disposições especificam solenidades essencialmente diferentes. Há solenidades que integram a forma, dão-lhe corpo (= forma interna), enquanto outras lhe são estranhas, mas não o são relativamente ao ato em si. Por isso podemos classificá-las em a) solenidades formais e b) solenidades substanciais”.

Assim, o ato pode revestir a forma prescrita de modo geral, mas se à forma faltar uma solenidade essencial, o vício influenciará todo o negócio, restando este nulo.

O inciso VI trata da vontade de fraudar a lei. Refere-se, portanto, ao uso de meios indiretos para violar uma norma jurídica cogente de modo a obter resultado por ela proibido, ou ainda impedindo a realização do fim por ela imposto. Difere, pois, do ato contra a lei, pois é em fraude à lei.

De conformidade com a nota introdutória de Bernardes de Mello, verifica-se que, conforme esclarece Moreira Alves, escolheu-se uma dentre as três posições legislativas possíveis: “a) o ato em fraude à lei é ineficaz, e, portanto, inoponível a terceiro prejudicado; b) a ele se deve cominar a mesma sanção que a lei burlada pela fraude impõe ao ato que a viola frontalmente; c) o ato fraudulento é nulo”.

À evidência a escolhida foi a terceira, como se vê do texto legal.

Por fim, o inciso VII, cujo conteúdo já existia no Código antecedente.

Ocorre em larga escala no sistema que as leis, ou mesmo dispositivos de Códigos, estipulem expressamente a nulidade, ou proibam a prática do ato, sem cominação outra. No presente Código, inúmeros são os exemplos de situações aqui enquadradas. Nos arts. 548, 1.428 e 1.475, por exemplo, expressamente a nulidade é declarada; já no art. 504, a lei veda a prática do negócio sem, no entanto, cominar qualquer sanção.

É claro que a primeira parte do artigo parece ser redundante, mas foi objeto de crítica por Francisco Pereira de Bulhões Carvalho (*Sistemas de nulidades dos atos jurídicos*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 192), que sugeria a mudança do texto apresentando redação baseada no § 134 da BGB, para evitar possível confusão, porque a lei proibitiva pode estar indicando outra sanção que a nulidade. O referido autor foi dos que sempre ofereceram críticas e sugestões para o aperfeiçoamento do Código, sendo certo que, no caso presente, a proposta não foi acolhida.

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

*§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:*

*I - quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem;*

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

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

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, arts. 241<sup>ª</sup>, quanto

ao *caput*, e 240<sup>º</sup>, quanto aos incisos; Código Civil paraguaio — Da simulação dos atos jurídicos, art. 305 (“a simulação não é reprovada pela lei quando nada prejudica nem tem fim ilícito”); BGB, § 140.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1961. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalдино. *A simulação no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O Código de 2002 inova ao tratar da simulação, começando por colocá-la no âmbito das invalidades, como produtora de negócio nulo, quando antes a lei era expressa em considerá-la anulável, como se via do art. 102 do Código de 1916.

Clóvis Beviláqua adota um conceito de simulação que parece ser o aceito pela maioria da doutrina, referindo-se a uma declaração enganosa de vontade visando produzir efeitos diversos dos ostensivamente indicados. Alguém, por meio de uma falsa aparência, encobre a verdadeira feição do negócio jurídico. Na simulação, objetiva-se o que não é explícito e rejeita-se o que efetivamente aparece.

Tal conceito está conforme o que se obtém nas fontes do Direito, ou seja, nas fontes do Direito Romano, em que simulado era o oposto de verdadeiro, e simulação, a antítese de verdade, como ensina Francesco Ferrara (*La simulación de los negocios jurídicos*, p. 42).

Convém referir, ainda, a definição do mestre Ferrara quanto ao negócio simulado: “é aquele que tem uma aparência contrária à realidade, ou porque não exista em absoluto, ou porque é distinto de como aparece”. Daí que os requisitos da simulação são: uma declaração deliberadamente desconforme com a

intenção; deliberação acordada pelas partes no negócio; com o intuito de enganar terceiros.

Fica claro desde já que simular é fazer parecer o que não é, e dissimular é o que oculta o que é.

Diante de tais conceitos e análise, há que se buscar entender a segunda parte do artigo, que trata da continuidade do que se dissimulou, enquanto a primeira parte se refere à simulação. Daí que, na segunda parte, concernente ao negócio dissimulado, se válido for em sua substância e em sua forma, tal negócio será integrado no sistema jurídico. Quem pratica a dissimulação oculta ao conhecimento de outrem uma situação real.

Para o melhor entendimento do dispositivo convém lembrar que a doutrina costuma distinguir três tipos de simulação, que tomamos da lição de Wilson de Souza Campos Batalha (*Defeitos dos negócios jurídicos*, p. 156 e 157): a absoluta (*negotium colorem habet, substantiam vero nullam*: o negócio tem apenas aparência, mas nenhuma substância); a relativa (*negotium colorem habet, substantiam vero alteram*: o negócio simulado encobre o negócio diverso — dissimulado); a *ad personam*: o negócio é real, mas a parte é aparente (testa-de-ferro, homem-de-palha, presta-nome). Esta última, relativa à pessoa, é também denominada interposição de pessoa.

Caio Mário da Silva Pereira faz as seguintes colocações: “Será absoluta quando o ato encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter eficácia nenhuma. Diz-se aqui absoluta, porque há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. O agente aparentemente quer, mas na realidade não quer; a declaração de vontade deveria produzir um resultado, mas o agente não pretende produzir resultado nenhum. A simulação se diz relativa, também chamada de dissimulação, quando o ato tem por objeto encobrir outro de natureza diversa ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem. E é relativa, em tais hipóteses, porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico”.

Portanto, fica claro que a segunda parte do *caput* se refere à hipótese de simulação relativa, enquanto a primeira parte, à hipótese de simulação absoluta.

José Beza dos Santos, professor de Coimbra (*A simulação em direito civil*), explica: “Quando a simulação é relativa, além do ato aparente destinado a iludir terceiros, existe um outro ato por ele dissimulado que traduz a vontade real das partes; o primeiro é nulo porque resulta de declarações de vontade aparentes; o segundo será válido ou nulo, se de per si, independentemente do fato da simulação, tiver ou não condições de validade”.

Mais adiante, em nota de rodapé, diz, refutando parte da doutrina franco-italiana, que distingue os requisitos de validade para o negócio dissimulado e os de forma para o simulado: “...Se é apenas o ato dissimulado que pode ter valor jurídico, é só a ele que se deve atender, são os seus requisitos de substância e forma que deve ter-se observado para que ele seja juridicamente eficaz. A falta

de forma do ato aparente não o pode prejudicar desde que se cumpriram as formalidades que a lei exige para a sua própria validade, como também o fato de se ter observado a forma prescrita para o ato aparente não supre a deficiência de forma do ato dissimulado. Neste sentido: Ferrara ... Pestalozza ...)”.

A hipótese não tem nada que ver com a *conversão*, tratada no art. 170. Para espantar qualquer dúvida importa trazer a lição de Luís A. Carvalho Fernandes, em *A conversão dos negócios jurídicos civis*, p. 274 e 275:

“Se a simulação for absoluta, é de excluir liminarmente a conversão, uma vez que neste caso, por definição, parar além do negócio simulado, que em si mesmo não é querido, a vontade das partes não se dirige a qualquer fim económico-social cuja prossecução possa ser assegurada pela via da conversão. Não faz, pois, sentido falar aqui em negócio sucedâneo.

Se a simulação for relativa, a situação só na aparência é mais complexa. Na perspectiva que agora estamos a considerar, o problema coloca-se quando o negócio dissimulado seja inválido. Se ele for válido — e pode sê-lo como se vê do disposto no art. 241<sup>o</sup>, do C. Civ. —, não se chega a colocar a hipótese da conversão, pois aquela validade assegura a sua eficácia: ele vale tal como as partes o celebraram. Sendo inválido o negócio dissimulado, o próprio art. 241<sup>o</sup>, n. 1, fornece o critério que há de presidir à resposta a dar à questão da convertibilidade. Diz-se nesse preceito que o negócio dissimulado segue ‘o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, o que significa, em matéria de conversão, que esta depende do vício que afecte aquele negócio. No fundo, há apenas que fazer funcionar, neste domínio, as considerações tecidas sobre a relevância dos vários tipos de vícios que podem afectar o negócio jurídico, em geral. O negócio dissimulado pode, assim, ser convertível, mas, como assinala O. Fischer, por se verificar outra causa de invalidade, que não a simulação”.

Analisado o *caput*, há que se proceder à análise dos incisos. A hipótese prevista no inciso I é denominada simulação por meio de interposta pessoa. Nesse caso, o real e efetivo beneficiário da negociação não integra o negócio jurídico respectivo; utiliza-se do chamado “testa-de-ferro”, o qual figura como parte no lugar daquele a quem efetivamente se conferem ou transmitem os direitos.

Ferrara entende que o conceito de pessoa interposta, como forma de simulação, é dos mais intrincados na doutrina, porque se pretende a relações de índole heterogênea atribuir um conceito único, e submetê-las a um regime único. A razão fundamental do equívoco está na extensão que se quis dar ao termo “testa-de-ferro”, a ponto de se chegar a falar em mandatário simulado ao que atua em seu próprio nome, e de verdadeiro mandatário o testa-de-ferro.

Uma das razões fundamentais desse erro está exatamente em pensar que todo mandato é representativo, por força do erro original da expressão usada no art. 1.984 do Código Civil francês, equívoco que é cometido também pela doutrina brasileira, em geral, por força do art. 1.288 do Código de 1916 e do art. 653 do presente, como ressaltamos em nossa obra *Questões relativas a mandato, representação e procuração* (São Paulo: Saraiva, 2001).

Outras hipóteses são referidas pelo mestre italiano, como a do proprietário que transmite seus bens mas continua figurando nos registros como titular deles, e que, também, não pode, mas é referido como testa-de-ferro.

O inciso II cuida da existência de declaração, condição ou confissão não verdadeira.

Aqui temos denominações diversas para o mesmo tipo de simulação: negócio ilusório, um não-negócio, e um negócio vazio. Exemplos desses são os negócios que procuram transmitir uma diminuição do patrimônio que não ocorreu, ou negócios que aumentaram o passivo, afetando o patrimônio.

Muitas compras e vendas são forjadas, até mesmo de imóveis.

O inciso III trata do caso de se praticar a simulação por meio do expediente da aposição de uma data que não corresponda à realidade, em documentos particulares. O novo Código manteve a redação do anterior, na vigência do qual suscitou-se dúvida acerca da abrangência ou não do inciso quanto aos instrumentos públicos. A dúvida não procede, pois além dos instrumentos públicos gozarem de fé pública, a menção restrita em caso de nulidade não permite interpretação ampliativa, ou analógica.

Outra importante inovação deste dispositivo relaciona-se ao disposto no § 2º, que protege os direitos dos terceiros de boa-fé em face do negócio jurídico simulado.

Antes do novo Código, Custódio da Piedade U. Miranda (*A simulação no direito civil brasileiro*) buscou analisar os efeitos dos negócios simulados perante terceiros.

Distingua as hipóteses de efeitos em razão da simulação absoluta inocente, da relativa inocente e da simulação ilícita, para a final discutir os conflitos de interesses entre terceiros.

O autor conclui que na simulação absoluta inocente o negócio é dado por inexistente, porque em verdade há erro de denominação, pois a referência é a negócio a que falta um elemento, e que, portanto, não pode produzir efeitos jurídicos. O autor chega a formular hipótese de venda de imóvel de negócio dito simulado em que não constou a ressalva de que assim era e chegou a provocar registro, pelo adquirente, e posterior alienação. Com o máximo respeito, o negócio não pode ser considerado inocente, pois o adquirente original atuou de má-fé no registro e na alienação.

Vale como observação geral quanto às hipóteses a reprodução de afirmação de Espinola, trazida pelo autor em referência: “Pode afirmar-se que as legislações modernas, em sua universalidade, da mesma sorte que a doutrina contemporânea e os tribunais de todos os países civilizados, têm sancionado, com igual firmeza, o princípio da inoponibilidade do ato simulado aos terceiros de boa fé”.

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

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 146. As nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.*

**Parágrafo único.** *Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 309; Código Civil português, art. 242<sup>o</sup> (“legitimidade para argüir a simulação”); Código Civil chileno, art. 1.863.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Temos aqui, no *caput*, a previsão da legitimidade para a invocação das chamadas nulidades de *pleno iure*.

A expressão “qualquer interessado” refere-se aos que a decretação de nulidade afetará. O interesse deve ser entendido como a utilidade que se possa tirar do decreto de nulidade do negócio jurídico. O interessado é o legitimado natural para pedir a desconstituição do negócio absolutamente inválido.

Por alcançar a todos e não apenas a determinados interessados, a decisão que decreta a nulidade do negócio tem eficácia *erga omnes*.

O Ministério Público tem legitimação para argüir a nulidade em todos os

casos em que lhe caiba intervir no processo, seja como parte, seja como fiscal da lei.

A hipótese de nulidade absoluta representa um agravo à ordem pública, um defeito de tal modo grave que o legislador, na defesa do ordenamento jurídico, impõe ao juiz a decretação de nulidade do negócio desde que conheça do ato, de seus efeitos e encontre provada a causa de nulidade, bem como impede que pretenda suprir o vício, que aqui é de ordem social, e não individual.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 286º; Código Civil paraguaio, art. 355; Código Civil chileno, art. 1.681

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed. n. 24, p. 31, 1970. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*; teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981.

**COMENTÁRIOS:** Por dizer respeito a questões de ordem pública, as quais não afetam um interesse isoladamente mas sim toda a coletividade, afirma-se que a nulidade não é sanável.

Conforme a lição de Emilio Betti, em sua *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 18: “a valoração de um negócio como nulo pressupõe, pelo menos, que o

negócio *existe como 'fatispecie'*, que, portanto, há uma imagem exterior dos seus elementos, valorável como válida ou inválida e, eventualmente, capaz de gerar, pelo menos, qualquer efeito secundário, negativo ou aberrante, embora essa figura venha, depois, graças a uma análise mais profunda, a revelar-se inconsistente”.

A qualificação do negócio como nulo implica, como bem observou Raquel Campani Schmiedel, limite à aplicação do princípio da conservação, e como a nulidade é qualificação em reação na defesa do interesse público, não há como pretender-se a sanção.

A nulidade, que independe de alegação, é reconhecível *ex officio* em qualquer tempo, instância ou juízo, por isso mesmo, não se sujeita a prazos de prescrição, nem de decadência, ou seja, não há que se falar em convalidação do negócio jurídico nulo pelo decurso do prazo.

Há que se lembrar que estamos analisando a disposição contida na Parte Geral, que, portanto, serve como regra geral para os Livros Especiais, que, nas suas particularidades, poderão ofertar hipóteses excepcionantes, como as lembradas por Maria Helena Diniz, quanto às exceções estabelecidas em relação ao casamento (arts. 1.548 e 1.549 deste Código).

**Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 293<sup>º</sup>; Código Civil grego, art. 182<sup>º</sup>; Código Civil italiano, art. 1.424; BGB, § 140; Código Civil holandês, Livro 3, art. 42<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed. n. 24, p. 78 e s., 1970. CIFUENTES, Santos. *Negocio juridico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 1993. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. BIGLIAZZI-GERI, Lina. *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, v. 10. 1958. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São

Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico e medidas sanitárias*. São Paulo: Saraiva, 1981. SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo não encontra precedentes na legislação anterior. Introduce a conversão do ato negocial nulo em um outro, de natureza diferente, desde que se possa constatar que a vontade das partes era realizar o negócio, cujo substrato é identificado e é válido.

A conversão não tinha sido estudada em obras monográficas específicas, dentre nós, ainda que proposta no projeto do Código. Isso não impediu que vários autores, dentre os mestres tradicionais, a ela se referissem e buscassem desenvolver sua análise à luz do contido em Códigos estrangeiros. Antônio Junqueira de Azevedo buscou dar um desenvolvimento mais profundo, em sua obra primeira, e Raquel C. Schmiedel, já citada, foi uma das que contribuíram na seqüência, projetando seus estudos inclusive sobre o projeto.

Do grande desenvolvimento doutrinário na Alemanha e na Itália, após a edição do Código português de 1966, temos dois professores que elaboraram monografias: Teresa Luso Soares (*A conversão do negócio jurídico*) e Luís A. Carvalho Fernandes (*A conversão dos negócios jurídicos civis*).

No final de 2001 foi editada obra específica no Brasil, relativa a tese de doutoramento defendida em 1995 por João Alberto Schützer del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico* (Rio de Janeiro: Renovar).

Teresa Luso Soares define a conversão como o meio jurídico em virtude do qual, verificados certos requisitos, se transforma em outro negócio jurídico um inicialmente nulo, com o fim de salvaguardar, na medida do possível, o resultado prático que as partes visam com ele alcançar.

O instituto da conversão reflete o princípio da conservação do negócio jurídico, o qual estabelece a manutenção da atividade negocial para a consecução do fim prático perseguido pelos envolvidos.

Assim, o presente dispositivo introduz no sistema tipificação da conversão, extremando-a de outras figuras próximas, como a da confirmação e a da interpretação do negócio jurídico.

Em outros países, a partir da predecessora Alemanha, a introdução no direito positivo não acabou com as dúvidas e com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que sempre envolveram o tema, mas tornaram-nas sem tanta expressão.

Del Nero traz, contudo, a controvérsia que aflige a própria concepção do negócio jurídico, conforme a exposição longa e fundamentada de Lina Bigliazzi-Geri, na *Enciclopedia del Diritto*, v. 10, p. 531-35.

Nos termos em que foi introduzida no nosso Código, muito próxima do contido no Código Civil português, permite-nos adotar a qualificação dada por Carvalho Fernandes, após examinar as posições doutrinárias sobre a natureza jurídica da conversão, como: “uma re-valoração do comportamento negocial das partes mediante a atribuição de uma eficácia sucedânea da que a ele se ajustaria se respeitasse os requisitos de validade e eficácia do negócio que elas intentaram celebrar”.

Mas, para que ocorra o instituto ora comentado, necessária é a observância a certos requisitos. O primeiro, e também chamado de objetivo, versa sobre a necessidade que o negócio jurídico, em que se converte (o sucedâneo), tenha suporte fático no inicial, no nulo.

O segundo já é de caráter subjetivo e refere-se à vontade dos contratantes na ocorrência do resultado prático da conversão. É essencial que as partes queiram o efeito prático resultante do negócio em que se converte o inválido. A doutrina portuguesa denomina esse requisito vontade hipotética ou conjectural. Só se pode realizar a conversão se o julgador estiver convencido de que caso as partes tivessem conhecimento da invalidade teriam querido celebrar outro negócio na busca de certos fins. Desta feita, alcançamos outro requisito, qual seja, o de que, no momento da celebração do negócio inválido, as partes não tinham conhecimento da nulidade, de que de fato haja boa-fé dos contratantes.

Devem ainda ser observados os requisitos essenciais da substância e da forma do negócio jurídico.

Ressalte-se que com o previsto no presente artigo não se estará vinculando a vontade das partes, nem presumindo que elas pretendam outro negócio contratual, mas somente permitindo que atinjam a finalidade por elas perseguida.

Carvalho Fernandes, quanto à legitimidade para que se processe a conversão, entende que carece de ser invocada por quem pretenda valer-se dela, que, todavia, só se aperfeiçoa uma vez preenchidos os elementos previstos, inadmitida a hipótese de conversão *ex officio*. O interesse na conversão pode ser argüido tanto pelas partes no negócio jurídico como por terceiro afetado pelos seus efeitos.

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

***I - por incapacidade relativa do agente;***

***II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.***

**CÓDIGO DE 1916: Art. 147. É anulável o ato jurídico:**

***I - por incapacidade relativa do agente (art. 6º);***

*II - por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113).*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.117; Código Civil italiano, art. 1.425; Código Civil paraguaio, art. 358; Código Civil russo, arts. 175 a 179.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** A anulabilidade, que, como anteriormente referido, constitui um grau de invalidade mais leve, vem tratada no presente dispositivo, que repete a primeira parte, com a alteração de “ato” para “negócio”, do art. 147 do Código de 1916.

José de Abreu (*O negócio jurídico e sua teoria geral*) diz que a principal finalidade da previsão da anulabilidade é o resguardo de pessoas que, por certas razões, não estariam aptas a realizar determinados negócios sem a observância de cautelas especiais. Há finalidades outras, como a relativa aos portadores da referida aptidão, mas que acabam por manifestar a vontade sob influência de vícios, que afetam o consentimento, contrariando o ordenamento jurídico.

Assim, o ato anulável contém um vício que diz respeito à proteção de interesses individuais, ao contrário da nulidade, que, como já exposto, versa sobre questões de interesse geral, social, ou, como diz a maior parte da doutrina, a ordem pública.

Quando decorre de incapacidade relativa (inciso I), a remissão que se tem de fazer é ao art. 4º, que é o que dispõe sobre a incapacidade relativa, bem como aos arts. 1.767 e seguintes, que cuidam da curatela, ou seja, do instituto que atribui o *munus* de assistir os relativamente incapazes para a prática dos atos e negócios da vida civil.

Quando a anulabilidade decorre de vício do consentimento (inciso II), porque a celebração do negócio se deu mediante erro, ou dolo, ou coação, ou estado de perigo, ou lesão ou fraude contra credores, a remissão há que se fazer aos arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158.

Com relação ao Código de 1916, a simulação deixou de ser considerada vício da vontade, passando a ser tratada como vício social, conforme referimos no tocante ao art. 167 deste Código.

A aparente concentração das hipóteses de anulabilidade no presente artigo ensejou crítica de Bulhões Carvalho ainda na fase do projeto, pela existência de outras previstas no próprio Código.

A essa crítica somou-se a de Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico*: plano da validade, p. 107). Este autor diz que tradicionalmente o estudo da anulabilidade ficou preso na visão da teoria da vontade, e por isso o próprio Código ficou aquém do que se entende como hipóteses de anulabilidade, pois existem outras causas: "...Essa enunciação, porém, afora a impropriedade terminológica que encerra, é insuficiente, uma vez que... (c) além dos casos, embora poucos, em que a própria norma jurídica a imputa como sanção, a anulabilidade tem ainda como causa (d) a falta de assentimento de terceiro que a lei considera necessária para a prática de certos atos jurídicos por pessoas em determinadas situações jurídicas".

A crítica procede em parte, porque, de fato, o artigo leva o intérprete a pensar que se está diante do elenco taxativo de anulabilidade, quando isso não ocorre, pululando pelo Código hipóteses de anulabilidade, mas, nas hipóteses específicas, nem sempre se tem o regime jurídico tratado na seqüência neste capítulo.

**Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 148. *O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. A ratificação retroage à data do ato.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, art. 144; Código Civil chileno, art. 1.693; Código Civil francês, art. 1.338 (1ª parte); Código Civil italiano, art. 1.444 (1ª parte); Código Civil paraguaio, arts. 366 e 371; Código Civil português, arts. 288<sup>a</sup>(1) e 291<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do*

*Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 54 e 57, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1996. v. 1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. São Paulo: Saraiva, 1981.

**COMENTÁRIOS:** A *confirmação*, termo adotado para substituir *ratificação*, utilizado no Código de 1916, vem tratada do presente artigo até o 175.

Na doutrina brasileira, Pontes de Miranda defendia o uso da palavra “ratificação”, por entender que tinha dois significados, um lato e outro estrito, e no caso do art. 147 do Código de 1916 era no sentido estrito. Dele divergia José Paulo Cavalcanti, em seu *Direito civil: escritos diversos* (p. 410), no que era acompanhado por Serpa Lopes e Orlando Gomes.

A mudança de denominação acompanha a tendência da doutrina contemporânea, que já levava o Código Civil português a utilizar “confirmação” no art. 288<sup>a</sup>, e já fora objeto de observação nesse sentido por Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, p. 353, que, em nota de rodapé, lembra: “Il termine ‘ratifica’ va riservato ai negozi posti in essere dal rappresentante senza potere (bene il nuovo codice: cfr. Art. 1.444 e art. 1.399), i quali possono essere semplicemente inefficaci (almeno tra i soggetti che li hanno posti in essere su ciò in seguito)”. O que em tradução livre quer dizer: “O termo ‘ratificação’ fica reservado para os negócios realizados pelo representante sem poderes (bem andou o novo código civil: cfr. Art. 1.444 e art. 1.399), os quais podem ser simplesmente ineficazes (pelo menos entre os sujeitos que o celebraram e deram seguimento)”.

Na linha do pensamento de Cariota Ferrara, autores brasileiros contemporâneos como Raquel C. Schmiedel e Marcos Bernardes de Mello reforçaram a observação de Moreira Alves a respeito da modificação. Aliás, o novo Código refere-se a ratificação nos arts. 662 e parágrafo único, 665, 672 e 673, relativos ao mandato, como conserva no art. 367, a confirmação, já utilizada no Código de 1916 (art. 1.008) para a novação de obrigação anulável.

A confirmação é remédio específico de anulabilidade, pelo que não se confunde com a conversão, e constitui o meio próprio para a sanção do ato anulável.

Assim como o legislador anterior, o atual não se preocupou em definir confirmação, o que alguns Códigos estrangeiros fizeram, como, por exemplo, o argentino, que é literal ao dispor que a confirmação é o ato jurídico pelo qual uma pessoa faz desaparecer os vícios do outro ato que está sujeito à ação de nulidade (art. 1.059).

A confirmação do ato anulável constitui, em essência, negócio jurídico unilateral. A maioria da doutrina entende dessa forma. Neste sentido, as palavras de Marcos Bernardes de Mello: “Basta a manifestação de vontade, expressa ou tácita, daquele que tem a legitimação para alegar a anulabilidade no sentido de confirmar o ato jurídico anulável, independente da aceitação do outro figurante do negócio. Trata-se, portanto, de manifestação não receptícia de vontade. Nada impede, no entanto, que seja realizada por meio de negócio jurídico bilateral”.

A confirmação distingue-se de outros institutos costumeiramente com ela confundidos. Não se confunde confirmação com renúncia, pois confirmação é manifestação de vontade não receptícia, que retira defeito do negócio (plano de existência e validade), tornando-o perfeito para a produção de efeitos, ao passo que renúncia refere-se à eficácia dos negócios, não ao negócio em si.

Outra figura jurídica que pode vir a ser confundida com a confirmação é a novação, mas como bem lembra o Professor argentino Santos Cifuentes, em sua obra *Negocio jurídico*, o efeito da novação é criar uma nova obrigação, ao passo que a confirmação visa reparar vícios do mesmo negócio jurídico, de uma mesma situação fática.

Por fim, cumpre destacar a ressalva feita pelo legislador em relação aos direitos de terceiros, porventura constituídos entre a celebração do negócio e a confirmação. Como bem lembra Clóvis Beviláqua, esses direitos de terceiros devem ser respeitados e protegidos, podendo até mesmo impedir a confirmação de se operar se esta ocorrer em detrimento ao interesse deles.

**Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 149. *O ato de ratificação deve conter a substância da obrigação ratificada e a vontade expressa de ratificá-la.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 44; Código Civil chileno, arts. 1.693 e 1.694; Código Civil francês, art. 1.338 (1ª parte); Código Civil italiano, art. 1.444 (1ª parte); Código Civil paraguaio, arts. 367 e 368; Código Civil português, art. 288ª (2 e 3).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. O negócio jurídico e sua teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 55, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. Negocio jurídico. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. Napoli: Morano, s.d. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Neste artigo aparecem previstos os requisitos que devem ser observados para que ocorra a confirmação expressa do negócio jurídico. Na lei constam expressamente dois, quais sejam, a substância do negócio jurídico celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

A expressão “substância do negócio jurídico celebrado” está a referir que a confirmação deve conter indicações precisas, que individualizem o negócio viciado. A substância é propriamente sobre o que diz respeito, sobre o que trata o negócio. Esse requisito é indispensável, pois prova o conhecimento da pessoa que confirma o negócio.

Assim, em se tratando de negócio jurídico daqueles em que se exige a obediência à forma prescrita em lei, é necessário que a confirmação seja feita por escritura pública.

No que concerne à manifestação de vontade no sentido de manter o negócio, temos o pronunciamento de não invocar a anulabilidade do negócio, de aceitá-lo.

Não é imprescindível, na confirmação, a repetição integral do negócio; basta o enunciado das cláusulas principais e características, registrando-se a vontade expressa de confirmar. José de Abreu (*Negócio jurídico e sua teoria geral*) reitera que a vontade manifestada deve consistir na intenção de purificar o negócio, de restaurá-lo nas condições da lei de modo a renunciar à ação precedente de anulabilidade.

Repita-se, por fim, que essa confirmação expressa torna válido um ato que, embora viciado, já existia, não havendo assim que se falar em novação, que requer a extinção para nova celebração. Daí que os efeitos da confirmação não retroagem, mas confirmam os já produzidos desde a origem do negócio viciado.

Particularmente na doutrina estrangeira vai-se encontrar referência à convalidação, logo em seguida ao tratamento da confirmação. Há que se observar que a denominada hipótese se refere ao erro, e foi objeto de exame no art. 144.

*Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 150. É escusada a ratificação expressa, quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.338 (2ª parte); Código Civil italiano, art. 1.444 (2ª parte).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 55 e 56, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

**COMENTÁRIOS:** Temos aqui prevista a desnecessidade da confirmação expressa, em face da plena eficácia dada pelas partes ao negócio anulável, tanto que já cumprido em parte, pelo menos.

A doutrina aponta, com base no texto legal, dois requisitos substanciais para a ocorrência desta espécie de confirmação. O primeiro diz respeito ao cumprimento total ou parcial da obrigação conseqüente do negócio, e o segundo exige que a parte a quem competiria o cumprimento tenha conhecimento da existência do vício.

J. M. de Carvalho Santos, à luz do Código de 1916, cujo art. 150 tinha redação basicamente conforme à atual, a esses dois requisitos adicionava um terceiro, qual seja, a intenção de reparar o vício, o *animus* de confirmar.

Com o máximo respeito, não procede a observação, pois o ânimo já foi identificado pela atuação concreta, com a ciência do vício. Diante do que Paulo da Mota Pinto denomina comportamento concludente, tem-se forma de comunicação que torna desnecessária a comunicação por signos escritos ou orais.

O fundamento desse tipo de confirmação, que até se pode chamar de

tácita em face da denominada confirmação expressa constante do artigo, reside na incompatibilidade entre o propósito de promover a anulação do negócio e o agir de modo a confirmá-lo. Trata-se de questão de coerência.

Por fim, podemos concluir que o cumprimento das obrigações decorrentes do negócio anulável não importa na confirmação, se o figurante não tinha conhecimento do defeito.

**Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 151. *A ratificação expressa, ou a execução voluntária da obrigação anulável, nos termos dos arts. 148 a 150, importa renúncia a todas as ações, ou exceções, de que dispusesse contra o ato o devedor.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 1.338 (3ª parte).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 56, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. São Paulo: Saraiva, 1981.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo atende ao que a doutrina denomina irrevogabilidade da confirmação. Para outra parte da doutrina deve-se entender a confirmação como renúncia ao direito de promover a anulação do ato (Silvio Rodrigues e Caio Mário), de tal sorte que, uma vez confirmado o ato, não poderá a parte que fora atingida pela causa de anulabilidade argüi-la, pois o vício

desapareceu com a confirmação.

Raquel C. Schmiedel diverge de tal posição: “Não há, na verdade, pelo ato ratificatório, renúncia ao direito potestativo de anular o ato, mas, sim, supressão (pelo preenchimento do suporte fático que é deficitário) do *defectum* com que o suposto de fato se juridicizou. Mediante a ratificação ou confirmação torna-se *não-deficiente* o que antes era deficiente”.

Importa, ainda, destacar que não há que se falar de confirmação feita com reserva.

Confirmando o ato, a parte não poderá valer-se de eventual ação de anulabilidade do negócio jurídico; mas caso já exista uma ação em curso, a parte poderá confirmar o ato, de modo a extinguir a demanda judicial, pois não se trata de uma medida coerente confirmar o negócio, com o que juridicizá-lo e, contraditoriamente, pretender combatê-lo.

**Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 108 e 131; Código Civil paraguaio, arts. 352 a 354; Código Civil português, art. 125<sup>a</sup> (2); Código Civil russo, art. 26 (1, 2<sup>a</sup> parte); Código Civil suíço, art. 38.

**BIBLIOGRAFIA:** BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 249, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Lex Editora, 1995. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v 4. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** O negócio praticado por menor entre 16 e 18 anos (relativamente capaz), sem a autorização do pai ou tutor, poderá ser validado se

ela ocorrer posteriormente.

Marcos Bernardes de Mello, em sua obra *Teoria do fato jurídico*; plano da validade, destaca que a falta do inicial assentimento pode ser suprida posteriormente, validando-se dessa forma o negócio jurídico anulável.

Do ponto de vista do mencionado autor, a concessão posterior se parece com a confirmação apenas porque tem o mesmo efeito, qual seja, remover a anulabilidade que inquina o ato jurídico, mas alerta: “São substancialmente diferentes porque a confirmação é ato próprio do figurante do ato, que é titular do direito, enquanto aquele que dá o assentimento, apenas integra o ato, sem praticá-lo”.

Já Sílvio de Salvo Venosa, autor que trata os vocábulos “ratificação” e “confirmação” como sinônimos, coloca que a situação prevista neste artigo refere-se a uma espécie de confirmação, a qual sempre foi admitida.

Essa posição tem apoio remoto em Rui de Alarcão, mencionado por Carvalho Fernandes, referindo-se às hipóteses análogas dos arts. 1.682<sup>a</sup> e 1.682<sup>b</sup>. A do Código português, que equivalem ao nosso 1.647, que exige a vênua conjugal para as hipóteses do elenco. Carvalho Fernandes, todavia, admite também que se diga tratar-se de convalidação.

No nosso sentir, a hipótese é efetivamente de convalidação, no que se assemelha à hipótese do § 1<sup>o</sup> do art. 1.268, ou seja, do transmitente de propriedade da qual não é ainda titular, transmissão que fica validada pela superveniência da aquisição da propriedade pelo transmitente.

Os efeitos do ato, do negócio, não têm início com a autorização de terceiro, mas desde a celebração entre as partes, cuja legitimidade não era plena, mas parcial, e que se aperfeiçoa *a posteriori*.

Aliás, a própria lei, no que segue o Código português, menciona “será validado”. É o mesmo negócio, não outro, não novo negócio.

Ressalte-se por fim que essa posterior autorização deve observar a forma que foi exigida para a celebração do negócio jurídico.

**Art. 177.** *A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 152. As nulidades do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício.*

*Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade.*

Código Civil francês, art. 1.117; Código Civil italiano, art. 1.441; Código Civil paraguaio, arts. 359 (2ª parte) e 356 (2ª parte); Código Civil português, arts. 125ª (1) e 287ª (1); Código Civil russo, art. 166 (1, 1ª parte, e 2, 1ª parte).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 23, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. IRTI, Natalino. *Norme e fatti*. Milano: Giuffrè, 1984. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Como já exposto, diversamente do ato nulo, o anulável gera todos os efeitos até que ocorra sua desconstituição por meio de sentença judicial, ou até que ocorra o prazo decadencial previsto nos arts. 178 e 179 deste Código.

A decretação da anulabilidade pode ser obtida por meio de ação anulatória, ou incidentalmente, mediante exceção substantiva. Mas em ambos os casos só desconstituirá o negócio jurídico após a sentença, que o excluirá do mundo jurídico, não havendo que se cogitar de seu pronunciamento de ofício pelo magistrado.

Comporta aqui uma incursão sobre nova colocação doutrinária quanto à invalidade, nulidade, e que atinge a anulabilidade, de sorte a tornar mais clara a referência à desconstituição do negócio.

Natalino Irti, com apoio, dentre outros, em Salvatore Satta, R. Sacco, Angelo Falzea e Massimo Severo Giannini, procura demonstrar que: “válido” indica a mera conformidade com uma hipótese de incidência legal; “nulo” não designa o contrário de válido, mas a “conformidade com uma hipótese de incidência construída com a técnica reducionista já examinada” (tradução livre — p. 154 da obra *Norme e Fatti*). Com tal construção querem demonstrar que nulo, anulável, como categorias de inválido, não são de conformidade ou desconformidade com a hipótese de incidência do negócio válido, mas de construção de outra hipótese de incidência desfalcada, ou reduzida. Assim, há um conteúdo comum, mínimo, entre ambas as hipóteses, o que permite propor uma

teoria da nulidade como *teoria da construção de um grupo de hipóteses de incidência legais*, governadas pelos seguintes princípios:

1) *princípio de correlações* entre a hipótese geratriz e a hipótese do negócio nulo, sendo esta construída com o reenvio aos elementos da geratriz;

2) *princípio da multiplicação*, pelo qual o número de hipótese de incidência de negócio nulo corresponde ao número dos elementos da hipótese geratriz menos um elemento, ou mais de um, caso a hipótese geratriz seja muito complexa;

3) *princípio da redução*, dado que cada hipótese de incidência de negócio nulo tem, pelo menos, um elemento diverso da hipótese de incidência geratriz;

4) *princípio de identificação*, pelo qual cada hipótese de incidência de negócio nulo tem em comum com a hipótese de incidência geratriz o elemento revelador da escolha das partes.

Adaptando para anulabilidade, ver-se-á que, mediante ônus, iniciativa das partes interessadas, poder-se-á arguir a hipótese de incidência da norma individual de invalidade parcial, anulabilidade, para que seja desconstituída. Logo, tal decisão só atinge aqueles que são partes, ou devem integrá-las, como os assistentes, por exemplo, na constituição da hipótese mediante o uso da autonomia privada, e os que sofrem diretamente seus efeitos. São exemplos de legitimados: o figurante do ato da vítima; o terceiro prejudicado pela simulação; o credor anterior ao ato de disposição na hipótese de ocorrência de fraude contra credores...

À evidência que os solidários são partes e serão atingidos pela decisão, tanto quanto se o objeto da prestação do negócio for indivisível e várias as pessoas integrantes do pólo subjetivo.

Por ser hipótese de exclusiva alçada da autonomia privada, descabe qualquer atuação de ofício, quer judicial, quer do Ministério Público.

Por ser norma individual, integrada no sistema, sua desconstituição não sendo possível pela vontade das partes, só pode ocorrer judicialmente. Logo, enquanto não desconstituída, o negócio produziu efeitos que não podem ser suprimidos; a decisão judicial produz efeitos a partir do trânsito em julgado, nunca retroativamente.

Finalmente é importante colocarmos que os negócios jurídicos que sejam acessórios ou dependentes do desconstituído sofrerão os mesmos efeitos em razão da relação de dependência, de acessoriedade que os une. Exemplo disso é um caso de fiança.

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

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

***II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do***

*dia em que se realizou o negócio jurídico;*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 178. Prescreve:*

(...)

§ 9º *Em 4 (quatro) anos:*

(...)

*V - a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:*

*a) no caso de coação, do dia em que ela cessar;*

*b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;*

*c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade;*

(...)

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 124; Código Civil chileno, art. 1.691; Código Civil francês, art. 1.304; Código Civil italiano, art. 1.442; Código Civil português, arts. 125<sup>a</sup> (1) e 287<sup>a</sup> (1 e 2); Código Civil russo, art. 181; Código Civil suíço, art. 31.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 28 e 29, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Como já referido, a anulabilidade decorre do exercício da autonomia privada no estabelecimento de negócios jurídicos, que, como tal, passam a produzir efeitos que transcendem aos interesses exclusivos das partes.

Bem por isso o Código inova ao fazer claro o princípio da socialidade no

âmbito dos contratos, ao impor-lhes a função social (art. 421).

Ora, negócios produtores de efeitos no âmbito social provocam a necessidade de segurança, que é fundamental para o Direito. Não se pode imaginar instabilidade dos negócios que provoque insegurança prejudicial à atividade econômica.

Daí a necessidade de limitação temporal para o exercício de direitos que visem desconstituir negócios mediante a anulabilidade.

Alterando não só a mera redação do § 9º do art. 178 do Código de 1916, o presente dispositivo diz que o prazo aqui estabelecido é de decadência, posto que versa sobre o exercício do direito à desconstituição, não hipótese de prescrição. Sobre a distinção, remete-se ao disposto nos arts. 189 (prescrição) e 207 a 211 (decadência).

Os incisos estabelecem quais as hipóteses de anulabilidade referentes a negócios jurídicos que terão prazo decadencial de quatro anos, precisando, outrossim, o termo inicial para a sua contagem.

Assim, contar-se-ão quatro anos a partir do dia em que cessar a coação. Já para os negócios jurídicos anuláveis por erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, o prazo tem início na data de celebração do ato. E no caso de incapazes, da data em que cessar a incapacidade (arts. 3º a 5º). Portanto esse prazo se refere às hipóteses de anulabilidade elencadas no art. 171.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 121 e 124; Código Civil chileno, art. 1.691; Código Civil francês, art. 1.304; Código Civil italiano, art. 1.442; Código Civil português, art. 287º (1 e 2); Código Civil russo, art. 181; Código Civil suíço, art. 31.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 28 e 29, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. FERRARA, Luigi Cariota. *Il*

*negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Neste artigo temos as demais hipóteses de anulabilidade que não foram contempladas no art. 171, com as remissões supramencionadas.

Assim, as anulabilidades constantes de dispositivos esparsos têm prazo menor porque o legislador reputa menos graves as hipóteses.

Ressalte-se ainda que o termo inicial dessa contagem será a data de conclusão do negócio, ou da prática do ato.

**Art. 180.** *O menor, entre dezesseis e dezoito 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, declarou-se maior.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 155. O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil chileno, art. 1.658; Código Civil francês, arts. 1.307 e 1.125; Código Civil italiano, art. 1.426; Código Civil paraguaio, art. 360; Código Civil português, art. 126<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d.

**COMENTÁRIOS:** O dolo nunca é prestigiado no Direito, mesmo quando originário de quem é reputado relativamente incapaz, por isso o artigo veda a arguição de anulabilidade pelo próprio relativamente incapaz, ou seja, pelo menor entre 16 e 18 anos, que ocultou tal fato quando da realização do negócio, mesmo tendo sido inquirido sobre sua verdadeira idade e situação jurídica.

Como já referia Clóvis Beviláqua: “malitia supplet aetatem” (a malícia supre a idade).

Já havia tal previsão no Código de 1916, bem como no *Esboço* de Teixeira de Freitas, que se referiu ao Direito Romano.

Ainda que não se tivesse a formulação atual do princípio da boa-fé objetiva, presente neste Código e que leva a construções mais amplas, o Direito em todos os tempos sempre repudiou o dolo.

**Art. 181.** *Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 157. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil chileno, art. 1.688; Código Civil francês, art. 1.312; Código Civil italiano, art. 1.443; Código Civil paraguaio, art. 362.

**BIBLIOGRAFIA:** BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. MELLO, Marcos Bernardes de. *Têoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** As obrigações contraídas com absolutamente incapazes são nulas ou anuláveis se a incapacidade for relativa.

Como bem coloca Clóvis Beviláqua, cabe ao incapaz e não a quem com

ele contratou o direito de pedir a anulação do ato, no caso de incapacidade relativa, pois foi em benefício do menor que se criou essa proteção legal.

O que fixa a segunda parte do dispositivo é que os efeitos produzidos pelo negócio anulável ficam vedados a partir da anulação, mas, se do negócio resultou o enriquecimento do incapaz, procede o reclamo, porque se estará diante de hipótese sempre vedada pelo Direito, isto é, do enriquecimento sem causa.

A anulação, lembra-se, foi provocada pelo incapaz, que, por isso, não pode enriquecer com base no negócio que anulou.

**Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 158. *Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 142; Código Civil chileno, art. 1.687; Código Civil francês, arts. 1.306 a 1.311; Código Civil italiano, art. 1.445; Código Civil paraguaio, arts. 361 e 363; Código Civil português, arts. 289<sup>o</sup> e 290<sup>o</sup>; Código Civil russo, art. 167 (2).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. IRTI, Natalino. *Norme e fatti*. Milano: Giuffrè, 1984. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo trata dos efeitos da anulação do negócio jurídico e estabelece que as partes devem ser restituídas ao estado anterior, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da celebração do mesmo.

É mais uma decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa.

Desconstituído o negócio, por decisão judicial, retomando-se a colocação de Natalino Irti, tem-se que a hipótese de incidência foi outra que não a do negócio que devia produzir os devidos e desejados efeitos jurídicos. Logo, não havia nem há causa para que prestações recebidas provoquem o enriquecimento de qualquer das partes.

Assim, restabelece-se o anterior estado das coisas, isto é, o estado em que se encontravam os bens da vida nos patrimônios envolvidos pelo negócio. Por exemplo, as importâncias e os bens móveis recebidos devem ser devolvidos e um eventual registro de imóvel objeto do negócio deve ser cancelado.

Diferentemente da opinião de Clóvis Beviláqua, Marcos Bernardes de Mello entende que os frutos percebidos em decorrência da execução do negócio jurídico anulado também devem ser integralmente devolvidos, independentemente de boa ou má-fé, reportando-se à lição de Pontes de Miranda, que entende que aqui não se está a tratar de direitos reais.

Com a devida vênia, correta a posição de Clóvis, pois posse não é considerada como direito real, fato que ensejou, aliás, grave discussão no âmbito da comissão, tanto que precede o elenco baseado na figura matriz da propriedade.

Ademais, o que o artigo está prevendo é a restituição ao estado anterior, porque houve alteração dele quando da realização do negócio, o que, é lógico, implicou a transmissão da posse com base neste, que, até então, produzia efeitos por presumido válido. A anulabilidade tem de ser suscitada para que haja a desconstituição do negócio. Só a partir daí, ou para os que entendem que a partir da resistência ao pedido de anulação, é que a posse mudará de qualificação.

A posse faz parte do negócio, isto é, quando houve a transmissão daquela, é integrante e implica submissão ao seu regime jurídico.

Se tradição da coisa houve, na pendência dos efeitos até a anulação do negócio se tem não só posse de boa-fé, como direito à posse decorrente do título, em que se consubstancia o negócio.

Isso é efeito do negócio, não pretensão de submissão ao regime do Direito das Coisas, *data venia*.

Aliás, consta dos princípios do direito contratual europeu, no art. 4:115, sob a denominação *Efeitos da anulação*, disposição semelhante, em que a redação dá ênfase ao caráter sinalagmático e comutativo da restituição: “Após a anulação cada parte tem a faculdade de reclamar a restituição do que prestou em execução do contrato, sob condição de que comprovadamente restitua o que recebeu. No caso de a restituição não puder se efetivar *in natura* (com a coisa certa), será efetuada mediante o pagamento de uma razoável (correspondente) soma de dinheiro”. (tradução livre)

Não se está diante de alternativa à escolha da parte, mas de forma indenizatória pela impossibilidade ocorrida, enquanto possuidor, de devolver a coisa certa.

**Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 152. (...) *Parágrafo único. A nulidade do instrumento não induz a do ato, sempre que este puder provar-se por outro meio.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 125.

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 61, 1970. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** A palavra “instrumento” aqui está empregada no sentido de ato, auto, título, documento próprio para fazer valer direitos, para provar alguma coisa, em juízo. Diz-se, também, de tudo quanto serve para instruir um processo (cf. Caldas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, 5. ed.).

O dispositivo quer deixar claro que o negócio pode ser provado não só pelo documento, mas também por outros meios. Assim, mesmo que viciado o instrumento, há como admitir subsistente o ato. No negócio jurídico o fundamental é comprovar a efetiva vontade das partes, que se consubstancia na vontade do negócio.

Os outros meios de prova são os especificados no art. 212.

A exceção ao dispositivo está no fato de o instrumento ser solenidade substancial, portanto elemento formal inarredável, como, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 109 e 215.

Sem dúvida, o aqui disposto aponta para mais um dispositivo que pode ser justificado na necessidade de segurança das relações sociais. Nesse sentido as

palavras de Emilio Betti: “O instituto da sanção representa a solução de um problema prático, de que qualquer ordem jurídica, ao atingir um certo grau de desenvolvimento, começa a aperceber-se: ou seja, o problema de trazer para a fiscalização e para a protecção do direito, relações que, não tendo nascido de um modo regular, têm, no entanto, uma existência de facto, ou até uma existência jurídica, mas de índole precária”.

**Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 153. *A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 139; Código Civil chileno, art. 1.690; Código Civil italiano, arts. 1.420 e 1.446; Código Civil paraguaio, art. 365; Código Civil português, art. 292<sup>a</sup>; Código Civil russo, art. 167 (1, 1<sup>a</sup> parte).

**BIBLIOGRAFIA:** ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BETTI, Emilio. *Têoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 42, 1970. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1986. MELLO, Marcos Bernardes de. *Têoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo manteve a idéia, mas não a redação do Código de 1916, no art. 153.

Clóvis Beviláqua sustentava que a premissa de que se partiu foi a do “*utile per inutile non vitiatur*” (o útil não se vicia pelo inútil).

Assim, se o negócio puder subsistir com a retirada de determinada parte inválida, sem comprometer a intenção das partes, a parte válida não sofrerá prejuízos. O próprio texto já destaca a necessidade, nesse caso, de o negócio ter por objeto uma complexidade, permitindo que se possam distinguir frações dele; a falta de uma delas não impede a sobrevida do negócio.

Em certas hipóteses não há tal possibilidade, razão pela qual o artigo não tipifica e não pode ser aplicado, como nos casos em que a lei determina a inseparabilidade, por exemplo, na transação (v. o disposto no art. 848 deste Código), e quando as condições são juridicamente impossíveis por viciarem todo o negócio. Não há, assim, que falar em invalidade parcial. Nesses casos, o negócio jurídico será totalmente nulo, ainda que em razão de uma só cláusula nula.

Com os negócios jurídicos unitários simples acontece a mesma coisa, pois não admitem separação; a invalidade atinge o todo.

A questão da separabilidade deve, pois, ser examinada de acordo com a natureza do negócio jurídico e sua composição.

Da mesma forma, a anulação do negócio acessório não implicará o comprometimento da principal, como, por exemplo, no caso de a fiança ser anulada, não estará prejudicado o contrato de locação para o qual foi prestada.

Ao contrário, se o negócio principal restar comprometido, indubitavelmente o acessório perde a razão de existir e produzir efeitos. No caso do exemplo supracitado, não há sentido na manutenção de uma fiança sem o contrato principal de locação para o qual fora dada.

## ***Título II***

### ***DOS ATOS JURÍDICOS LÍCITOS***

***Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** O Código Civil alemão não definiu o ato jurídico; Código Civil paraguaio, art. 296; Código Civil português, art. 295<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 3. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Col. Coimbra Ed., n. 24, p. 146 e s., 1970. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil*: escritos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 1983. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. MARTINS, Ives Gandra da Silva e GRECO, Marco Aurélio. *Direito e internet*: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 2. tir., São Paulo: Max Limonad, s.d. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*; parte geral. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** O presente título trata dos atos jurídicos lícitos, atribuindo a estes a aplicação das mesmas regras referentes aos negócios jurídicos.

Ainda quando da fase de tramitação inicial na Câmara, o Professor José Paulo Cavalcanti fez crítica quanto à formulação verbal. Dizia que a formulação amplamente difundida na doutrina nacional, destacando Soriano Neto, Pontes de Miranda, Vicente Ráo, Orlando Gomes e o próprio autor, era a de “atos jurídicos em sentido estrito”, e não a de atos jurídicos lícitos.

Dizia que a expressão era equívoca, pois os atos jurídicos que não são negócio não se esgotam nos atos jurídicos em sentido estrito. Além disso, criticava o projeto por contemplar os “atos jurídicos lícitos” em dois sentidos, posto que na redação dada ao artigo (art. 185), engloba também os negócios jurídicos, para referir, depois, aos outros.

Torquato Castro, outro ilustre professor pernambucano que integrava a comissão, defendeu a redação do projeto e do artigo, dizendo ser utilíssima a inovação.

Na Câmara a proposta acabou indo além e para pior, pois se pretendeu simplesmente eliminar a distinção (emenda supressiva 237), o que foi rejeitado.

A doutrina difere os negócios jurídicos dos atos jurídicos em sentido estrito, como exposto acima, o que Francisco Amaral (*Direito civil*: introdução, p. 352 e 353) bem sintetiza: “Ato jurídico em senso estrito e negócio jurídico são manifestações de vontade, mas diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos. Quanto à estrutura, enquanto no primeiro temos uma ação e uma vontade simples, no segundo, temos uma ação e uma vontade qualificada, que é a de produzir um efeito jurídico determinado. No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos. ...O ato jurídico em senso estrito não tem esse conteúdo. A vontade que exprime não se dirige à produção de efeitos

jurídicos específicos. Eles dependem da lei, onde já estão previstos”.

A inovação seguiu a linha do Código Civil português, é verdade, mas poderia ter atendido ao que já era pacífico na doutrina, ainda mais quando se distingue o puro ato jurídico como gênero, o ato jurídico estrito senso como espécie, além da outra espécie, que é o negócio jurídico. O Código teria ganhado em precisão terminológica e evitado possível confusão, principalmente no período inicial de aplicação.

### *Título III* **DOS ATOS ILÍCITOS**

**Art. 186.** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*

*A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, § 823; Código Civil suíço, art. 41 do Livro V; Código Civil italiano, art. 2.043; Código Civil português, art. 483<sup>º</sup>; Código Civil paraguaio, arts. 1.833 e 1.834; Código Civil francês, arts. 1.382 a 1.384.

**BIBLIOGRAFIA:** MARTINS, Ives Gandra da Silva e GRECO, Marco Aurélio. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1999. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, s.d. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo sofreu modificações não só de redação como de amplitude de cunho declaratório quando passa a referir-se ao dano moral.

A supressão da segunda parte, que remetia à liquidação da obrigação de indenizar, tem razão de ser, pois na Parte Geral, neste título se está buscando reger de forma ampla o ato ilícito, que não pode ser considerado como algo fora do Direito, mas como inerente a ele, pois o ato ilícito provoca efeitos na ordem jurídica, ainda que não desejados por quem o praticou, ou se omitiu.

É curioso que o projeto de Clóvis não previsse o ato ilícito na Parte Geral, mas só no Livro das Obrigações, como uma das causas geradoras das mesmas. Convém lembrar suas magoadas observações:

“No *Projeto primitivo*, o ato ilícito aparecia somente como causa geradora de obrigações no livro respectivo. A Comissão revisora destacou-o, porém, na parte geral, sem atender a que lhe faltava para isso a necessária amplitude conceitual, e alterando, assim, o sistema do Projeto. Alteração mais profunda proveio da emenda do Senado, que introduziu no conceito do ato ilícito a menção da culpa, estranha ao *Projeto primitivo* e que a Câmara não julgara necessário acrescentar ao dispositivo”.

Distinção básica que desde logo cabe fazer é entre ato ilícito e negócio ilícito.

O negócio ilícito, no sistema, é reprimido pela ineficácia, isto é, a vontade das partes de produzir determinados efeitos não é considerada, porque só há negócio jurídico produtor de efeitos jurídicos quando for conforme à lei (art. 104, II).

Já o ato ilícito faz nascer para quem teve seu direito violado e sofreu o dano, ainda que meramente moral, o direito de ver reparado tal dano, mediante um sistema de reação do Direito. No caso de violação, nasce para o titular do direito a pretensão da reparação (art. 189, 1ª parte), por estar, quem causa dano por ato ilícito, responsabilizado, isto é, obrigado a reparar (art. 927, *caput*).

O ato ilícito, como se vê, é entendido como ato condenável pelo Direito. No campo civil, o ato ilícito leva à reação do sistema à medida que exista dano a ser reparado. Não interessa só o ressarcimento da vítima, mas prepondera tal ótica, que começou a sofrer abalos maiores justamente em razão do denominado dano moral e dos princípios da eticidade e da socialidade, que permitem sancionar com finalidade social, como se vê do parágrafo único do art. 883.

Analisando o texto atual, podemos dizer que basicamente a caracterização do ato ilícito continua sendo pela culpa (que engloba o dolo, evidentemente), o nexo de causalidade entre o ato culposo e o dano, e este, o dano.

Cumprido lembrar que o ilícito geralmente é referido à violação direta da lei, mas não se pode deixar de admitir que pode existir uma violação direta à norma individual do negócio jurídico, contrato, e, pois, mais remota da lei. Nesse caso, teremos o que se pode classificar de ilícito contratual, que será disciplinado pelos arts. 389 e seguintes deste Código.

Aqui estamos voltados para o ato ilícito como gênero, sempre como

violação à lei, portanto da contrariedade de um dever jurídico.

O ato ilícito pode ser fruto de uma conduta ativa ou passiva do ser humano, podendo a pessoa ter agido tendo ciência dos resultados do referido ato, assumindo-os de qualquer forma. É o que se tem por *ação ou omissão voluntária*. O dolo sempre é repudiado de forma mais grave pelo Direito.

O ato ilícito pode ser fruto, ainda, de mera *negligência ou imprudência*, que caracterizam a culpa, porque não desejado o resultado danoso, ou violador de direito, a outrem, mas o comportamento da parte não atende aos deveres de conduta das pessoas em sociedade, que são os de diligência e prudência.

Porém, não é qualquer ilícito que causa dano a outrem, ou viola direito alheio. Quando o direito é violado e causa dano, em razão do ilícito, é que temos uma relação entre o comportamento do causador e o dano da vítima. Este é o nexo de causalidade.

Sofrido dano, causado por outrem, deve ser indenizado. Destaque-se que esse dano pode ser só material, ou patrimonial, apenas moral, ou moral e patrimonial simultaneamente.

A possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral sempre foi ponto de discussão doutrinária, e o projeto do Código visava pôr fim à resistência quanto a sua indenizabilidade. Com a demora na tramitação do projeto, coube ao inciso V do art. 5<sup>º</sup> da Constituição Federal de 1988 acabar com as resistências.

Um ponto importante a ser destacado é que, embora o contido na idêia original de que ao autor do ato ilícito danoso incumbe o pagamento da indenização, tendo em vista as relações socioeconômicas entre as pessoas terem crescido vertiginosamente, com progressão do volume de violações e danos, visando o equilíbrio dessa situação, o Direito, por vezes, deixa de responsabilizar diretamente quem pratica o ato, o que será analisado a partir do parágrafo único do art. 927.

As classificações da culpa e o modo de indenização do dano serão detalhadamente analisados por ocasião dos comentários dos arts. 927 e seguintes deste Código, ou seja, o Título XI do Livro I da Parte Especial — “Da responsabilidade civil”.

***Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 334<sup>º</sup>; Código Civil paraguaio, art. 372.

**BIBLIOGRAFIA:** CARRANZA, Jorge A. *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 1983. MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. MOLINA, Juan Carlos. *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1969. NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. ROTONDI, Mario. *L'abuso di diritto — "aemulatio"*. Padova: CEDAM, 1979. VALLADÃO, Haroldo. *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobeña*. Pamplona: EUNSA, 1969. v. 1. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*; parte geral. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Ed. Civitas, 1977.

**COMENTÁRIOS:** O Código introduz aqui mais uma figura nova no direito positivo privado brasileiro: o abuso de direito, ou seja, de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido.

A doutrina constatou que a expressão “abuso de direito” foi utilizada pela primeira vez pelo autor belga Laurent, quando estudava decisões judiciais francesas, que, na fase inicial de vigência do Código Civil francês, condenavam pessoas que exerciam atividades que causavam incômodo, ou visavam prejudicar vizinho, ou efetivamente prejudicavam. Da análise concluiu que o fundamento das condenações fora o abuso de direito.

Nas origens mais primitivas do Direito Romano, quando não se falava diretamente de abuso de direito, podiam-se divisar três institutos que traziam dentro de si o seu embrião.

Foram os institutos da *aemulatio*, a *exceptio doli* e as regras sobre as relações de vizinhança.

*Aemulatio* significa o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem. Com o curso do tempo foi sendo ampliada a sua aplicação, que acabou abrangendo os atos nas relações de vizinhança.

A *exceptio doli* (exceção substantiva) era um meio de defesa em face de uma *actio* injusta, tendo estreita ligação com a boa-fé.

As relações de vizinhança, que deram origem às servidões prediais,

serviam para impor limitações tendentes a obter uma convivência pacífica entre os vizinhos.

O abuso de direito não foi inserido no Código Napoleônico, o que levou a jurisprudência francesa a criá-lo e desenvolvê-lo, sendo objeto da análise de Laurent.

A BGB dispôs sobre o tema, como primeiro Código a fazê-lo, no § 226, que, por exigir o fim precípua de causar dano a outrem, não serviu de base a inibir atos atentatórios à boa-fé, pelo que se passou a invocar mais o § 826.

Na Itália não foi o instituto recepcionado no direito positivo, e mesmo na doutrina houve quem não entendesse importante sua aplicação, em razão do apego ao conceito de direito subjetivo, que está presente quando se fala no exercício de um direito. Scialoja foi um grande contestador da utilidade do abuso de direito.

Mario Rotondi, em *L'abuso di diritto — aemulatio*, lembra que *abusus*, palavra latina, tinha o significado original de consumir, destruir, usar intensamente, o que levou a na expressão “abuso de direito” entender-se a palavra “abuso” como “um mau uso, reprovável ou reprovado, ilegítimo ou tendente a tanto, de um direito por parte de quem é titular do mesmo”. Para o autor, este acaba sendo um conceito primário, à falta de textos legislativos para se alcançar a definição jurídica. É de referir que a obra foi escrita em 1922/1923.

No Brasil a obra monográfica pioneira foi a de Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, cuja primeira edição foi em 1935, e hoje, devidamente atualizada por José da Silva Pacheco, circula como terceira edição.

O Código Civil grego, no art. 281, acabou incorporando a formulação inicial alemã e indo além, a ponto de ter servido de base para o art. 334<sup>a</sup> do Código Civil português.

Limongi França, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, assim conceitua o abuso de direito: “um ato jurídico de objeto lícito mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

Com entendimento próximo tem-se Juan Carlos Molina: “cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para si y causando daños a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por daños causados”.

Tentativa histórica da introdução no sistema positivo brasileiro de direito material ocorreu no anteprojeto de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, apresentado sob a denominação de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, do Professor Haroldo Valladão, como art. 11, sob a rubrica “Condenação do abuso de direito”.

Em trabalho constante dos *Estudios de derecho civil — en honor del prof.*

Castan Tobeñas, v. 1., o Prof. Valladão disse: “Esse princípio supremo de justiça social, que é a condenação do abuso de direito, evidentemente não pode ficar apenas num dos vários Códigos ou das várias Leis, existentes no país.

É fundamental, básica, deveria estar na própria Constituição.

No plano da legislação ordinária o seu lugar é no princípio de todas as leis, na Lei Preliminar, na Lei Introdutória, na Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”.

O abuso aparece, no nosso novo Código, no Título III — “Dos atos ilícitos”, e é referido como sendo ato ilícito. Esse tratamento conjunto não causa prejuízos ao seu exame, mas desde logo se pode adiantar que para outros direitos positivos e para boa parte da doutrina, não cabe falar do abuso de direito como ato ilícito, como se vê de Lúcio Flávio de Vasconcellos Naves (*Abuso no exercício do direito*).

Analisando o texto do artigo vemos que o exercício de direitos não é algo ilimitado, um comportamento sem freios. A boa-fé e os bons costumes são limites fixados pela lei, tanto quanto o fim econômico ou social também se apresenta como um limite ao exercício.

São limitações de ordens diversas.

A boa-fé e os bons costumes são limites a todo e qualquer exercício de direito, enquanto o fim econômico ou social é específico do negócio.

A natureza jurídica do abuso de direito sempre foi alvo de discussões doutrinárias. Pedro Baptista Martins expõe confrontando, de um lado, os defensores da teoria subjetivista, que entendem como elemento essencial ao abuso de direito a intenção de prejudicar alguém; do outro, os objetivistas, para os quais o abuso de direito é caracterizado pelo exercício irregular deste, em desacordo com os seus usuais e legítimos interesse e destino.

Tais colocações trazem uma atualização, já referida, constante de nota introdutória, com indicação bibliográfica posterior à segunda edição, de 1941.

A construção doutrinária contemporânea tem em Claus Wilhelm Canaris seu grande desenvolvedor, como enfaticamente refere Menezes Cordeiro, cuja obra, *Da boa-fé no direito civil*, já nos vem servindo de base nos comentários a este artigo.

Conforme a linha expositiva de Menezes Cordeiro, a análise do abuso de direito começa pela locução *venire contra factum proprium*, que significa o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, ou seja, dois comportamentos da mesma pessoa, que são lícitos entre si, e diferidos no tempo. O primeiro comportamento, o *factum proprium*, é contrariado pelo segundo.

O princípio do *venire contra factum proprium* tem fundamento na confiança despertada na outra parte, que crê na veracidade da primeira manifestação, confiança que não pode ser desfeita por um comportamento contraditório. Pode-se dizer que a inadmissibilidade do *venire contra factum proprium* evidencia a boa-fé presente na confiança, que há de ser preservada.

Daí o dizer de Franz Wieacker (*El principio general de la buena fe*, p. 62): “... el principio del *venire* es una aplicación del principio de la ‘confianza en el tráfico jurídico’ y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira”.

Se é verdade que não é possível ao Direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta, pois a proibição seria, mais que uma abstração, um castigo, inibidor das potencialidades das surpresas, do imprevisto na vida humana, segundo Judith Martins-Costa, em *A boa-fé no direito privado*, p. 470; é verdade, também, que o Direito tem de proteger a boa-fé de quem, como contraparte, confiou no fato primeiro da parte declarante da vontade, e passou a desenvolver a relação negocial, em função da confiança naquela declaração (*factum*).

Em decorrência, chega-se a uma afirmação extremamente relevante, é que o princípio visa impedir a supressão do fato próprio, porque isso provocaria uma iniquidade, pois frustraria a confiança gerada e suas conseqüências, evidentemente, desde que o confiante tenha desenvolvido atividades, condutas, que não ensejem retorno ao ponto inicial.

Menezes Cordeiro entende que essa colocação doutrinária encontra respaldo no Direito português, exatamente no art. 334<sup>º</sup>, que se refere à boa-fé como respaldo visando impedir o abuso de direito, que se caracteriza com o *venire contra factum proprium*. Com muita precisão diz (*Da boa-fé no direito civil*, p. 769 e 770):

“...O *factum proprium* impõe-se não como expressão da regra *pacta sunt servanda*, mas por exprimir, na sua continuidade, um fator acautelado pela concretização da boa-fé...”.

Outro fator a inibir o abuso de direito, conforme Menezes Cordeiro (*a partir daqui nossa exposição está fundamentalmente expondo uma síntese do eminente autor português*), é a inalegabilidade de nulidades formais, a que se deu causa. Diz que as mesmas razões extrajurídicas que deram base à proibição do *venire contra factum proprium* incitam ao cumprimento dos negócios livremente celebrados, ainda que sem observância de forma.

A origem dessa formulação foi na Alemanha, via jurisprudencial, e evidenciou a decadência da *exceptio doli*. Foi um desenvolvimento tão vigoroso que, mesmo sendo *contra legem*, e com oposição doutrinária, o requisito do dolo inicial cedeu lugar à situação da pessoa contra quem se alega o vício formal. Só com o aporte doutrinário de Canaris é que se passou a dar fundamento e correta identificação à figura da inalegabilidade das nulidades formais.

Assim, evidenciou-se como primeiro requisito o de que haja boa-fé subjetiva de quem invoque a inalegabilidade, portanto, de quem desconhecia a necessidade formal, quando da celebração do contrato. É lógico que a falta de forma ou a negligência grosseira prejudicam sempre. Como segundo requisito, que a inalegabilidade só é justificável quando a anulação do negócio implique efeitos “não apenas duros, mas insuportáveis”, para a parte, porque esta investiu confiança, na celebração do negócio, como algo importante, de maneira que a nulidade só ocorreu em razão da outra parte, e que a finalidade da forma prevista

em lei não tenha sido fraudada. Logo, não pode haver outra solução para o caso que não a inalegabilidade da nulidade formal.

O esforço doutrinário de Canaris, segundo Menezes Cordeiro, não trouxe respeito a todos os requisitos por parte da jurisprudência, ainda que sua formulação conceitual o tivesse obtido, conceito que é o seguinte: “o doloso provoca na outra parte a impressão de que o negócio é eficaz e assume, assim, a confiança desta: deve responder, pois, pela situação de confiança obtida”. Com isso a inalegabilidade decorreria da proibição do *venire contra factum proprium*.

Ao fazer a análise para o Direito português, Menezes Cordeiro entende que a conclusão de aplicação ao abuso de direito no Direito alemão consegue ser explicada e exemplificada, como se seguirá, mas não pode ser admitida como aplicável ao Direito português, que não está obrigado a se socorrer das regras relativas ao enriquecimento sem causa, em razão de vedação expressa do seu art. 289<sup>o</sup>.

Convém trazer a conclusão do Direito alemão: “...Quando o abuso consista no exercício de um direito envolvido em nulidade formal, em termos tais que, pelo sentido da nulidade implicada, haja violação da boa fé, o suster do abuso pode implicar a manutenção da situação jurídica que, visada pelo negócio nulo, foi proscrita pelo Direito. O que é dizer: implica, por incompatibilidade, a extinção do próprio direito de que se abusou. Esta solução não é, dogmaticamente, descabida. A sua articulação com a doutrina da confiança, conjugada com a idéia de sistema móvel, representa a forma mais completa de a encarar...” (p. 794).

A construção do abuso de direito não parou aí, passando pela fase de invocação da *suppressio* e posteriormente da *surrectio*.

A *suppressio* é a situação de inércia no exercício de direito, por um lapso de tempo, que não permite mais o exercício, por contrariar a boa-fé. Tal conceito ensejou confusão com caducidade, ou decadência, preclusão. Verifica-se que não há confusão possível, porque não se falou em extinção do direito, tanto quanto nas outras figuras referidas não se tem a necessidade da boa-fé. Em alemão tem-se a denominação *Verwirkung*, que não alcançou tradução na língua portuguesa, razão pela qual remanesceu na expressão linguística latina: *suppressio*.

Em razão da violenta inflação por que passou a Alemanha, foi recebida como conquista proporcionada pela boa-fé para o Direito a revalorização monetária, que para nós é a correção monetária, que ensejou a supressão do princípio nominalista, pelo qual as dívidas expressas em dinheiro deviam manter o valor nominal. Essa colocação inicial da jurisprudência corrige uma distorção quanto à posição do credor. O objetivo é o reequilíbrio das prestações. Ocorre que, se não for exercido tal direito em prazo razoável, a correção do débito pode atingir montante insuportável para o devedor. Tais situações ensejaram outra forma de supressão, também fundada na boa-fé, na busca da ponderação, do equilíbrio.

Tal formulação ultrapassou o âmbito inicial e passou a atingir vários outros

ramos e campos do Direito.

A recondução à boa-fé encontrou dificuldades na explicação da hipótese da demora do credor quanto ao exercício do seu direito. Acabou prevalecendo a idéia de que o fundamento é o do *venire contra factum proprium* (caracterizado o decurso de tempo como expressão do *factum proprium*) e, para outros, no exercício inadmissível dos direitos.

Constata-se que não há necessidade de culpa, ou de quaisquer elementos subjetivos, e se tem afirmado que não é aplicável se houver outra solução, com o que tem caráter eminentemente subsidiário.

Jürgen Schmidt, reformulando o estudo da boa-fé, em 1981, com base na influência da efetividade social sobre as normas jurídicas, adaptando estas em função daquela, diz que as regras codificadas, sob influência da efetividade, por sua diversidade, constituem-se em leis especiais, com o que, sobre elas e como complementação do direito legislado, há a lei geral, que faz desaparecer um direito que não corresponda à efetividade social (*supressio*), como faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que na efetividade social era tido como presente (*surrectio*).

Esclarece o autor que em verdade quando o Direito dá primazia à efetividade social tem-se a lei especial, o que, porém, não deve levar ao raciocínio simplista de se afirmar que, na falta da lei especial, cai-se na geral, pois tal raciocínio impediria qualquer complementação, portanto integração, mediante a *supressio*. Assim, a influência da efetividade social sobre o jurídico, quando ocorre, é lei especial no sentido axiológico-material, e não substancialmente conceitual, posto que refletidor da repercussão do tempo nas situações jurídicas.

Menezes Cordeiro observa que essas idéias de Jürgen Schmidt sugerem uma idéia de generalidade, mas tal concepção é superficial, porque só seria viável se os valores da generalidade, repetidamente, pudessem prevalecer na aplicação concreta, frente a outros valores, de outra ordem, mais intensos. Lembra que a jurisprudência criadora da *supressio* foi sempre parcimoniosa.

Isso nos permite frisar que a proporcionalidade é o meio de aplicação da *supressio*, mesmo porque, e tal qual a *surrectio*, é um remédio extraordinário.

Menezes Cordeiro diz inaplicável o sistema no Direito português em razão do tratamento diverso, e para ele mais perfeito, quanto à *repercussão do tempo* nas situações jurídicas, começando por não limitar a prescrição às pretensões, como faz o § 194, da BGB. Assim, o Direito português inclui, na prescrição, todos os direitos potestativos e imateriais, só excluindo os indisponíveis, ou exceções expressas, às quais se aplica a decadência. Daí concluir que por codificada a influência do tempo nas situações jurídicas de modo conclusivo, de forma a que todos os direitos subjetivos estejam sujeitos ao tempo, através de regras precisas, não há espaço para a complementação das regras visando adequar a regulação normativa às realidades fáticas.

Mas, à luz do art. 334º do Código Civil português, cabe a aplicação de ambas, *supressio* e *surrectio*, quando do abuso de direito, porque refletidoras de

uma justiça individualizadora, através da ponderação das circunstâncias específicas de cada caso concreto, nas relações sinalagmáticas e comutativas.

Outra forma de abuso do direito trazido pela doutrina contemporânea é referida pela fórmula *tu quoque*, que expressa a idéia de que o violador da norma, se quiser exercer a situação jurídica que tal norma confere, comete abuso de direito. É, na verdade, expressão do conhecido brocardo latino *turpitudinem suam allegans non auditur* (não se pode alegar sua própria torpeza), e que no Direito inglês vem expresso lapidadamente, segundo Judith Martins-Costa, como *equity must come with clean hands* (equidade deve vir com as mãos limpas), ou, ainda como refere Wieacker: *the one who wants equity must do equity* (aquele que quer equidade deve praticar equidade).

Segundo Judith Martins-Costa essa forma não deixa de ser um desdobramento do *venire contra factum proprium*, que vem sendo estudado na teoria dos atos próprios. Nesse estudo se põem duas perspectivas, uma sob a expressão *tu quoque* e a outra sob o *venire contra factum proprium*.

Na forma *tu quoque*, tem-se concretização através da exceção de contrato não cumprido, constante do art. 476. Logo, de aplicação aos contratos sinalagmáticos.

Menezes Cordeiro lembra que o sinalagma traduz a existência e a configuração dos deveres contrapostos, os quais perderiam a identidade e o sentido que os definem não fosse a dependência genética, condicional e funcional dos deveres interligados. Assim, o *tu quoque* implica que qualquer atentado a uma das prestações, devidas em reciprocidade, representa um atentado a sinalagma, alterando sua harmonia por atingir a outra prestação.

Daí dizer que o *tu quoque* não se socorre de modo imediato da boa-fé, porque é já uma função explicativa e sistematizadora, na medida em que firma a estrutura real do sinalagma, mediante a determinação precisa dos deveres; e exigir que a exceção só seja argüida quando ocorrerem perturbações materiais (excluídas, portanto, as formais), sob pena de cominação de abuso.

Desse conjunto de espécies há que se buscar o conceito unitário de abuso de direito.

Fala-se em teorias internas e externas, conforme proposta de Siebert, em obra em alemão sem tradução, conforme referido por Menezes Cordeiro. Nas teorias internas, o abuso seria expressão do próprio conteúdo do direito subjetivo, delimitado para evitar excessos. Nas externas, haveria uma contraposição das normas garantidoras do direito subjetivo e as limitações ao seu exercício, que dariam o conteúdo do abuso.

À luz das teorias internas surgiram as primeiras decisões que caracterizaram como abuso quanto à propriedade, que, sendo um direito subjetivo por excelência, no sistema do Código Napoleônico incluía o direito de gozar da coisa com caráter absoluto, dentro dos limites da lei e dos regulamentos. Aqui o abuso era algo permitido dentro de limites, sem que o abuso formal possa ser considerado ilícito. Daí Josserand haver desenvolvido a sistematização da necessidade de respeitar a função dos direitos no seu exercício, de sorte que o

abuso vai ser caracterizado com as próprias normas que criam o direito. Daí se falar que se procura no seu interior. O estudo do abuso pelos seguidores da teoria interna levaram à crise, como num beco sem saída.

As teorias externas partiram para reduzir o abuso a uma limitação comum do direito subjetivo, portanto sem qualquer autonomia dogmática. Menezes Cordeiro propõe rejeitar as teorias internas, porque “nenhuma interpretação de normas ‘jussubjetivas’, por inventiva que se apresente, conseguiria por si, justificar e, muito menos, alcançar, a riqueza de soluções que se viu obrigadas à *exceptio doli*, ao *venire contra factum proprium*, às inalegabilidades formais, à *suppressio* e à *surrectio*, ao *tu quoque*...”.

Quanto às externas, que entendem o abuso de direito como produto de contraposição entre normas que instituem o direito subjetivo e normas que lhe delimitam o exercício, ensinam caracterizar os comportamentos relativos aos direitos subjetivos que violem as normas delimitadoras, seriam os comportamentos abusivos. Essa formulação não se mantém, uma vez que fora dos limites não há direito, portanto, não há como se falar em abuso.

Menezes Cordeiro conclui que o abuso de direito se caracteriza por uma disfuncionalidade intra-subjetiva, utilizando-se para tanto da obra de T. Parsons (*Social systems and the evolution of action theory*), em que argumenta que a ação traduz os aspectos do comportamento que concernem diretamente ao sistema; o sistema social postula uma interação de ações em termos ordenados com certa persistência; o indivíduo atuante integra-se no sistema à medida que os seus comportamentos sejam ações no sentido exposto. A ação desviada é disfuncional. A possibilidade de desvios nos comportamentos implica mecanismos de controle social, que é uma ordem normativa.

Agrega o autor luso que a não-funcionalidade é pressionada para o sistema e a disfuncionalidade é combatida. Mas a essa tendência opõem-se forças contrárias, como se pode dizer do abuso de direito, que é uma aspiração de atuação não funcional de direitos subjetivos no interno da sociedade.

Assim, ações contrárias às situações de confiança, ou contra situações protegidas pelo Direito, são disfuncionalidades perante o sistema.

Todas as hipóteses estudadas revelam que as soluções do sistema, na proteção da confiança, da aparência, do relevo de situações jurídicas materiais, para superar o formalismo, em coibir o abuso de direito, têm como fundamento a boa-fé.

Para muitos o abuso não deveria ficar caracterizado como ato ilícito, como se vê de Orlando Gomes, aceito por Luiz Flávio Vasconcellos Neves.

Orlando Gomes em *Introdução ao direito civil*, p. 140, n. 68, remete à colocação de que era equiparado aos atos ilícitos em razão dos efeitos, com o que a sanção ao abuso de direito ficava exclusivamente nas perdas e danos. Mas já referia que “a ampliação do conceito tornou insuficiente esse regime repressivo”. Daí “...Até no campo dos direitos patrimoniais, aceita-se, hoje, a sanção *in natura*, mais apropriada, em certos casos, para o fim visado, do que a indenização...”. Por fim conclui: “Não havendo determinação legal de sanções

específicas, a escolha da mais eficaz há de ficar ao prudente arbítrio do juiz”.

Luiz Flávio Vasconcellos Naves entende que cabe a “redução” do exercício do direito, na hipótese de abuso, a seus mais estreitos limites (no que está absolutamente correto), mas que descabe a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, com reparação patrimonial, porque falta ao ato a “antijuridicidade”.

Há que se observar que ambas as obras não tiveram oportunidade de apreciar o texto do novo Código Civil, com o que não se pode dizer que a crítica remanesceria, pois dizendo a lei que é ilícito, descabe ao intérprete negá-lo, já que tal qualificação é exclusiva da lei.

É de anotar, sobre a questão, o ocorrido na reforma do Código Civil argentino, através da Lei n. 17.711, de 26-4-1968, que revogou o texto original dos arts. 1.071, 2.513 e 2.514, sendo que o 1.071 expressamente dispunha não constituir ato ilícito o abuso, e, com a nova redação, no dizer de Jorge A. Carranza, em *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, conclusões 7ª e 8ª, passou a caracterizar ato ilícito.

Por outro lado, o próprio Orlando Gomes já se referia a outras formas sancionatórias, o que não elide, inclusive, a forma indenizatória, desde que haja dano, como expressamente anota Luiz Roldão de Freitas Gomes (*Elementos de responsabilidade civil*, p. 330).

Destaque-se que as construções doutrinárias sobre o abuso de direito, e muito particularmente sobre a boa-fé, trouxeram subsídios que evidenciam a prevalência do efeito paralísante, como, por exemplo, nos casos de exceção substantiva, e de excludente dos efeitos do ato abusivo, bem como nos dispositivos referentes ao abuso no direito de vizinhança, o que não impede, ainda, no caso de dano, em responsabilidade civil.

***Art. 188. Não constituem atos ilícitos:***

***I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;***

***II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.***

***Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.***

**CÓDIGO DE 1916: Art. 160. Não constituem atos ilícitos:**

***I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;***

***II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo***

*iminente (arts. 1.519 e 1.520).*

*Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil alemão, §§ 227 e 228; Código Civil suíço, art. 52 do Livro V; Código Civil italiano, arts. 2.044 e 2.045; Código Civil português, arts. 337<sup>a</sup>, 339<sup>a</sup> e 340<sup>a</sup>; Código Civil paraguaio, arts. 1.838 e 1.839.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. AMARANTE, Aparecida. *Excludentes de ilicitude civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. v. 1. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*; parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. v. 1. MARTINS, Ives Gandra da Silva e GRECO, Marco Aurélio. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1999. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*; parte geral. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. VIANNA, Ragner Limongelli. *Excludentes da obrigação de reparação de dano*. Tese de mestrado na PUCSP. São Paulo, 2001.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo trata das hipóteses denominadas classicamente excludentes de ilicitude, ou seja, em razão de certas circunstâncias, atos que normalmente seriam qualificados de ilícitos deixam de sê-lo em razão das hipóteses elencadas expressamente.

Tradicionalmente a doutrina refere que o ato deixa de ser ilícito, portanto que houve um ato tipificador de ilícito e depois há uma exclusão. É o que podemos ver em San Tiago Dantas (*Programa de direito civil*, p. 314): "...o ato ilícito é a violação de um dever jurídico, mas há casos em que a ilicitude desaparece...".

Tal colocação decorre de idêntica formulação no Direito Penal: "Exclusão de ilicitude:

Não há crime quando o agente pratica o fato:

(...)”. (CP, art. 23)

Ocorre que, em verdade, as hipóteses descritas nesse artigo do Código Penal, como deste, do Código Civil, não são tipificadoras de ilícito e posterior exclusão, mas hipóteses de atos lícitos. Pontes de Miranda já havia assim concluído no seu *Tratado* (t. 2, p. 271, § 182), referindo-se à “pré-exclusão da contrariedade a direito”: “contrariedade a direito, *menos* contrariedade a direito, *igual* a zero”. “Porque, se a regra jurídica A diz que é proibido (art. 159) e a regra jurídica B, especial, diz que não no é, no que corresponde ao conteúdo da regra jurídica B (art. 160, I e II), não há contrariedade a direito; portanto, não há ilicitude”.

Ragner Limongeli Vianna, em sua tese de mestrado na PUCSP, *Excludentes da obrigação de reparação de danos*, p. 98 e 99, disse com precisão:

“O ato praticado em tais circunstâncias não é antijurídico. Nosso Código Civil esboça uma definição do estado de necessidade, silenciando sobre as outras excludentes de antijuridicidade. Emprestou-as, pois, do Direito Penal, sem alterar-lhes o conceito e definição.

Com o mesmo efeito justificativo, inclusive, retira qualquer possibilidade de se pretenderem ilícitos os atos praticados em tais circunstâncias. Não são atos ilícitos por disposição expressa do *caput* do art. 160, do CC. Ademais, nem se poderia pretender assim qualificá-los ante a ausência de culpa”.

Portanto, o que se tem é uma falta de tipificação de ilicitude pela qualificação dada aos comportamentos especificados, ou seja, de não-inclusão na hipótese de incidência da norma expressa no artigo tipificador do ilícito, portanto comportamentos não violadores do mandamento, a ensejar a sanção específica.

A qualificação dessas hipóteses, dada pelo Direito Civil, é concorde com as dadas pelo Direito Penal, na referência a ilicitude, razão pela qual os autores se remetem reciprocamente aos daquele campo, quanto daquele para este, para o exame do conteúdo dos comportamentos tipificadores.

Por essa razão, reconhecida por Aparecida Amarante (*Excludentes de ilicitude civil*, p. 17 e s.), é que iremos referir a conceitos comuns ao Direito Penal.

Assim é que no inciso I do artigo em exame, temos a legítima defesa (art. 25 do CP) e o exercício regular de um direito (art. 24 do CP).

Para o Direito Penal, ao qual Clóvis remete o leitor, age em legítima defesa quem usa moderadamente dos meios necessários para repelir justa agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Realça o requisito da iminência, pois, se não o for, restará ao prejudicado como saída a provocação dos meios policiais, auxiliares na busca de ação junto ao Poder Judiciário.

O Código Civil admite o uso da legítima defesa, na situação prevista no art. 1.210, § 1º, que faculta ao possuidor turbado, ou esbulhado, que defenda sua posse por atos de defesa ou de desforço indispensáveis ao seu interesse.

Impõe-se observar que Pontes de Miranda distingue a legítima defesa da autotutela, no que foi seguido por Aparecida Amarante, cabendo transcrever

trecho elucidativo não constante de citação específica pela autora: “A auto-defesa e a auto-tutela são distintas: aquela é a manutenção do estado presente, contra o ataque, *contrário a direito* (legítima defesa), ou por força física (estado de necessidade); essa não raro confundida pelos juristas, é a justiça de mão-própria, que quase se extinguiu com a passagem da tutela jurídica ao Estado...” (*Tratado de direito privado*, p. 274, § 183).

Tendo em vista que o inciso I não se encontra na previsão do parágrafo único, fica a dúvida sobre se é de exigir respeito à proporcionalidade, ou não.

De acordo com Clóvis, a repulsa não deve exceder o necessário para efetuar a defesa, enquanto do Código Penal, art. 25, tem-se: “usando moderadamente dos meios necessários”.

Pontes refere-se ao princípio da proporcionalidade, o que também é feito por Planiol e Ripert.

O dispositivo em exame inclui o exercício regular de um direito reconhecido. Desde logo se põe o problema de que cada direito tem uma extensão própria, com o que não se pode falar em padrão único de avaliação, mas, sim, de necessidade do exame de cada caso. Além disso pode ocorrer a colisão de direitos, ou seja, direitos contrapostos, que deve ser solucionada conforme critérios temporais, ou pelo critério de igual sorte, quando se terá o mesmo efeito para as partes.

É evidente que o critério antigo de que quem usa de seu direito tem o direito de usá-lo integralmente, sem preocupação com ninguém, já está superado, por representar visão eminentemente individualista e contrária aos princípios éticos e da socialidade.

Não se admite, é evidente, o abuso de direito, que é agora reputado ilícito, e porque feriria o critério da razoabilidade, segundo Caio Mário (*Responsabilidade civil*, p. 316).

O que deve orientar o exame e a avaliação do exercício regular são os princípios que regem o próprio Código, como os da eticidade e da socialidade, o qual passa pela solidariedade social.

Analisemos, agora, o inciso II. Neste caso ocorre o sacrifício de um valor patrimonial de terceiro visando evitar uma catástrofe. Para a doutrina, é hipótese de estado de necessidade, como se vê de Clóvis, Pontes, até da obra recente de Aparecida Amarante.

Clóvis dizia que o Código de 1916 definia o estado de necessidade como “o determinado por perigo iminente, cuja remoção pode ir ao ponto de deteriorar ou destruir a coisa alheia (art. 160, II)...”.

O que sempre causou estranheza, desde a discussão do projeto de Clóvis, não foi a denominada exclusão de ilicitude, mas que o conjunto do art. 160 remetesse a disposições que determinam que os danos causados sejam indenizados, mesmo sendo lícitos os atos praticados.

Aquela tempo foi necessária a defesa do projeto, pelo Presidente da Comissão, contra críticas que viam conflito entre disposições baseadas no Código Civil alemão e no Código Civil português. Merece transcrição o texto do voto que

prevaleceu, pois outras vezes no Direito estrangeiro se insurgiram contra tal formulação, dizendo não poder haver direito de reparar por exercício de direito, como Von Thur e Enneccerus, conforme citação de Pontes.

É do seguinte teor o voto citado por Clóvis:

“A construção jurídica do Projeto (do Código Civil Brasileiro), afastando-se, quer da que se encontra no Código alemão, quer da que adotou o Código português, é a seguinte:

- a) Causar dano a outrem, por culpa ou dolo, constitui ato ilícito (art. 159);
- b) A legítima defesa e o estado de necessidade autorizam o dano, dentro de certos limites (art. 160);
- c) O dano injusto, resultante do ato ilícito, deve ser ressarcido, por quem o causou (obrigações resultantes dos atos ilícitos, arts. 1.518, 1.519 e seguintes);
- d) Também deve ser reparado o dano causado por necessidade, se o dono da coisa não for culpado do perigo (art. 1.519), muito embora esse dano seja autorizado por lei (art. 160, II).

Qual é a idéia dominante nessa construção jurídica? É que todo dano deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo.

Intervindo culpa ou dolo, tem-se o ato lícito, e o agente culpado ou doloso responde pelo prejuízo causado.

Não havendo culpa ou dolo, o agente é, ainda assim, obrigado a indenizar, salvo quando a outrem se deve atribuir a culpa do ato danoso.

Se o culpado é o próprio dono da coisa deteriorada ou destruída, afasta-se, então, a idéia da indenização; ele sofre as conseqüências de sua culpa (art. 1.519). Se o culpado é terceiro, o agente indeniza a quem for prejudicado, mas vai haver de quem, por negligência ou má fé, criou a situação, a quantia, que foi constringido a pagar (art. 1.520).

O encadeamento das idéias é lógico e tem um fundamento ético bem claro.

Se o eminente senador João Luís Alves nele descobriu contradição, é porque se colocou no ponto de vista da culpa, quando o ponto de partida do Projeto (do Código) é o do dano, e emprestou, assim, aos dispositivos, intenção diversa da que eles, naturalmente, tinham”.

A posição de Pontes de Miranda, específica quanto ao estado de necessidade, é no sentido da conclusão do voto acima:

“...A obrigação de reparar o dano incumbe ao agente, pois foi ele que o causou. Não importa se o fez para salvar coisa sua, ou a si mesmo, ou se para salvar outrem, ou a coisa de outrem”.

No mesmo sentido e com a precisão de sempre Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 310 e 311) esclarece os fundamentos de tal dever de indenizar, cabendo fazer a lembrança de que o art. 1.519, referido no texto, equivale ao art. 929 do Código vigente:

“Todavia, o campo da responsabilidade objetiva, isto é, da responsabilidade que não depende da culpa, é mais vasto, ficando compreendidos, dentro do risco, muitos casos que nada têm que ver com o

desenvolvimento das indústrias e transportes e que sempre foram resolvidos no sentido da responsabilidade sem culpa.

Não será, propriamente, a responsabilidade por um novo risco criado, ou aumentado, mas será a responsabilidade pelo risco de seus atos.

É caso típico, do que dizemos, o previsto pelo Código no art. 160 n. II, combinado com o art. 1.519...

Esses, e outros casos, cabem dentro da teoria do risco, atenta a sua fórmula: 'Todos devem suportar o risco de seus atos, culposos ou não' (cf. Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, vol. II, n. 183; e, ainda, Planiol, Ripert et Esmein, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo VI, n. 476).

Assim que, haverá sempre responsabilidade pelo risco, onde quer que ela apareça prescindindo do elemento culpa.

Já tivemos oportunidade de enquadrar, dentro da responsabilidade pelo risco, os casos de guarda e conservação da coisa alheia, como nos contratos de locação, comodato, depósito, que o Código regula...

198 — A hipótese de que cogita o Código no art. 160, n. II, combinado com o art. 1.519, é de responsabilidade pelo risco.

Aquele que destrói coisa alheia, para remover perigo iminente, não pratica ato ilícito e, pois, não há cogitar de culpa (art. 160, n. II).

(...)

Não obstante, a lei impõe responsabilidade.

Ela parte do pressuposto de que a vida e a saúde valem mais que os bens materiais.

E informa-se, ainda, num princípio de economia, porque, entre dois bens de valores desiguais, é lícito destruir o menos valioso, para salvar o que vale mais.

Embora se trate de ato lícito, manda o Código seja indenizado o dono da coisa, como resulta do art. 1.519. E aí está a obrigação de indenizar sem culpa”.

#### ***Título IV***

### ***DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA***

O Código começa a tratar, agora, da importância do tempo no Direito, pelo que vale a pena transcrever trecho de Eurico Marcos Diniz de Santi, em *Decadência e prescrição no direito tributário*, Max Limonad, 2. ed., 2001, p. 41:

“Sem passado e sem futuro, o direito não teria sentido. Nem a história, nossa história que foi ‘construída no esquecimento daquilo que Paul Valéry chamou de as duas maiores invenções da humanidade: o passado e o futuro’.

Calha, nessa reflexão, o argumento de Santo Agostinho que postula o não ser do tempo: ‘O passado não tem ser porque não é mais (*iam non est*), o futuro, porque ainda não é (*nodum est*), e o presente porque não permanece”.

Esse Título IV trata da prescrição e da decadência, dois institutos importantíssimos para a ciência jurídica e que ensejam muita dificuldade para a precisão no âmbito do Código anterior.

O Código Civil de 1916 não tratava da decadência com destaque, parecendo não conferir-lhe autonomia com relação à prescrição, ou seja, não disciplinava isolada e expressamente a decadência, denominada no Código português caducidade. Sem a disciplina legal, incumbiu à doutrina, e à jurisprudência, identificar dentre os vários casos especificados pela lei civil, sob a rubrica de prescrição, os que versavam, na realidade, sobre prazos decadenciais.

Cumpra lembrar que na doutrina portuguesa empregou-se o termo “caducidade” de forma a gerar equivocidade, ou seja, quando se quis dar-lhe o sentido da palavra alemã que Canaris usou para desenvolver a *suppressio*, isto é, *Verwirkung*. O que ensejou a seguinte observação de Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*):

“Pretende introduzir-se o termo *suppressio* para exprimir a *Verwirkung*. Na doutrina portuguesa já foram utilizados, com esse efeito, os termos caducidade e exercício inadmissível do direito. Mas sem razão: ‘caducidade’ é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa fé, goza de regime explícito — art. 328<sup>a</sup> ss.; ...Poderiam ser feitas outras tentativas: ‘decadência’, ‘inibição’, ‘paralisação’, ‘preclusão’ ou ‘perda’. Porém, a ‘decadência’ é usada por AA. Brasileiros com o sentido de caducidade...”

Se em Portugal houve atenção da doutrina mais recente para evitar o uso indevido do termo “caducidade”, que poderia levar o leitor à confusão, o mesmo não se deu com a espanhola, pois na tradução da obra de Wieacker *El principio general de la buena fe* (p. 62) se encontra:

“Hoy en día se acepta que son casos de aplicación del *venire contra factum proprium* ‘la caducidad (*Verwirkung*) y ...”.

Fundamento comum de ambas as figuras é a necessidade de estabilidade e certeza das relações jurídicas. Ambas repousam no binômio tempo/inércia do titular.

No Brasil, à luz do Código de 1916, o maior expoente sobre prescrição e decadência foi Camara Leal, com sua obra *Da prescrição e da decadência*, que tem merecido reedições recentes, não se podendo deixar de mencionar a obra do Professor Nicolau Nazo, que foi sua tese de cátedra, *A decadência no direito civil brasileiro*, Max Limonad, 1959, e a recente de Carlos da Rocha Guimarães, *Prescrição e decadência*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

A comissão elaboradora do projeto inovou ao disciplinar os institutos separadamente e em Livros diferentes. Assim esclareceu o relator da Parte Geral, Moreira Alves (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, São

Paulo: Saraiva, 1986, p. 82 e 83):

“Disciplina o Título IV os institutos da prescrição e da decadência.

Na Parte Geral do Código Civil, alude-se, apenas, aos prazos de prescrição (arts. 214 e 215); os de decadência deverão ser colocados na Parte Especial. Ademais — e para evitar a controvérsia sobre se a ação prescreve — adota o art. 215 do Anteprojeto a tese da *prescrição da pretensão (Anspruch; pretesa)*.

Com relação à decadência, o Anteprojeto trata, apenas, de suas regras gerais. É de notar-se que ele distingue a decadência legal da convencional, para estabelecer que, quanto a esta, ‘a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer instância, mas o juiz não pode suprir a alegação’ (art. 219)”.

Importa salientar que os números dos artigos referidos na citação acima referem-se ao anteprojeto da comissão, não do que foi encaminhado oficialmente, daí a discrepância com aquele e a divergência com os do Código, que, inclusive, contém alterações no texto, como o art. 193, com referência ao 219 citado acima.

Alguns aspectos diferenciais entre os efeitos desses dois institutos estão em que a decadência não é suspensa nem interrompida, enquanto a prescrição o é nos casos expressamente previstos nos arts. 197 e seguintes. O prazo prescricional é fruto de previsão legal, ao passo que o decadencial pode tanto ser legal como resultar de acordo entre as partes.

Outro ponto diferencial concerne à possibilidade de a decadência legal ser reconhecida de ofício pelo juiz, independentemente de arguição do interessado (art. 210), não havendo possibilidade de tal fato para as situações relacionadas à prescrição.

Com relação à possibilidade de renúncia, destacamos o disposto no art. 191, o qual autoriza a renúncia da prescrição depois de consumada, não havendo artigo similar ao tratar da decadência.

Esses destaques prévios trazem um tratamento sistemático aos institutos, o que fez por merecer elogios de Lamartine Corrêa, quando da tramitação do projeto.

Para finalizar, cabe uma observação quanto à permanente referência da jurisprudência e da doutrina às ações imprescritíveis, particularmente as relativas aos direitos da personalidade, ou ao estado das pessoas, em razão de sua própria natureza e de seu valor no sistema, muito embora algumas hipóteses referidas acabem caracterizando não a perda da pretensão (prescrição), mas do direito em si (decadência). Clóvis dizia que o objeto da prescrição são os direitos patrimoniais.

## *Capítulo I* **DA PRESCRIÇÃO**

**Seção I**  
**Disposições gerais**

**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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil francês, art. 2.219; Código Civil paraguaio, art. 657; Código da Itália, art. 2.934.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: UTET, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Segundo Antônio Luiz da Camara Leal, a palavra “prescrição” procede do vocábulo latino *praescriptio*, com significado de escrever antes ou no começo.

Em nome da estabilidade e da segurança das relações sociais é que o exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente, devendo ser

exercido por seu titular em certo lapso temporal.

Luis Díez Picazo, em *La Prescripción en el Código Civil*, p. 56 e 57, procura analisar a prescrição sob dois aspectos, o estrutural e o funcional. Propõe a seguinte conclusão:

“a) Desde el punto de vista estructural la prescripción es un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho subjetivo tiene que ser ejercitado dentro de un período de tiempo razonable, porque es antisocial y contrario al fin o función para que há sido concedido el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

b) Desde el punto de vista funcional es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo. La idea de que la prescripción constituye una facultad del sujeto pasivo me parece importante en cuanto que permite construir en nuestro Derecho una figura de gran transcendencia que há elaborado la técnica alemana, como es el abuso de la prescripción”.

Verifica-se que houve a preocupação de conceituar em razão do direito positivo espanhol, da mesma forma que a definição de prescrição de Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado* (t. 6): “uma exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo período fixado legalmente, sua pretensão ou ação”. Quando de tal formulação o Código, o de 1916, não dava um conceito de prescrição, começando as disposições a ela relativas pela renúncia (art. 161).

Portanto, de um período de pura conceituação doutrinária, passamos a ter no direito positivo elementos de identificação.

No Direito Romano havia três fundamentos para a prescrição, segundo Camara Leal: “a) o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando controvérsias; b) o do castigo à negligência; e c) o do interesse público”. Mas, ressalta o autor, ainda que a prescrição ofereça diversas utilidades, não se deve confundi-las com seu fundamento, que é um só: o interesse jurídico-social, mesmo se reconhecendo que tenha certa penalidade indireta à negligência, portanto à violação do dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorra para a procrastinação de um estado antijurídico.

Cabe observar, sem que mereça aqui um aprofundamento, que em razão de a origem da prescrição, no Direito Romano, ficar próxima e ligada à da usucapião, é freqüente a referência à prescrição aquisitiva, com relação a este, o que mereceu de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 6) severa crítica, por entender que a prescrição é sempre extintiva.

Para que se configure a prescrição, a Professora Maria Helena Diniz apontava quatro requisitos, referindo-se ao Código de 1916: o primeiro seria a existência de uma ação exercitável em virtude da violação de um direito; o segundo, a inércia do titular em não exercê-la; a continuação desta inércia por certo período seria o terceiro requisito, e, por fim, a ausência de algum ato ou fato ao qual a lei tenha conferido eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Partindo-se do conceito posto pelo presente artigo verifica-se que é necessário rever e retificar tal colocação. Porque, e de maneira correta segundo

a maior parte da doutrina, não há referência a ação, no artigo, mas a pretensão, e é esta que se extingue pelo decurso do tempo. Além disso, a menção a algum ato ou fato impeditivo, ou suspensivo, do curso do prazo não entra no conceito, mesmo porque implicarão não-tipificação, ou mera forma alternativa de contagem do prazo.

A pretensão, segundo Larenz (*Derecho civil*; parte general), disposta no § 194 da BGB, como sendo “o direito de exigir de outrem um fazer ou omitir. Direito que está sujeito a prescrição”.

Ainda que sem usar o termo “pretensão”, C. Ruperto (*Prescrizione e decadenza*, p. 9) assevera: “A noi sembra che esattamente il Pugliese..., affronti il problema distinguendo i due piani su cui opera il giurista: quello della teoria generale e quello dell’interpretazione del diritto positivo. Come osserva l’autorevole scrittore, ‘no v’è dubbio, sul piano della teoria generale, che non uso e prescrizione, pur avendo un fondamento comune, sono istituti differenti, poichè in essi non si può non riflettere la differenza tra diritti reali e obbligazioni’: ed inverò ‘...il non uso prescinde dal comportamento del soggetto passivo (anzi dei soggetti passivi, poichè il diritto reale sussiste di fronte a tutti); la prescrizione invece suppone l’inadempimento del soggetto passivo, che è sempre precisamente individuato. Il non uso consiste nel mancato esercizio della facoltà relativa alla cosa, la prescrizione deriva dal mancato esercizio degli atti, com cui si intima al debitore di adempiere o se ne chiede la condanna in giudizio”.

Essa colocação é um tanto restritiva do conceito de pretensão, que resultou no texto do artigo em exame, posto que o conceito de prescrição no nosso direito atua, também, no âmbito dos direitos reais, tanto quanto no âmbito do direito alemão, como refere Larenz, à p. 314 da obra supracitada.

J. N. Vargas Valério (*A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*, p. 30 e 31), reportando-se a conceituações do Professor Reale, em obra inédita referida por Nazo, assim esclarece, com relação ao presente artigo:

“Miguel Reale entende que o conceito de pretensão dado por Windscheid, deve ser esvaziado, para ‘apresentá-lo como categoria funcional ou operacional, isto é, não como categoria jurídica autônoma, mas como um liame de realizabilidade entre direito subjetivo e ação’.

... Na realidade o que Reale diz é que o direito é um todo e deve ser analisado principalmente à luz de sua ‘realizabilidade’, daí a definição:

‘Pretensão é o vínculo deontológico de implicação necessária entre um direito subjetivo, ainda que suposto, e a ação adequada à realização garantida do interesse invocado”.

Daí a conclusão de Vargas Valério sobre o art. 189: “...só poderá ocorrer a prescrição da pretensão, permitindo inferir que ainda que extinta esta (no sentido de exigibilidade ou ação judicial) o direito permanece, justificando destarte a regra do art. 970 do Código Civil, a qual, acatando a melhor doutrina, diz que aquele que pagou dívida prescrita não tem direito a repetição. Direito de ação e pretensão no sentido dinâmico, pelos idealizadores do Projeto, são pois

termos unívocos”.

Não parece ser assim para Larenz, que diz: “La prescripción no es una causa de extinción, sino que sólo fundamenta para el obligado una excepción” (p. 328 da obra citada).

Também Díez Picazo diverge da conclusão tirada acima: “... ‘Anspruch’ es — se dice — un derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La ‘Anspruch’ — que pertenece al mundo del derecho substantivo — se distingue perfectamente de la ‘actio’, entendida como ‘ius persecuendi in iudicio’, que se correspondería en la terminología alemana con la ‘Klage’ o, acaso mejor, con el ‘Klagerecht’. Pero la ‘Anspruch’ se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona...” (*La prescripción en el Código Civil*, p. 35).

Foi bem por isso que se manteve na tramitação do projeto a pretensão, em lugar da ação, como se vê de Moreira Alves (*A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 150 e 151), que, após observar, com base em Pugliese, que o conceito de pretensão não é bem definido pela doutrina, em geral, mas que o correto, o que foi concebido como *Anspruch*, por Windscheid, foi aquele de Savigny, em *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Scialoja, v. 5, p. 5), transcreve:

“Il rapporto qui descritto nascente della lesione del diritto si chiama *diritto ad agire* od anche *azione*, quando si riferisca questa espressione alla semplice facoltà dell’offeso, la quale si manifesta in forma determinata, nel qual caso essa significa il fatto stesso dell’agire e quindi (ne presupposto del processo scritto) è sinonima di citazione o libello introdutivo. Qui può parlarsi soltanto dell’azione in quel primo (sostanziale) significato della parola, cioè del diritto d’agire: l’azione nel secondo significato (formale), ossia l’atto, mercè cui si fa valere il diritto, colle sue condizioni e forme, spetta alla teoria della procedura”.

Moreira Alves diz que esse foi o conceito adotado no Código.

Bem por isso, observamos, que o Código de Processo Civil, em seu art. 269, IV, é claro ao dispor que, ocorrido o pronunciamento do juiz acerca da prescrição ou da decadência, extinto estará o processo com julgamento do mérito. A prescrição foi instituída como matéria relativa ao *meritum causae*.

A confirmação dessa nossa assertiva tem-se na concepção de Windscheid, citada ainda uma vez por Pugliese, e transcrita por Moreira Alves, quanto à pretensão: “un diritto primario (in special modo di un diritto reale) e pertanto come una figura diversa sia da codesto diritto (il quale ne sarebbe il fondamento), sia dall’actio (la quale sarebbe condizionata alla mancata soddisfazione dell’*Anspruch*)”.

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

## **CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo também inova, não possuindo similar na legislação anterior, o que ensinava interpretações inaceitáveis, como as de que pela falta de previsão expressa só se admitia prescrição da pretensão, mas não da exceção, que, assim, tornar-se-ia imprescritível.

A ausência de dispositivo expresso no Código de 1916 obrigou a doutrina a enfrentar questionamentos sobre como podia ser argüida a prescrição. Muitos autores referiam que só mediante argüição como exceção, em juízo. Contra o que Camara Leal se insurgia, com apoio em respeitável doutrina estrangeira, formulando com precisão que (*Da prescrição e da decadência*, p. 86): “Argüir a prescrição não é determinar a sua eficácia, mas exigir que esta seja reconhecida, por isso que a prescrição já existia e havia operado os seus efeitos extintivos”. Muito embora, nas páginas seguintes, tivesse que observar (p. 87 e 88): “Não há dúvida que, ordinariamente, a prescrição se faz valer por via de exceção, por serem raros os casos em que haja interesse de fazê-la valer por via de ação; mas isso não a torna, necessária e exclusivamente, uma exceção, uma

vez que pode, também, embora raramente, servir de fundamento a uma ação”.

Verifica-se que o eminente autor estava mais preocupado com a exceção enquanto instrumento processual, quando não é esse o sentido dado pela doutrina à prescrição como exceção. É o que se pode ver de Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 352): “A prescrição entra na classe das exceções peremptórias, que excluem a intenção do autor, e podem ser apresentadas em qualquer fase do processo...”.

Realmente, a exceção aqui tratada é considerada um verdadeiro contradireito, elisivo da pretensão do autor. Larenz (*Derecho civil*, p. 321 e 322) assim explica o conceito de exceção:

“En conexión con el concepto de pretensión del Código Civil se halla su concepto de la excepción. El Código entiende por excepción un contraderecho dirigido principalmente contra las pretensiones, y caracteriza este contraderecho, en general, como un derecho a negar la prestación debida o el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del acreedor (cf. arts. 222, ap. 1, 273, ap. 1, 320, ap. 1, 478, ap. 1, 519, ap. 1, 526, párrafo 1, 633, ap. 2, párrafo 2, 770, ap. 1, 771, 821, 853, 1.973, 2.014, 2.015, 2.083 y 2.318, ap. 1). Ciertamente que el Código habla también de excepciones contra una hipoteca y contra un derecho de prenda (art. 1.137, ap. 1, arts. 1.157, 1.169, 1.211 y 1.254), esto es, contra derechos que no son pretensiones; no obstante, ello guarda relación con la finalidad de la hipoteca y la prenda en cuanto dirigidas a garantizar un crédito, y por ello son tratadas parcialmente por la ley como derecho en virtud de los cuales puede exigirse una prestación (cfr. art. 952, ap. 2). Sin embargo, por lo general entiende la ley por excepción un contraderecho dirigido contra una pretensión; contraderecho que está dirigido a impedir o atenuar permanente o transitoriamente la imposición de la pretensión. Aun cuando se oponga a la pretensión una excepción permanente, mediante la cual el oponente a la pretensión puede impedir a perpetuidad la imposición de ésta, la ley considera aún la pretensión como existente; por ello la pretensión puede ser cumplida aún voluntariamente. Si el titular de la excepción se abstiene de hacer uso de su contraderecho, puede imponerse también la pretensión judicialmente, pues el tribunal puede tomar en consideración el contraderecho solamente si ya ha sido ejercido procesalmente y este hecho es discutido en el proceso, o si el titular ejercita el contraderecho en el proceso. El contraderecho no procede cuando el titular de la excepción renunciare al mismo. Por tanto, la pretensión contra la cual se dirigía el contraderecho puede en este caso ser impuesta sin limitaciones. El sentido de la configuración de un contraderecho (en lugar de la extinción o de la limitación de la pretensión que se produce *ipso iure*) es que la ley deja a la decisión del titular de la excepción el cumplimiento de la pretensión no obstante el supuesto de hecho de la excepción, el dejar que se pronuncie en contra suya la condena, en caso de subsistir la pretensión, o el hacer uso de la posibilidad que se le ofrece con el contraderecho.

O eminente autor alemão diz que as exceções podem ser de três classes: as permanentes, as transitórias ou dilatórias e as que limitam a pretensão. As duas primeiras classes impedem a perpetuidade ou, por determinado período, se

exercitadas, a imposição judicial da pretensão. À permanente é que pertence a exceção da prescrição.

O prazo legal dado à manifestação desse contradireito é exatamente o estipulado para que o titular exerça sua pretensão, se a exceção não for levantada em um processo, isto é, uma decisão do seu titular que implica o cumprimento da pretensão. Portanto, a exceção nasce com o exercício da pretensão.

O dispositivo em exame tem relação com o art. 193 deste Código. A prescrição pode ser argüida, em qualquer grau de jurisdição, mas dentro de prazo igual ao conferido para a dedução da pretensão.

A justificativa deste artigo é a mesma apresentada no anterior, qual seja, a estabilidade das relações sociais, a tranquilidade da ordem jurídica.

**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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 161. 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.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil da França, arts. 2.220, 2.221 e 2.225; Código Civil português, art. 302<sup>º</sup>; Código Civil do Paraguai, art. 640; Código Civil italiano, art. 2.937; Código chileno, art. 2.494.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil: escritos diversos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código*

*Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo não sofreu alterações em face do art. 161 do Código Civil de 1916.

A renúncia pode ser conceituada como um ato unilateral, independente de aprovação ou aceitação de terceiro, por meio do qual ocorre a extinção de um direito por seu titular. Lembra-se que o agente desse ato deve ser plenamente capaz.

Só após sua consumação é que a prescrição poderá ser renunciada. Caso ocorresse de forma prévia ou antecipada, sua eficácia restaria destruída, pois todos os credores poderiam impô-la aos devedores, e sua principal finalidade, qual seja, a ordem pública, seria desvirtuada.

Portanto, *renúncia da prescrição é a desistência expressa, ou tácita, do direito de invocá-la, feita por quem a beneficia*, diz Camara Leal.

Quanto a ser expressa ou tácita, convém lembrar José Paulo Cavalcanti, monografista da renúncia dentre nós, que, em *Direito civil: escritos diversos*, p. 156, diz: "...Na verdade, a renúncia como todo negócio jurídico, não se presume. Pode consistir em uma declaração tácita ou em uma manifestação de vontade, sem declaração, mas é necessário que o efeito extintivo possa unir-se, sempre, a uma vontade diretamente dirigida àquele fim".

O legislador manteve a ressalva protetora dos terceiros. Sobre esse ponto, já dizia Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 351): "A renúncia feita por devedor solidário ou convedor de obrigação indivisível não pode ser oposta aos outros devedores, porque a condição destes não pode piorar por ato alheio; porque a prescrição, extinguindo o vínculo obrigacional, já dissolveu a conjunção da solidariedade ou da indivisibilidade; e porque, tornando-se independentes uns dos outros os convedores, seria absurdo que um deles pudesse fazer liberalidade com o que lhe não pertence".

Caso um devedor insolvente renuncie a prescrição, tipificada estará a fraude contra credores, cabendo a estes anulá-la por meio de ação pauliana.

Quanto à declaração expressa e tácita, ou valor do silêncio, remete-se aos comentários do art. 111.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil de Portugal, art. 300<sup>o</sup>; Código Civil italiano, art. 2.936.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** A disposição expressa da lei com o presente artigo põe definitivamente uma pedra no assunto, de modo a acabar com as divergências doutrinárias acerca da possibilidade ou não de por acordo das partes ser o prazo prescricional alterado.

Ressalte-se que a opção feita pelo legislador acolheu a posição prestigiada pela doutrina que vê a prescrição como sendo de ordem pública, portanto de conformidade com o princípio de socialidade do Código. Assim, descabe às partes fixarem, no exercício de sua autonomia privada, um prazo específico de sua eleição para o negócio que realizem.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 162. A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita.*

## CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 2.224.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo já era previsto no Código anterior; a única diferença foi a substituição da palavra “instância” pela expressão “grau de jurisdição”. A referida alteração deu-se não só por questões semânticas, como para eliminar o resquício de interpretação restritiva à fase de cognição.

Clóvis ensinava que a exceção peremptória, que caracteriza a prescrição, devia ser apresentada antes de os autos irem para sentença, e Camara Leal referia-se à discussão que havia quanto ao conceito de instância por parte da antiga doutrina processualística, daí haver desenvolvido seu conceito.

Em verdade estamos diante de uma situação de ônus, posto que a prescrição deve ser alegada pelo interessado, já que se consumou antes da citação, no curso do processo, perante qualquer grau de jurisdição, portanto até mesmo na extraordinária. Sílvio de Salvo Venosa entende que sua alegação fica condicionada ao pré-questionamento quanto aos tribunais superiores, STF e STJ, como se vê: “Será inadmissível, porém, em recurso extraordinário, se não tiver ocorrido o pré-questionamento da questão, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não conhecem de questões que não tenham sido apreciadas na justiça local (Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal)”.

Tal posição já era sustentada, na vigência do texto do Código de 1916, por Carpenter e Carvalho Santos, citados e acompanhados por Camara Leal.

*Data venia*, o fundamento para a impossibilidade de suscitação está em que prescrição é matéria de fato, portanto a ser provada no curso do processo (lesão do direito e prazo decorrido), e os tribunais superiores, quanto aos recursos extraordinários e especiais, sofrem limitação constitucional, arts. 102, III, *a, b e c*, e parágrafos, e 105, III, *a, b e c*.

Oportuno lembrar que Cesari Ruperto faz observação de que descabe a suscitação da prescrição inclusive no juízo de delibação, visto que restrito à admissibilidade, ou não, do recurso para o tribunal superior.

Outra questão que sempre é suscitada é se cabe a alegação da prescrição na execução, que, na estrutura do CPC, é um procedimento administrativo, em que a cognição é restrita, como esclarece Cândido Dinamarco (*Execução civil*, p. 112 e 113), que identifica bem o que se entende por execução: “como complexo de atividades, é aquela invasão patrimonial que se dá mediante o processo executivo, no qual se desenvolve uma função pública, estatal. Esse processo, pois, é objeto de normas instrumentais e não materiais, não se justificando a quebra da unidade de sua disciplina mediante a colocação de normas a ele relativas, no Código Civil (como sucede na Itália)”.

A posição decorrente é a de que, encerrado o processo de conhecimento, alcançado o trânsito em julgado, descabe a alegação quanto ao objeto da decisão. A prescrição que pode ser suscitada em fase de execução é a denominada intercorrente, ou seja, a que pode ocorrer depois de iniciado o processo de execução, com a citação e sua paralisação pelo tempo que caracteriza a prescrição.

**Art. 194.** *O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 166. O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil da França, art. 2.223; Código português, art. 303<sup>º</sup>; Código italiano, art. 2.938 (quanto à 1<sup>ª</sup> parte); Código chileno, art. 2.494.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. "A parte geral do Anteprojeto de Código Civil". *RT*, n. 466/269. PICAZO, Luis Díez *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** No Código Civil anterior (art. 166), o artigo em análise só regulava a vedação ao conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição. O dispositivo atual trata da única hipótese em que o juiz pode manifestar-se de ofício sobre a ocorrência da prescrição: em favor de absolutamente incapaz (art. 3<sup>o</sup>).

Tal inovação mereceu elogios por parte de Lamartine Corrêa, no artigo da *RT*, 466/269 e s.

Como a regra geral é a de que a prescrição tem de ser suscitada pela parte, e o absolutamente incapaz não tem discernimento para os atos da vida civil, a proteção conferida se insere como norma protetora, porque só pode vir a ser conhecida a incapacidade no curso de um processo, hipótese em que é mais econômico e eficaz o reconhecimento de ofício.

Em Portugal admite-se a suscitação pelo Ministério Público, enquanto o § 206 da BGB dispõe somente quanto ao curso do prazo prescricional para o incapaz após a cessação da incapacidade.

A nossa solução não se limita a tal hipótese, devendo ser observado que é uma consequência lógica do art. 198, I, pois o que não pode existir, ou seja, o início e o cômputo do prazo prescricional, pode e deve ser suscitado de ofício pelo juiz.

**Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 164. As pessoas que a lei priva de administrar os próprios bens, têm ação regressiva contra os seus representantes legais, quando estes, por dolo, ou negligência, derem causa à prescrição.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo não dispõe diretamente sobre a prescrição, mas sobre o direito de ação, que decorre de sua não-alegação por parte dos que, no exercício do *munus* da assistência ou da representação orgânica, deixaram de suscitá-la.

A alteração, em face do Código de 1916 (art. 164), não se limitou ao aspecto redacional, pois, em verdade, a regulação aqui é de hipótese diversa. Basta lembrar que Clóvis, ao comentar aquele dispositivo, lembrava que os sujeitos àquela norma eram os “que a lei priva de administrar os próprios bens”, ou seja, os absolutamente incapazes. Daí naquele dispositivo se falar em representantes.

Embora muitos dos estudos comparativos coloquem o presente artigo em relação àquele, verifica-se que não é possível tal comparação, pois, quanto aos absolutamente incapazes, tivemos a inovação no artigo anterior, que enseja de maneira mais ampla sua proteção, a qual, ademais, não fica limitada às hipóteses de dolo de negligência.

Aqui o que temos é quanto aos relativamente incapazes, que não têm representantes, mas assistentes; as pessoas jurídicas é que têm representantes legais, que são os também denominados representantes orgânicos.

O presente artigo também inova ao não mencionar a ação como regressiva, posto que seria limitar demais a hipótese. Corretamente só refere à

ação em razão do não-exercício diligente das funções inerentes ao *munus* e à função.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 165. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 308<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Diez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** A única alteração deste artigo, se comparado com o art. 165 do Código Civil de 1916, foi a troca do vocábulo “herdeiro” pela palavra “sucessor”, de forma a superar a limitação do texto antigo, que foi objeto de interpretação ampliativa desde o início.

Clóvis já dizia que Carpenter, Numa do Vale e Ari Franco, além dele próprio, entendiam que o uso do termo “herdeiro” não impedia que a interpretação fosse no sentido de sucessores, sem distinção de singulares e universais.

Assim, o sucessor disporá apenas do prazo faltante para exercer a

pretensão, se a lesão ocorreu anteriormente e no que tange ao antecessor.

A ressalva à aplicação desse dispositivo refere-se aos absolutamente incapazes, posto que, em relação a eles, não corre a prescrição (art. 198, I).

## ***Seção II***

### ***Das causas que impedem ou suspendem a prescrição***

#### ***Art. 197. Não corre a prescrição:***

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

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

***III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.***

#### ***CÓDIGO DE 1916: Art. 168. Não corre a prescrição:***

***I - entre cônjuges, na constância do matrimônio;***

***II - entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder;***

***III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela;***

***IV - em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda.***

***CÓDIGOS ESTRANGEIROS:*** Código Civil do Chile, art. 2.509; Código francês, arts. 2.251 a 2.259; Código de Portugal, arts. 318<sup>a</sup> a 321<sup>a</sup>; Código Civil alemão, §§ 202 a 204; Código Civil do Paraguai, arts. 642 a 646; Código italiano, arts. 2.941 e 2.942.

***BIBLIOGRAFIA:*** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Esta Seção II trata das causas que impedem ou suspendem o fluxo do prazo prescricional.

Cumpre destacar a diferença entre impedimento e suspensão do prazo prescricional. No impedimento, a contagem do fluxo temporal não se inicia enquanto perdurar a impossibilidade jurídica do impedimento; na suspensão, já houve prazo decorrido, que não fica inutilizado, mas seu cômputo é paralisado em razão de circunstâncias determinantes de uma impossibilidade de fato de exercer o direito, só voltando a ser contado quando extinta a causa da suspensão. É o que se extrai dos ensinamentos de Clóvis e de Ruperto.

Vale ressaltar que o elenco previsto, neste artigo e nos seguintes, é taxativo, não havendo que se falar em interpretação extensiva. Como a prescrição é instituto de ordem pública, as causas de impedimento e suspensão, como de interrupção, só podem ser criadas e previstas por lei.

Os incisos deste artigo dispõem sobre hipóteses fundadas na afeição e na confiança que ligam as pessoas que estão em tais situações.

As causas do presente artigo que geram a suspensão ou o impedimento do curso do prazo prescricional são de duas espécies. A primeira refere-se às situações fundadas no *status* da pessoa, seja individual, seja familiar (incisos I e II). A outra relaciona-se a uma situação especial em que se acham o titular do direito e o sujeito passivo, sendo chamadas de bilaterais (inciso III).

Quanto ao inciso I, a alteração diante do Código Civil anterior, substituindo o vocábulo “matrimônio” pela expressão “sociedade conjugal”, atende à mudança ocorrida, desde o advento da Emenda n. 9, de 1977, à Constituição anterior, que introduziu o divórcio no sistema brasileiro, distinguindo a sociedade conjugal do vínculo matrimonial, bem como à alteração do direito positivo subsequente. No regime da Constituição de 1988 mais razões para a mudança, particularmente quanto às disposições do presente Código relativas à dissolução da sociedade e do vínculo (arts. 1.571 e s.).

Havendo, pelo casamento, uma “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511), não se pode pretender que surjam lesões de direitos patrimoniais individuais a serem discutidos

judicialmente, mas só como parte de ação relativa à dissolução da sociedade conjugal.

A pergunta que se põe é: o presente inciso pode ser aplicado aos que convivem em união estável?

Parece-nos que sim, pois, a nosso ver, ocorreu omissão da revisão final do projeto quanto às repercussões das alterações do Livro do Direito de Família, na Parte Geral. Mas, como ao intérprete é dado sistematizar, entendemos que a aplicação decorre do fato de se ter atribuído idêntico regime jurídico nas relações entre os conviventes, pelos arts. 1.723 a 1.727.

A omissão na referência expressa no inciso não impede a interpretação decorrente do sistema, com o que, por iguais razões, aplica-se o mesmo regime jurídico.

O fato é que a propositura de ação judicial por um contra o outro, dos integrantes da sociedade conjugal ou da união estável, seria forte ponto de desarmonia. Isso sem falar na direta influência que um dos cônjuges/conviventes poderia exercer sobre seu consorte.

O inciso II sofreu modificação apenas pela adaptação à expressão poder familiar. Durante a época de exercício do poder familiar (Seção II do Capítulo V do Livro do Direito de Família, arts. 1.634 e s.), não resta dúvida acerca da influência sofrida, reciprocamente, pelo menor em relação aos pais e avós. Seria absurdo permitir que para a preservação de seus direitos fossem obrigados a recorrer judicialmente, sob pena de prescrição.

Por fim, similar reflexão merece o disposto no inciso III. A função precípua dos tutores (arts. 1.728 e s.) e dos curadores (arts. 1.767 e s.) é zelar pelo interesse de seus representados. Assim, visando evitar que em eventual conflito com seus próprios interesses descuidem-se, a lei suspende ou impede o curso do prazo prescricional em possíveis ações que uns tenham contra os outros.

Segundo Camara Leal, estas são causas impeditivas do início do cômputo do prazo, o que se afigura correto, porquanto na vida de tais situações não se inicia, nem pode correr, prazo relativo a pretensões por violações a direitos. A partir do encerramento das situações é que se pode falar em início do curso do prazo extintivo das pretensões.

***Art. 198. Também não corre a prescrição:***

***I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;***

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

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 169. *Também não corre a prescrição:*

*I - contra os incapazes de que trata o art. 5º;*

*II - contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios;*

*III - contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil do Chile, art. 2.509; Código francês, arts. 2.251 a 2.259; Código de Portugal, arts. 318ª a 321ª; Código Civil alemão, §§ 202 a 204; Código Civil do Paraguai, arts. 642 a 646; Código italiano, arts. 2.941 e 2.942.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O dispositivo em comentário elenca outras três causas ensejadoras da suspensão ou do impedimento do fluxo temporal concernente à prescrição.

São hipóteses que protegem pessoas que, em virtude de uma peculiar circunstância, não poderiam ser diligentes na defesa e na segurança de seus interesses.

Inicialmente, no inciso I, temos a proteção aos absolutamente incapazes. É um dispositivo de caráter protetivo da condição de inabilitados à prática dos atos civis. Assim, o prazo prescricional só começará a fluir quando e se ultrapassarem

a incapacidade absoluta.

Conforme Camara Leal, esta é, também, causa impeditiva, o que nos parece acertado, ainda uma vez, utilizando-nos dos argumentos expendidos no artigo anterior.

Os incisos II e III também protegem a situação eventual de falta de contato direto com as questões que se desenvolvem em território nacional, uma vez que se presume a impossibilidade do exercício de direito. Não deve correr prescrição contra os que estão a serviço da pátria, aqui interpretados como os servidores da União, dos Estados e dos Municípios, que estejam prestando serviços fora do território nacional, bem como os integrantes das Forças Armadas, em tempo de guerra. É claro que tais pessoas, pela peculiar situação em que estão envolvidas, têm sua atenção de tal modo ocupada com o interesse público que não possuem tempo para defender os seus próprios. Sendo assim, justa a proteção legalmente conferida.

Como se trata de situação eventual e transitória, para Camara Leal são hipóteses de suspensão, o que também se nos afigura correto, pois a lesão ao direito pode ter surgido antes do início das funções, mas nada impede que surjam durante o exercício destas, quando, então, há que se entender que não se inicia o prazo prescricional.

***Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:***

***I - pendendo condição suspensiva;***

***II - não estando vencido o prazo;***

***III - pendendo ação de evicção.***

***CÓDIGO DE 1916: Art. 170. Não corre igualmente:***

***I - pendendo condição suspensiva;***

***II - não estando vencido o prazo;***

***III - pendendo ação de evicção.***

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil do Chile, art. 2.509; Código francês, arts. 2.251 a 2.259; Código de Portugal, arts. 318<sup>a</sup> a 321<sup>a</sup>; Código Civil alemão, §§ 202 a 204; Código Civil do Paraguai, arts. 642 a 646; Código italiano, arts. 2.941 e 2.942.

de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo manteve a mesma redação do art. 170 do Código Civil de 1916. A doutrina é constante ao citar as colocações de Clóvis, que considerava o dispositivo supérfluo, pois nas três situações descritas ainda não existe a lesão ao direito para haver nascido a pretensão para exigir o cumprimento da obrigação, ou o reconhecimento do direito.

Foi mantida a colocação do Código Civil francês.

A condição suspensiva (art. 125) é aquela cuja eficácia se subordina ao implemento do negócio jurídico. Assim, enquanto ela não se realizar, não se terá adquirido o direito visado, não havendo como falar na lesão do direito e nascimento de pretensão assecuratória de um direito condicional.

Da mesma forma, na situação prevista no inciso II, não há ainda lesão ao direito, pois nem exigível o adimplemento da obrigação, pendente que está o prazo fixado para tanto.

No caso da evicção, temos que o evicto perde a posse da coisa, que só se transformará em perda da propriedade com sentença transitada em julgado, a qual dará ensejo à pretensão contra o transmitente, porque aí, sim, efetivada a lesão ao seu direito, que não é de mero possuidor, mas de quem pensava ser adquirente da propriedade. Essa afetação com a perda total, ou parcial, do direito sobre a coisa, em razão de decisão judicial transitada, que atribuiu a outrem, é que caracteriza a lesão, portanto, o momento inicial do curso prescricional da pretensão.

Nesse sentido era a lição expressa de Camara Leal (*Da prescrição e da decadência*): “Enquanto pende a ação de evicção, não havendo ainda uma sentença definitiva que determine ao evicto a perda da coisa, este não poderá exigir ao alienante a restituição do preço e indenização por perdas e danos”.

A partir da lição de Almiro do Couto e Silva, em aula na Escola Paulista

da Magistratura, ficou claro que o presente artigo não deve ser entendido como hipótese de mero impedimento de início do curso do prazo, mas, sim, de não nascimento da pretensão material e, conseqüentemente, de inexistência de nascimento de prazo prescricional.

As três hipóteses são claras em evidenciar que já existe o direito da parte, mas inexistente a exigibilidade, com o que não pode haver pretensão material ao cumprimento da obrigação. Só após a ocorrência da hipótese prevista, isto é, a ocorrência da condição, do vencimento do prazo ou de solucionada a evicção, é que se tem a exigibilidade do direito, o nascimento da pretensão a ser exercida e conseqüentemente o início do prazo prescricional. Enquanto não ocorridas as hipóteses, inexistente exigibilidade.

**Art. 200.** *Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo, sem precedentes expressos na legislação anterior, trata de hipótese conhecida na doutrina italiana, segundo pode-se ver de Ruperto (*Prescrizione e decadenza*, p. 133):

“È pacifico in giurisprudenza che la costituzione di parte civile, essendo diretta all’attuazione, nel processo penale, di pretese civilistiche derivante da fatti illeciti che costituiscono anche reato, rientra tra gli atti interruttivi previsti dal primo comma dell’art. 2.943 cod. civ., siccome atto col quale si inizia il giudizio civile, sia pure con le peculiari caratteristiche inerenti alla concessione formale delle due azioni davanti al giudice penale (...)”.

Existem efetivamente hipóteses em que se imputa um dano decorrente de ilícito penal, cuja decisão condenatória faz trânsito em julgado também no cível, ainda que a absolutória possa não vir a fazê-lo, pela diferença de gravidade de afetação da liberdade numa esfera e em outra.

É da lei processual que sentença penal condenatória é título executivo no cível — art. 584, II, do Código de Processo Civil.

Se na conclusão sobre a autoria do ilícito, ou do dano, particularmente em casos de morte, ou de lesão corporal, a decisão na esfera criminal é inafastável no juízo civil, daí o teor do novo art. 200, que reconhece a necessária demora na apuração penal, para o devido nascimento da pretensão.

Excepciona-se, assim, o início do prazo na lesão, para ser da apuração definitiva quanto ao culpado pelo ilícito.

Assim, só após a decisão criminal, transitada em julgado, é que o prazo prescricional terá início.

**Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 171. *Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros, se o objeto da obrigação for indivisível.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 301<sup>º</sup>; Código do Paraguai, art. 653.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo estabelece a regra geral, qual seja a que, suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários (arts. 264, 267 e s.), tal benefício não se aplica aos demais. Mas ele mesmo traz a única exceção: se a obrigação objeto de cobrança for indivisível (art. 258).

Justificando o conteúdo do dispositivo Clóvis Beviláqua dizia: “A suspensão do curso da prescrição ou a impossibilidade do seu início, importa um benefício, e este somente pode ser invocado pela pessoa em favor de quem foi estabelecido”. Assim, os credores não beneficiados sujeitam-se aos efeitos da prescrição, salvo, repita-se, se a obrigação for indivisível juridicamente, pela natureza da coisa.

### *Seção III*

#### *Das causas que interrompem a prescrição*

*Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:*

*I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;*

*II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;*

*III - por protesto cambial;*

*IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;*

*V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;*

*VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 172. A prescrição interrompe-se:*

*I - pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente;*

*II - pelo protesto, nas condições do número anterior;*

*III - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores;*

*IV - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;*

*V - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.*

*Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 2.943; Código Civil da França, arts. 2.242 a 2.249; Código paraguaio, art. 647; Código Civil alemão, §§ 208 a 214; Código Civil de Portugal, art. 323<sup>º</sup>; Código do Chile, arts. 2.502 e 2.503.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*; parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

**COMENTÁRIOS:** Nesta Seção III são disciplinadas as causas que interrompem a prescrição, ou seja, que se acontecidas inutilizam lapso temporal já transcorrido para o fim da extinção da pretensão, fazem-no irrelevante, passando a correr novo prazo.

Este artigo visa preservar o credor diligente no que respeita a seus direitos. São seis as causas elencadas: as cinco primeiras de iniciativa do credor, também denominadas interpelativas, e a última concernente à atitude inequívoca do devedor no reconhecimento de sua dívida, também chamada de *recognoscitiva*.

Inova o dispositivo ao estipular que a interrupção da prescrição somente poderá acontecer uma única vez. Essa formulação visou eliminar possível dúvida decorrente da não-especificação no texto do art. 172 do Código de 1916. É que, perante textos muito semelhantes, chegou-se a interpretar de forma incompatível, que se pode até entender abusiva. Veja-se o que diz Díez Picazo (*La prescripción en el Código Civil* (p. 94 e 95): "...La palabra 'interruptio' es tradicional y procede de las fuentes romanas, pero es muy curioso observar que en las fuentes no se habla de una 'interrupción de la prescripción', sino de una 'interruptio temporis', es decir, de una interrupción del tiempo necesario para prescribir. Acaso por ello, fuera más exacto hablar de causas o de circunstancias que impiden o que excluyen la prescripción. Esto es en definitiva lo que quiere decirse: que para que la prescripción se produzca es necesario que transcurra un determinado período de tiempo completo y continuado desde que el derecho pudo ser ejercitado o desde la última reclamación o desde el último acto de reconocimiento. Como hemos dicho en otro lugar, es cierto, en principio, que los derechos pueden extinguirse por el transcurso del tiempo determinado por la ley, pero nada se opone a que los derechos prescriptibles sean indefinidamente prolongados, sin límite alguno de tiempo, mediante sucesivas reclamaciones del titular o mediante sucesivos reconocimientos del sujeto pasivo o mediante ambas cosas conjuntamente. Esto es, cabalmente, lo que nuestro Código Civil quiere decir cuando afirma que 'la prescripción de las acciones se interrumpe'".

Essa colocação doutrinária é admissível diante do texto examinado pelo autor, que é relativo a um Código antigo e de cunho extremamente liberal. Ademais o livro é anterior à atual Constituição espanhola, bem como às modificações substanciais introduzidas no Código Civil, a partir da lei que equivale à nossa de introdução.

Portanto, a restrição do novo Código Civil brasileiro está de acordo com uma visão que exige a atividade das partes no convívio social.

Resalte-se o disposto no parágrafo único deste dispositivo, que evidencia que o ato interruptivo da prescrição tem função dúplice, pois faz extinguir o prazo anterior, e é o termo inicial do novo prazo.

O elenco especificado nos incisos há que ser entendido como taxativo.

O inciso I, comparado ao seu equivalente do art. 172 do Código Civil de 1916, sofreu alteração, fixando ato judicial antecedente da citação, o despacho ordinatório dela, mesmo por juiz incompetente, harmonizando-se com o Código de Processo Civil, ao exigir, também, que ela seja promovida no prazo de dez dias (art. 219 do CPC), e na forma da lei processual, o que quer dizer conforme

os arts. 215 a 217 do CPC.

A determinação de citação, como causa interruptiva da prescrição, por despacho de juiz incompetente, não será considerada válida se decorrente de erro grosseiro na distribuição do processo, portanto tem de estar presente a boa-fé do autor da ação.

Duas questões são sempre levantadas pela doutrina quando da análise deste inciso. A primeira refere-se à validade da citação, como causa interruptiva da prescrição, ordenada em processo que venha a ser anulado. A interrupção não será afetada se a anulação processual não foi decretada por vício da própria citação.

A segunda questão está relacionada à eficácia da citação em processo que vem a ser extinto sem julgamento do mérito. Washington de Barros Monteiro e Sílvio de Salvo Venosa entendem que a prescrição só se interrompe em processo no qual houver julgamento do mérito. Já Sílvio Rodrigues sustenta que a citação, nessa hipótese, revela a diligência do credor, devendo, sim, ser considerada como causa interruptiva da prescrição.

A segunda posição está correta, até porque a extinção sem julgamento de mérito pode dar-se exatamente pelo reconhecimento da incompetência do juízo...

Hipótese referida por Camara Leal é relevante, ou seja, se o autor vem a desistir da ação, na qual a citação interrompeu a prescrição, se esta remanesce, pois vários Códigos entendem que aí não se deve atribuir eficácia à interrupção, citando o art. 2.247 do Código Civil francês, art. 2.128 do Código Civil italiano de 1865, § 212 da BGB e art. 2.503 do Código Civil chileno de 1855.

O inciso II trata do protesto judicial, a ser utilizado quando por algum motivo não puder ser proposta ação. O procedimento do protesto está regulado nos arts. 867 e seguintes do Código de Processo Civil.

O inciso III inova se comparado ao Código Civil anterior. Com o aqui estipulado, acabam as dúvidas sobre a possibilidade de considerar o protesto cambial como causa interruptiva da prescrição, pois no Código de 1916 só havia menção ao *protesto nas condições do número anterior*, que se referia à citação, o que levava a entender estar restrito ao judicial. Por isso a jurisprudência divergiu a esse respeito. Assim, a inovação põe fim à dúvida.

O inciso IV trata da apresentação de título de crédito ao juízo do inventário ou em concursos de credores. Assim, resta claro que diligenciou o credor ao apresentar documento hábil buscando a satisfação do crédito que lhe é devido. É evidente que a expressão “concurso de credores”, usada neste artigo, deve ser interpretada como abrangente da hipótese comercial, na falência.

O inciso V dispõe que qualquer ato judicial de iniciativa do credor que constitua o devedor em mora é causa capaz de interromper a prescrição. A doutrina cita como exemplos as interpelações e as medidas cautelares que visem à preservação da pretensão, não a submetendo a prazos outros do CPC. Ainda no âmbito do Código de 1916, Sílvio Rodrigues entendia o inciso correspondente (IV) como supérfluo, por relacionar-se a hipóteses enquadradas nos incisos anteriores.

E, por fim, temos o inciso VI, que cuida da única causa de interrupção do prazo prescricional não ocorrida por iniciativa do credor. Nesse caso o ato praticado pelo devedor deve ser de tal forma explícito que não restem dúvidas sobre o reconhecimento da dívida. Não admite o presente Código que se presuma o reconhecimento; este deve ser patente. Temos como exemplos: o pagamento da dívida pelo devedor, um pedido de postergação do pagamento do débito, uma carta na qual esteja reconhecido o crédito do credor...

***Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 174. Em cada um dos casos do art. 172, a interrupção pode ser promovida:*

*I - pelo próprio titular do direito em via de prescrição;*

*II - por quem legalmente o represente;*

*III - por terceiro que tenha legítimo interesse.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo dispõe sobre as pessoas legitimadas a

alegar a interrupção da prescrição de forma muito mais genérica e abrangente do que a do art. 174 do Código Civil de 1916.

Assim, qualquer interessado pode interromper a prescrição. Na prática temos que, sem dúvida, o maior dos interessados será o titular do direito em vias de prescrição. O representante legal tem o dever de interromper a prescrição.

O terceiro interessado é quem tenha interesse jurídico e econômico. Exemplo é a situação em que a prescrição ameaça diminuir de tal modo o patrimônio do titular do direito prescrevendo que este passe a encontrar dificuldades em saldar suas dívidas, com o que seus credores têm direito de interromper a prescrição.

*Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.*

*§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.*

*§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.*

*§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 176. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros. Semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.*

*§ 1º A interrupção, porém, aberta por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.*

*§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica aos outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.*

*§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil do Paraguai, arts. 652 e 653.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto*

de *Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O *caput* deste dispositivo traz a regra geral sobre os efeitos da prescrição no âmbito pessoal.

No Projeto do Código de 1916 não existia a previsão, porque Clóvis entendia estar pressuposta no sistema, como ocorria com a maioria dos demais Códigos, segundo anota Camara Leal. Mas, por via de emenda, veio o art. 176, em cujo *caput* temos redação idêntica à do presente art. 204, *caput*.

O fundamento do *caput* do artigo, que é regra geral, está na máxima latina: “de persona ad personam non fit interruptio civilis, nec active, nec passive”. Assim, a interrupção só produz efeito entre as pessoas que a promovem e são suscitadas.

Os parágrafos estabelecem as exceções, que merecem análise.

Trata o § 1º de questões que envolvam as obrigações solidárias (arts. 264 a 275 deste Código). Justifica-se a exceção tendo em vista as conseqüências da solidariedade, seja ativa, seja passiva, que atinge a todos que, voluntariamente ou em razão de lei, estão nessa situação toda especial dentro do sistema.

O § 2º dispõe que, salvo se a dívida for indivisível, em consonância com os arts. 259 e seu parágrafo único e 260 e seus incisos.

Por fim, no § 3º, temos, mais uma vez, a regra de que o acessório segue o principal. Evidentemente a recíproca não é verdadeira.

#### *Seção IV*

#### *Dos prazos da prescrição*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código italiano, art. 2.946; Código Civil alemão, § 195; Código Civil francês, art. 2.262; Código Civil chileno, art. 2.508.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo introduz nova regra geral, que não discrimina tipo de direito, se pessoal, ou real, impondo a todas as situações subjetivas, não especificadas com prazos outros no art. 206. Inova, ainda, ao fixar prazo bem inferior ao constante do art. 177 do Código de 1916.

Destaque-se que é o prazo máximo, dez anos. A redução atende à filosofia que inspirou a reformulação do direito privado, a necessidade de atuação permanente dos sujeitos de direito na preservação de seus direitos e pretensões, como condição de manutenção dos mesmos, afastando-se cada vez mais dos

sistemas antigos vinculados às situações de *status*, de imobilismo.

Diante desse novo quadro pode-se dizer que quando a hipótese não estiver entre as especificadas no art. 206, e desde que suscetível de prescrever, estará na regra geral do art. 205.

**Art. 206. Prescreve:**

**§ 1º Em um ano:**

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

**CÓDIGO DE 1916: Art. 178. Prescreve:**

(...)

**§ 5º Em 6 (seis) meses:**

(...)

***V - a ação dos hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de víveres destinados ao consumo no próprio estabelecimento, pelo preço da hospedagem ou dos alimentos fornecidos; contado o prazo do último pagamento.***

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

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

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

**CÓDIGO DE 1916: Art. 178. Prescreve:**

(...)

**§ 6º Em 1 (um) ano:**

(...)

***II - a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato (art. 178, § 7º, V);***

(...)

**§ 7º Em 2 (dois) anos:**

(...)

***V - a ação do segurado contra o segurador e, vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar fora do Brasil; contado o prazo do dia em que desse fato soube o interessado (art. 178, § 6º, II);***

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 6º Em 1 (um) ano:

(...)

*VIII - a ação dos tabeliães e outros oficiais do juízo, porteiros do auditório e escrivães, pelas custas dos atos que praticarem; contado o prazo da data daqueles por que elas se deverem;*

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

**CÓDIGO DE 1916:** Sem precedentes.

(V. Lei das S.A.)

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

**CÓDIGO DE 1916:** Sem precedentes.

(V. Lei das S.A.)

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

*I - as prestações de pensões alimentícias;*

§ 3º Em três anos:

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

(...)

*IV - os alugueres de prédio rústico ou urbano;*

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

(...)

*II - as prestações de rendas temporárias ou vitalícias;*

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

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

(...)

*III - os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos;*

***IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;***

**CÓDIGO DE 1916:** Sem precedentes.

***V - a pretensão de reparação civil;***

**CÓDIGO DE 1916:** Sem precedentes.

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

**CÓDIGO DE 1916:** Sem precedentes.

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

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

*anônima;*

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

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

*§ 5º Em cinco anos:*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 178. Prescreve:*

*(...)*

§ 6º Em 1 (um) ano:

(...)

VI - a ação dos professores, mestres ou repetidores de ciência, literatura, ou arte, pelas lições que derem, pagáveis por períodos não excedentes a 1 (um) mês; contado o prazo do termo de cada período vencido;

VII - a ação dos donos de casa de pensão, educação, ou ensino, pelas prestações dos seus pensionistas, alunos ou aprendizes; contado o prazo do vencimento de cada uma;

VIII - a ação dos tabeliães e outros oficiais do juízo, porteiros do auditório e escrivães, pelas custas dos atos que praticarem; contado o prazo da data daqueles por que elas se deverem;

IX - a ação dos médicos, cirurgiões ou farmacêuticos, por suas visitas, operações ou medicamentos; contado o prazo da data do último serviço prestado;

X - a ação dos advogados, solicitadores, curadores, peritos e procuradores judiciais, para o pagamento de seus honorários; contado o prazo do vencimento do contrato, da decisão final do processo ou da revogação do mandato;

(...)

§ 7º Em 2 (dois) anos:

(...)

III - a ação dos professores, mestres e repetidores de ciência, literatura ou arte, cujos honorários sejam estipulados em prestações correspondentes a períodos maiores de 1 (um) mês; contado o prazo do vencimento da última prestação;

IV - a ação dos engenheiros, arquitetos, agrimensores e estereômetras, por seus honorários; contado o prazo do termo dos seus trabalhos;

(...)

§ 8º Em 3 (três) anos:

A ação do vendedor para resgatar o imóvel vendido; contado o prazo da data da escritura, quando se não fixou no contrato prazo menor (art. 1.141).

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, arts. 2.947 a 2.956; Código Civil paraguaio, arts. 659 a 668; Código Civil alemão, §§ 196 e 197; Código Civil francês, arts. 2.271 a 2.281; Código Civil chileno, arts. 2.521 e 2.522.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto*

de *Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. PICAZO, Luis Díez. *La prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosch, 1964. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo só versa sobre os prazos prescricionais especiais, que variam de um a cinco anos e que, na absoluta maioria, sofreram significativa redução se comparados aos do art. 178 do Código Civil de 1916.

No referido dispositivo não havia qualquer diferenciação entre prazos relativos à pretensão do titular e prazos relativos ao direito em si, ou seja, tratava indiscriminadamente prazos prescricionais e prazos decadenciais.

Camara Leal, diante da dificuldade da doutrina e da jurisprudência em reconhecer quais prazos versavam sobre prescrição e quais sobre decadência, no elenco do art. 178 do Código de 1916, relacionou vinte e cinco hipóteses de prazos decadenciais presentes nele.

Como já dito na introdução do Título “Da prescrição e da decadência”, os prazos decadenciais estarão previstos na Parte Especial, junto a cada direito disciplinado, o que foi uma opção correta e aplaudida pela doutrina.

Já as situações tratadas no presente dispositivo pertinem exclusivamente à prescrição, ou seja, à perda da pretensão. Essa distinção de ordem técnica, proposta pela comissão elaboradora do projeto, acabou sofrendo exceções, por emendas, como a inserida após toda a tramitação e totalmente sem técnica, como a do art. 1.601, *caput*.

A diferença dos prazos decorre da valoração feita pelo legislador, bem como da pressuposição de condições pessoais dos titulares das pretensões. Não há que se discutir se longos, ou curtos. São os prazos fixados pela lei, única fonte deles no sistema.

## *Capítulo II* **DA DECADÊNCIA**

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 2.964; Código Civil português, art. 328<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CASTRO, Aníbal de. *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência — caducidade resolutive*. Lisboa, 1962. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** A decadência não é instituto antigo, como o é a prescrição.

J. Dias Marques, em *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*, assim se referia à caducidade, sinônimo de decadência, instituto não constante com autonomia no sistema luso da época:

“Instituição afim da prescrição extintiva é a caducidade. Acerca do critério de distinção entre estas duas figuras não são unânimes os autores nem são

expressas as legislações. Só recentemente o Código Civil Italiano autonomizou explicitamente a caducidade construindo para ela uma regulamentação própria e distinta da da prescrição (art. 2.964<sup>º</sup> e seguintes do Código Civil Italiano).

A este respeito o legislador do Código Civil Brasileiro, em desacordo com o projecto de Clóvis, adoptou a defeituosa técnica de incluir alguns prazos extintivos dos direitos, isto é, prazos de caducidade, no Título III, que regula a matéria da prescrição. Isto não obsta porém a que, ainda assim, tenha de fazer-se também a distinção entre a prescrição e a caducidade, distinção com operosos efeitos práticos, tais como os que consistem na exclusão das regras da suspensão e da interrupção quanto aos prazos que sejam qualificados de caducidade” (p. 20).

Como se vê da BGB, como de Karl Larenz (*Derecho civil*; parte general), não há disposições legislativas referindo-se à decadência, com tratamento doutrinário autônomo.

Não se vê do novo Código qualquer preocupação em definir, ou conceituar, a decadência. A orientação foi, ao distinguir a prescrição como geneticamente ligada à lesão de um direito, fazer nascer uma pretensão (art. 189), deixando caracterizada a decadência pelo regime jurídico diverso (arts. 207 a 211).

A dificuldade conceitual vem bem descrita por Eurico Marcos Diniz de Santi, em *Decadência e prescrição no direito tributário*, p. 146-8, onde cita e transcreve conceitos de Roberto de Ruggiero, Pontes de Miranda, Camara Leal, Clóvis Beviláqua, Trabucchi, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Serpa Lopes, sem aderir a nenhum.

Nem haveria possibilidade de fazê-lo, porque os autores se referiam a um direito positivo diverso do que agora temos, e, como já se disse, os conceitos de prescrição e decadência têm de estar referidos ao direito positivo.

Agora, a decadência é expressamente prevista e seus prazos estarão diretamente ligados aos direitos a que se refira, nos Livros da Parte Especial do Código, só figurando na Parte Geral, ora em exame, as regras gerais sobre o instituto.

A regra do art. 207 evidencia que o prazo decadencial é uno, ou seja, não sofre impedimento de início de cômputo, não se suspende, para prosseguir depois, nem se interrompe para começar de novo, salvo se ocorrer edição de lei especial e com disposição específica.

É, pois, uma nota característica diversa da prescrição.

**Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.**

**CÓDIGO DE 1916: Sem precedentes.**

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CASTRO, Anibal de. *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência — caducidade resolutive*. Lisboa, 1962. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo já abre uma exceção com relação ao antecedente, pois aqui não se admite cômputo de prazo contra os incapazes (art. 198, I), bem como se abre aos relativamente incapazes a possibilidade de responsabilização dos assistentes e representantes que derem causa à decadência, ou deixarem de alegá-la como exceção, na defesa dos interesses deles, relativamente incapazes.

As razões para tal previsão são as mesmas já expostas por ocasião dos comentários aos arts. 195 e 198, I.

A coincidência entre a prescrição e a decadência quanto ao não-curso de prazo, em face dos absolutamente incapazes, assim considerados pelo art. 3º desta Lei Civil, não podia deixar de ser posta, pois a decadência traz consequências mais graves do que a prescrição.

*Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação

comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CASTRO, Aníbal de. *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência — caducidade resolutive*. Lisboa, 1962. LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** Pela redação desse artigo, não restam dúvidas que, além dos casos previstos expressamente em lei, admite-se a decadência estipulada pela autonomia privada.

O Código é claro ao vetar a renúncia à decadência fixada em lei, considerando tal ato como nulo. Esta disposição justifica-se pelo fato de que os casos legalmente previstos versam sobre questões de ordem pública, não cabendo às partes afastar a incidência da disposição legal.

Por absoluta incompetência para a prática de tal ato, diz a lei que a renúncia é nula, independentemente da consumação ou não da decadência; não produz qualquer efeito, em nenhum momento. Trata-se de uma nulidade insanável.

Por outro lado, podemos concluir, *a contrario sensu*, que, nos prazos decadenciais criados pela autonomia privada, a renúncia à decadência é admitida, não havendo que se cogitar de sua nulidade.

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

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 2.969; Código Civil português, art. 333<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CASTRO, Anibal de. *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência — caducidade resolutive*. Lisboa, 1962. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** O dispositivo é claro ao fixar um dever para o juiz, ou seja, mesmo que não oposta a decadência legal, se do constante das provas se verifica a sua ocorrência, deve o juiz declarar a inexistência de direito, e, portanto, de possibilidade jurídica de pleito relativo ao mesmo. Trata-se de dever, e não de mera faculdade.

No âmbito da doutrina de direito público está-se diante de ato vinculado, não de ato discricionário.

Sem dúvida, a preocupação do legislador sobre esses casos visa à manutenção e ao cumprimento das normas de ordem jurídica, que só se refere a direito existente, válido e produtor de efeitos.

**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.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 2.969; Código Civil português, art. 333<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. CASTRO, Aníbal de. *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência — caducidade resolutive*. Lisboa, 1962. LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Madrid: Edersa, 1978. LEAL, Antônio Luiz da Camara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939. MARQUES, J. Dias. *Alguns aspectos da prescrição no direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 6. RUPERTO, Cesari. *Prescrizione e decadenza*. Torino: Ed. Torinese, 1968. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. VALÉRIO, J. N. Vargas. *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

**COMENTÁRIOS:** A decadência convencional para que produza efeitos tem de ser oposta pela parte. É situação de ônus do interessado na oposição.

Ainda que possa ser alegada em qualquer grau de jurisdição, a falta de alegação não permite ao juiz a suscitação de ofício.

É um dispositivo que só vincula as partes que o estipularam, não submetendo o Judiciário ao seu comando, e está em harmonia com o art. 194.

O regime é semelhante ao do Código Civil português, art. 333<sup>º</sup>, segunda parte, combinado com o art. 303<sup>º</sup>, que se refere à oposição da prescrição.

## *Título V*

### **DA PROVA**

O presente Título V — “Da prova” — é matéria de grande relevo e que importa em fixação de princípios que devem regê-la, porque a própria história da prova demonstra que está relacionada a dois sujeitos diversos, conforme o objetivo de sua produção. Assim, pode destinar-se ao convencimento do juiz, de que o fato está provado, ou ao convencimento da existência de um fato determinado para a consciência do ser humano médio.

Alessandro Giuliani, na introdução da obra *Il concetto di prova*: contributo alla logica giuridica (Milano: Giuffrè, 1971), procura demonstrar que no curso da história se vem desenvolvendo uma verdadeira e própria metodologia das hipóteses, e vem esclarecendo que o “fato” não pode ser conhecido na sua

totalidade, como algo de exterior ao trabalho de reconstrução; o conhecimento dos fatos se adquire por meio de probabilidades, e é relativo; em suma, não existe o fato, a verdade.

Após a teoria dos centros de argumentação (*status*), em relação aos quais as provas vão ser rigidamente selecionadas e subordinadas, passou-se a uma teoria do provável e do normal, não formulada em termos objetivos, estatísticos (*id quod preumque accidit*), mas constituída em relação ao mundo humano e orientada eticamente; e, atingiu-se a uma teoria, a da relevância da prova, formulada em termos negativos, em que se tem na base a verdadeira e própria lógica das exclusões, dado que certas vias de indagação vão, sem esta mais aquela, evitadas pelos erros, sobre os quais há uma preocupação constante.

Nos tempos modernos, a história da lógica da prova se identifica com a da lógica indutiva. O influxo do conceito moderno de prova sobre o direito revelou-se notável, o que se pode constatar na tendência de identificar a prova jurídica com a prova indireta, implicando a passagem do fato conhecido ao fato desconhecido, de forma geral. Pode-se, ainda agora, verificar a fuga das dificuldades derivadas, porque provas tradicionais (p. ex.: fato notório, presunções) mal podiam ser admitidas dentro do conceito de prova.

A prova não é mais “livre” em nenhum caso. Por isso pode-se identificar um sistema probatório a partir de dois pontos de partida opostos: a) como um sistema de proibições, de normas de exclusão; b) como um sistema de valoração da prova. Ambos são adotados nos sistemas processuais, de qualquer origem.

Mas, como bem coloca o mestre português João Baptista Machado (*Lições de direito internacional privado*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 17 e 18), há leis sobre prova que simultaneamente afetam a substância do Direito, repercutindo na própria viabilidade deste, devendo ser consideradas como pertinentes ao direito substantivo e não exclusivamente ao direito processual.

Posição idêntica vem afirmada em Cândido Rangel Dinamarco, para quem as provas são institutos bifrontes: “só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e — o que é mais importante — de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida. Constituem ponte de passagem entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico” (*Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44).

A prova é o meio de que o interessado usa para demonstrar legalmente a existência fática de um negócio jurídico.

Embora a linguagem comum se refira a “prova de um direito”, o que efetivamente se busca provar é o fato, do qual decorrem as conseqüências jurídicas. Nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*): “Mesmo em juízo, quando a parte se esforça para convencer do seu direito, o que faz é salientar a evidência do fato e auxiliar o juiz a chegar ao direito por via de um processo mental de raciocínio”.

Para Clóvis Beviláqua, a prova deve ser admissível, pertinente e

concludente. A prova admissível é aquela não vetada pelo ordenamento jurídico. Assim, se a lei exige a forma escrita, não logrará êxito o interessado que pretender provar o fato por meio de prova testemunhal. A pertinência da prova refere-se ao seu liame com a situação enfocada. A prova deve ser concludente para a demonstração dos fatos discutidos.

É de lembrar o velho brocardo: *ex facto oritur jus* — é do fato que se origina o direito —, ou de maneira profunda, como faz Natalino Irti (*Norme e fatti*, Milano: Giuffrè, p. 241):

“Occorre muovere da questo principio: che il giuridizio giuridico è pensamento di un fatto; e che il predicato normativo si appoggia su ‘qualcosa che è’. Il giudizio non si può costruire con il puro elemento normativo, ma esige la rappresentazione di un fatto accaduto”.

**Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:**

- I - confissão;**
- II - documento;**
- III - testemunha;**
- IV - presunção;**
- V - perícia.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 136. *Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:*

- I - confissão;*
- II - atos processados em juízo;*
- III - documentos públicos ou particulares;*
- IV - testemunhas;*
- V - presunção;*
- VI - exames e vistorias;*
- VII - arbitramento.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. IRTI, Natalino. *Norme e fatti*. Milano: Giuffrè, 1984. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** San Tiago Dantas lembra que o denominado regime da prova legal vem da Idade Média, quando se iniciou a cientificação da prova. Surgiu, então, o sistema de equivalência entre certos meios de provas e certas decisões judiciais. Daí se dizer: “crime a que se aplica a pena de morte só se pode provar com a confissão”. Evidentemente tal sistema diminui em muito a importância do juiz como intérprete dos fatos a que deve dizer o direito.

No artigo em exame, temos posição contrária a tal sistema como regra geral, e admissão como exceção, isto é, quando se impõe forma especial. Assim, quando a escritura pública for essencial ao ato, não poderá este ser provado de outra forma. A mesma situação ocorre com as questões concernentes ao casamento e ao testamento, os quais restarão provados com a observância à forma legal.

Os atos que não possuem forma preestabelecida em lei, e sim na livre escolha das partes envolvidas, poderão ser provados pelas espécies de provas do elenco. Impõe-se verificar se tal elenco, constante dos incisos I a V, é exemplificativo ou taxativo.

Gildo dos Santos, em *A prova no processo civil*, p. 3, comentando o art. 136 do Código de 1916, cujo *caput* é de idêntico conteúdo, ainda que não de idêntica redação que o presente, dizia que o elenco não era exaustivo, e que o art. 332 do CPC não relacionou os meios de prova, admitindo todos os moralmente legítimos. Portanto, elenco exemplificativo.

A primeira figura é a da confissão. Pontes de Miranda, no t. 3 do seu *Tratado de direito privado*, § 347, 2, a, p. 416, revela que a confissão custou a ser admitida como meio de prova.

Aclibes Burgarelli (*Tratado das provas cíveis*, p. 282 e 283) lembra que a confissão, nos meios forenses, é tida como “a rainha das provas”, e que a judicial é provocada pela parte adversa, enquanto a extrajudicial se reveste de maior força, por ser de livre manifestação do confessor. Tem-se, do art. 348 do CPC,

que ocorre sempre que a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e que é favorável ao de seu adversário.

Nos arts. 213 e 214 deste Código temos disposições relativas à capacidade para confessar, e sua irrevogabilidade.

Como regra, temos a confissão sendo indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, apenas fazê-lo quanto aos pontos que lhe forem mais favoráveis. Somente será divisível no caso de o confessor aduzir fatos novos que constituam fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção (art. 354 do CPC).

O inciso II trata do documento. Costuma-se dizer que é a mais nobre das provas, mas, ao mesmo tempo, o vulgo acresce que é um escrito, com o qual perpetua-se o ato.

A afirmação popular não corresponde ao conceito de documento, que é muito mais amplo, como se pode ver de Paolo Guidi (*Teoria giuridica del documento*, p. 46):

“Il documento è un oggetto corporale, prodotto dell’umana attività di cui conservi le tracce, il quale, attraverso la percezione dei grafici sopra di esso impressi, o delle luci o suoni che può formare, è capace di rappresentare, in modo permanente, a chi lo ricerchi, un fatto che è fuori di esso documento”.

Veja-se, ainda, Natalino Irti (*Norme e fatti*, p. 259 e 260):

“Si delinea, così, la nozione giuridica del documento, che sembra più sicura e rigorosa: il documento è una ressignata (un oggetto percepibile, recante segni), onde è dato pronunciare il giudizio di esistenza di un fatto, che sia sussumibile sotto un tipo normativo”.

Um ponto que gera discussões doutrinárias é a relação dos documentos com os instrumentos. Para Caio Mário da Silva Pereira, são sinônimos. Mas a maioria doutrinária os distingue. Consideram documento gênero e instrumento espécie. O documento, já vimos acima, é algo com permanência no tempo, que nos permite interpretá-lo. O instrumento é criado especificamente para fazer prova.

Os documentos podem ser classificados. Uma classificação que o Direito utiliza muito é a de documentos públicos ou particulares. Os públicos emanam de autoridade pública. As certidões de documentos lançados em registros públicos têm a mesma força probante dos originais.

Os documentos públicos provam materialmente os negócios que exigem tal forma. Transcritos perante oficial público, têm fé pública, havendo presunção de autenticidade.

Os documentos particulares são os gerados da atividade privada, escritos e elaborados pelos próprios interessados, tais como contratos, atas de assembléias, cartas, telegramas...

O inciso III refere-se às testemunhas. São as pessoas estranhas ao fato jurídico, no qual se inclui o negócio, que devem prestar depoimento sobre o que tiveram conhecimento próprio e efetivo quanto aos seus fatos e circunstâncias.

Essa espécie de prova é vista por muitos como precária, perigosa, volúvel,

e fortemente emanada de caráter subjetivo, mas é de existência necessária.

As testemunhas podem ser de duas espécies: as *instrumentárias*, que se pronunciam sobre o conteúdo de certo instrumento por elas subscrito, como por exemplo um testamento, e as *judiciárias*, que são as que comparecerem em juízo.

O inciso IV trata da presunção, que grande parte da doutrina vê não propriamente como uma prova mas sim como um processo lógico, por meio do qual se tira de um fato certo a prova de um fato desconhecido.

Conforme Paolo Guidi (*Teoria giuridica del documento*, p. 234 e s.), a teoria da presunção, no curso do tempo, sofreu uma modificação na sua concepção como prova, porque o seu fundamento atual é um critério objetivo de probabilidade; sob certo aspecto, começa a aparecer como uma substituta da prova: “se a prova dá a verdade, a presunção dá a verossimilhança”.

A presunção pode ser comum, ou seja, fundada no que ordinariamente acontece na realidade que nos rodeia, o que acaba auxiliando o juiz na formação de sua convicção, como pode, ainda, ser legal, quando for criada para valer como prova do fato. Esta segunda espécie subdivide-se em absoluta e relativa. A absoluta (*iuris et de iure*) não admite prova em contrário; é absoluta. Já a relativa, *iuris tantum*, admite prova em contrário, exemplifica-a muito bem o instituto da comoriência, previsto no art. 9º deste Código.

Para as presunções legais relativas, ocorre a reversão do ônus da prova. Normalmente, esse ônus é do autor da ação, mas, se a lei presume um fato, o ônus transfere-se para o réu.

Importante que diferenciemos as presunções dos indícios. O indício é o meio de chegar a uma presunção, é o ponto de partida para que alcancemos uma conclusão.

O inciso V refere-se à prova pericial. A perícia é justificada pela necessidade de apreciação judicial de matérias técnicas, que escapam do conhecimento jurídico.

O perito deve ter saber técnico para elaborar seu mister de modo a auxiliar o juiz na análise da questão fática enfocada. Extremamente amplo é o campo pericial, podendo abranger perícias médicas, grafotécnicas, contábeis, químicas etc.

O Código de Processo Civil cuida da matéria em seus arts. 420 a 439, aparecendo a definição nos arts. 145 a 147.

Consoante com o disposto no art. 420 do Diploma Processual Civil, o legislador deste Código Civil suprimiu os incisos relacionados aos “exames e vistorias e arbitramento”, pois a lei processual é clara ao dispor que a perícia compreende o exame, a vistoria e a avaliação. Assim, temos o exame como a apreciação de alguma coisa por meio de peritos, para esclarecimento do juízo. Vistoria é a mera inspeção ocular, e a avaliação ou arbitramento visa à determinação do valor da coisa ou da obrigação a ela ligada, muito comum, por exemplo, nos casos de desapropriação.

**Art. 213.** *Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.*

**Parágrafo único.** *Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, arts. 352<sup>a</sup> a 361<sup>a</sup>; Código Civil da Itália, art. 2.731; Código chileno, art. 1.713.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 4.

**COMENTÁRIOS:** A confissão, como visto por ocasião do artigo anterior, é prova que consiste em manifestação da parte reconhecendo situação favorável à outra parte. Assim, só quem é parte na relação jurídica pode confessar, lembrando que não se está restringindo o conceito de parte à do processo.

Da confissão decorrem consequências desfavoráveis ao confessor, que, evidentemente, podem afetar seus direitos, a ponto de perdê-los. Daí não ser suficiente a capacidade genérica para os atos da vida civil, mas também a titularidade dos direitos sobre os quais confessa situação antagônica à manutenção destes.

Quando vimos a representação (arts. 115 e s.) constatamos que ela pode

ser de duas espécies, a legal e a voluntária.

A legal decorre de situações de incapacidade absoluta fixadas em lei (art. 3<sup>ª</sup>).

A voluntária será instituída por ato negocial entre partes, ou decorrerá da estruturação das pessoas jurídicas (representação orgânica).

O representante do incapaz, em princípio, não pode confessar, porque lhe é vedado concluir negócios em conflito de interesses com o representado (art. 119), e a confissão, basicamente, vai contra os interesses do titular do direito.

Já no tocante à representação voluntária, desde que atribuídos os poderes para confessar, o representante está legitimado para tanto. Mas, ordinariamente, tal poder não é conferido, exigindo-se que seja outorgado expressamente, como se vê do mandato.

Com as pessoas jurídicas, a situação é a mesma. O representante só poderá confessar quando autorizado por lei, se pública, ou pelos estatutos, se privada.

**Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 2.732.

**BIBLIOGRAFIA:** ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** A regra geral determina a irrevogabilidade da confissão, no que aparenta conflito com o art. 352 do CPC, que fala de revogação.

Em verdade não há conflito, pois o novo Código Civil dispõe corretamente no tocante à anulação, pois o erro é defeito que enseja a anulabilidade dos negócios jurídicos. Então, se houve confissão fundada em erro, não pode subsistir.

Como bem lembra J. J. Calmon de Passos (*Enciclopédia Saraiva do Direito*), o erro aqui tratado versa sobre a prova e não sobre o negócio jurídico. O erro em confissão ocorre quando o fato não é verdadeiro. Não basta a falta de verdade dos fatos confessados. É preciso que se verifiquem a falta de verdade objetiva e o erro causal subjetivo. Se os fatos não se passaram ou foram diferentes do que expôs o afirmante, em seu proveito, a confissão permanece.

Já a revogação é outra coisa, pois, como expõe Araken de Assis (*Resolução do contrato por inadimplemento*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79 e 80): "...a 'voz' se destina, ontem e hoje, ao preenchimento do suporte fático da norma, ou do conjunto de normas, que estabelece o tipo negocial: daí 'revogar', vale dizer, retirar a *vox*."

...Arnoldo Wald outorga elasticidade à categoria da 'resilição' incluindo a denúncia, a revogação e o resgate. Orlando Gomes também compreende a revogação como espécie de resilição, observando que certos negócios, ante autorização legal, atendendo às particularidades da relação negocial, 'podem ser resiliados mediante retratação de uma das partes'. Parifíca-a à renúncia (e. g., art. 693 do Código Civil).

Acompanham o entendimento da doutrina brasileira, no tocante ao esquema classificatório, Mota Pinto e Antunes Varela. Em seu canto, Mário Júlio de Almeida Costa assevera:

'A revogação consiste na destruição do vínculo contratual mediante uma declaração dos contraentes oposta à primitiva que lhe deu vida. Ainda quando se trate de revogação unilateral de uma das partes, não se confunde com a resolução, visto que opera *ex nunc*'".

Portanto, o CPC utilizou mal o termo "revogar", quando a hipótese fática descrita implica anular por erro. Com isso há que se interpretar no sentido de harmonizar.

Mesmo quem pretenda antinomia entre as normas do art. 214 do Código Civil novo e do art. 324 do CPC tem de concluir pela revogação desta última.

Há, ainda, referência no artigo à coação, que há de ser entendida como a que inibe a vontade livre formada (arts. 151 a 155), e não coação física absoluta, que não foi acolhida no sistema, porque, em verdade, aí, não provoca defeito, mas impede a existência, porque não há vontade. Aplica-se a mesma solução relativa ao erro, ou seja, é, efetivamente, hipótese de anulação, não de revogação.

*dotado de fé pública, fazendo prova plena.*

*§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:*

*I - data e local de sua realização;*

*II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;*

*III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;*

*IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;*

*V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;*

*VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;*

*VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.*

*§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.*

*§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.*

*§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.*

*§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:*

*I - nos pactos antenupciais e nas adoções;*

*II - nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola.*

*§ 1º A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter:*

*a) data e lugar de sua realização;*

*b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato;*

*c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das*

partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação;

d) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes;

e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber assinar, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida em língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz, que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimentos bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

§ 6º O valor previsto no inciso II deste artigo será reajustado em janeiro de cada ano, em função da variação nominal das Obrigações do Tesouro Nacional — OTN (Lei n. 6.423, de 17 de junho de 1977).

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil do Paraguai, art. 394.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Os atos solenes são aqueles aos quais a lei atribui uma forma especial a ser seguida e exige sejam realizados mediante a presença de

autoridade pública. Essa forma especial refere-se ao envoltório a ser observado pelas partes no momento da manifestação da vontade.

Moacyr Amaral Santos, em *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 82, define a escritura pública como: “o instrumento público lavrado nas notas do tabelião. Mas num sentido mais amplo poder-se-ão chamar escritura pública os instrumentos públicos da categoria dos extrajudiciais, ou civis. Segundo esse critério tanto é escritura pública a que contém uma declaração de dívida com pacto de hipoteca, lavrada por tabelião, como o é o assento de matrimônio lavrado pelo oficial do registro (Cód. Civil, art. 195), ou o instrumento de protesto de uma letra de câmbio”.

O § 1<sup>º</sup> deste artigo dispõe sobre os requisitos que a escritura pública deve conter, ressalvados outros que a lei possa exigir.

O elenco dos requisitos visam assegurar os efeitos probatórios de forma permanente.

Os parágrafos seguintes (2<sup>º</sup> a 5<sup>º</sup>) tratam de situações especiais, quer em função das pessoas, quer pelo respeito à Constituição (art. 13), na preservação da língua nacional.

Duas testemunhas que conheçam um dos comparecentes sem identificação poderão participar do ato visando a atestar sua identidade (§ 5<sup>º</sup>).

***Art. 216. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 137. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro, a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil suíço, art. 9; Código de Portugal, arts. 370<sup>º</sup> e 382<sup>º</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959; BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva,

1995. GUIDI, Paolo. *Teoria jurídica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** O artigo ora comentado, que possui redação idêntica ao de n. 137 do Código Civil de 1916, e ao inciso I do art. 365 do Código de Processo Civil, versa sobre a força probante das certidões e dos traslados dos autos judiciais.

Anota-se o erro de grafia do artigo, ao referir a concertados, alterando o Código de 1916, que usou o termo com a grafia correta: **CONCERTADOS**; conforme observação pertinente da revisora Maria Lúcia O. Godoy, que acolhi.

Portanto estamos tratando de instrumentos públicos, que, se são perfeitos, serão *autênticos*, como diz Moacyr Amaral Santos, com o que prova suficientemente o ato ou fato documentado.

Assim, se feitas e subscritas por escrivães ou sob suas vistas, as certidões textuais de peça processual, do protocolo de audiência ou de qualquer outro livro terão a mesma força probatória que os originais.

As certidões textuais, de inteiro teor (*verbo ad verbum*) ou contendo um breve relato, mas revestidas das formalidades legais, têm, por si, fé pública, não necessitando de posterior concerto, ou seja, de posterior conferência da cópia com o original.

Os traslados são as cópias fiéis dos autos feitos por um escrivão, e para que inspirem absoluta confiança devem ser concertados por outro escrivão.

São precisões de ordem burocrática que visam a fidelidade dos documentos.

**Art. 217. *Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.***

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 138. *Terão também a mesma força probante os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.*

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria jurídica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** São documentos públicos os que constam dos livros e das notas oficiais. Assim, os traslados e as certidões que o oficial público extrair dos instrumentos e documentos lançados em suas notas terão a mesma força probante dos originais.

Ressalte-se que o traslado, ou seja, a cópia do que estiver escrito no livro de notas ou dos documentos constantes nos livros dos cartórios, terá fé pública desde que concertados pelos indicados no artigo, o escrivão ou o oficial do registro.

Os tabelionatos de notas têm função específica diversa dos cartórios de registros, sendo certo que seus responsáveis vêm denominados por notários e registradores, respectivamente, e conferem a autenticidade dos traslados e certidões que expedem.

**Art. 218. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 139. *Os traslados, ainda que não concertados, e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato.*

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 8. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** O presente dispositivo considera os traslados e as certidões como instrumentos públicos, isto é, como se fossem os originais, se produzidos em autos de processo judicial, como prova de algum ato. Ao contrário do art. 139 do Código Civil antecedente, não faz qualquer ressalva sobre a necessidade ou não do concerto do traslado, o que não é necessário repetir.

**Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.**

*Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 131. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.*

*Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo manteve idêntica redação do art. 131 do Código Civil de 1916, e conserva uma presunção que provém do direito comum dos povos, pois é de presumir que quem assinou um documento previamente o leu e o deu por conforme a sua vontade, como refere Paolo Guidi. É de lembrar que assinar vem do latim *assignare*, que significa pôr um sinal, marcar com seu nome ou sinal.

As declarações constantes nos documentos e assinadas possuem a substância do ato; assim, sem a presunção de veracidade, os negócios jurídicos não teriam firmeza e, conseqüentemente, restaria comprometido o desenvolvimento da vida social. Justifica-se o presente artigo pela necessidade da segurança das relações jurídicas na coexistência humana.

Porém, as enunciações que não tenham relação direta com as disposições principais, ou seja, as irrelevantes, meramente incidentes, explicações desnecessárias, não podem receber do Direito a mesma presunção, o mesmo rigor. São afirmações que, se por acaso delas se quiser extrair conseqüências jurídicas, devem ser provadas, pois não formam a parte essencial e própria do negócio jurídico.

Mas, se existirem declarações que não sejam meramente enunciativas por relacionarem-se diretamente com as disposições essenciais do negócio, em princípio, dispensam prova, em razão de se admitir sua autenticidade pela só assinatura.

**Art. 220. A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 132. *A anuência, ou a autorização de outrem, necessárias à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e*

*constará, sempre que ser possa, do próprio instrumento.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Este dispositivo tem aplicação para os casos em que alguém não pode realizar legalmente um ato jurídico sem a anuência/autorização de outrem.

Não se está aqui remetendo exclusivamente aos casos em que deve ocorrer assistência, mas também àqueles em que deve haver a vênua, como negócios que necessitem da manifestação de vontade de ambos os cônjuges, ou companheiros.

Caso o ato jurídico a ser realizado exija instrumento público, a autorização/anuência deve, igualmente, ser dada por instrumento público, já que parte integrante do ato, ainda que não seja obrigatório no mesmo instrumento. Assim, se o negócio jurídico for realizado sem a anuência necessária, será anulável; no entanto, conforme o art. 176, pode ocorrer a validação posterior.

**Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.**

**Parágrafo único.** *A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por 2 (duas) testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no Registro Público.*

**Parágrafo único.** *A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil italiano, art. 2.702.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** A única alteração sofrida pelo presente dispositivo, se comparado com o art. 135 do Código Civil de 1916, é quanto à supressão da necessidade de duas testemunhas subscreverem o instrumento particular. Na verdade acaba havendo redundância no tocante aos autores do documento, ou que o assinaram, em razão do art. 219, *caput*.

Se as declarações não que ser entendidas verdadeiras, e são destinadas à celebração de negócio jurídico, evidentemente que com a aposição das assinaturas ter-se-á um negócio jurídico novo, estabelecendo relações obrigacionais entre as partes.

O instrumento particular prova e dá existência à relação obrigacional, seja fruto de contrato ou de manifestação unilateral de vontade, independentemente do valor.

É a relação entre partes, mas o negócio para que possa produzir efeitos perante terceiros terá de ser registrado, em registro público.

Há que se observar que o artigo se refere expressamente à cessão, sem qualificá-la, mas Clóvis asseverava tratar-se esta da cessão de crédito. Como não se teve a introdução da cessão de contrato expressamente regulada, pode-se admitir a mesma interpretação.

Parece-nos que, mesmo não sendo objeto de disposições específicas, a cessão de contrato, por razões mais fortes, deveria ser admitida na regra para eficácia perante terceiros.

Esse requisito, do registro, foi obra de emenda no projeto de 1916, e mereceu a sutil observação de Clóvis, à p. 319 do v. 1 do seu *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*: “A consequência é que, somente o registro atribui ao instrumento particular efeito a respeito do terceiro, ressalva feita das procurações. Foi intenção dar maior latitude, e decisiva importância ao registro, para tornar mais freqüente o uso desse meio de publicidade e garantia dos atos jurídicos”.

O parágrafo único diz que a prova do instrumento particular pode suprir-se por outras de caráter legal, devendo-se manter a exceção indicada por Clóvis, que é quanto ao depósito voluntário, e que se pode entender que ficou referida com o parágrafo único introduzido no art. 640.

***Art. 222. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil de Portugal, art. 379<sup>o</sup>; Código Civil italiano, art. 2.705.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES

DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo vem defasado, porque hoje em dia não se vai ao telégrafo e se assina uma fórmula, mas se transmite telefonicamente a mensagem ao Correio, que expede o telegrama.

A contestação de autenticidade do telegrama pode ser feita entre quem pediu a expedição desse documento e quem o recebeu, bem como entre quem pediu a expedição e quem expediu.

Note-se que, na segunda hipótese, há uma questão contratual, enquanto na primeira pode ou não havê-la.

A norma pode ser interpretada analogicamente para o meio mais contemporâneo de comunicação escrita, que é o *fax*.

É de exigir a autenticidade na forma do artigo.

Aliás, e em consonância, tem-se a Lei n. 9.800, de 26-5-1999, que permite a transmissão de dados para a prática de atos processuais, para a salvaguarda dos prazos, mas obriga, a parte que dele se utilizou, a apresentar os originais em juízo, no prazo subsequente de cinco dias, conforme o art. 2<sup>a</sup> da referida lei.

***Art. 223. A cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original.***

***Parágrafo único. A prova não supre a ausência do título de crédito, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua exibição.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 377<sup>o</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo trata das cópias autenticadas por tabelião, atribuindo-lhes o mesmo valor probante dos originais. No entanto, se ocorrer a impugnação de sua autenticidade, o documento original deverá ser exibido.

Trata-se de uma disposição que acaba por corroborar as manifestações jurisprudenciais. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que até mesmo as cópias não autenticadas e não impugnadas pela parte contrária têm o mesmo valor probante do original; assim, o que dizer das cópias devidamente conferidas pelo tabelião competente?

Mas no parágrafo único aparecem previstas as exceções a tal regra. A cópia autenticada não substitui a apresentação do título de crédito, bem como a de sua via original, nas hipóteses que a lei fixar. Tal se justifica em razão dos princípios que regem a vida dos títulos de crédito: literalidade e abstração.

Há perfeita consonância com os arts. 887 e seguintes.

**Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.**

**CÓDIGO DE 1916:** Art. 140. *Os escritos de obrigação redigidos em língua estrangeira serão, para ter efeitos legais no país, vertidos em português.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 390.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 8. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** A tradução dos documentos de língua estrangeira para o português é decorrência, ainda uma vez, do art. 13 da Constituição Federal, além de visar permitir o conhecimento aos interessados, particularmente ao juiz, no caso de produção em juízo. O dispositivo está em consonância com o art. 129, 6º, da Lei de Registros Públicos.

Walter Ceneviva (*Lei dos Registros Públicos comentada*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1994) diz que a tradução deverá ser feita por tradutor juramentado, gozando assim de fé pública, com base no Decreto n. 13.609, de 21-10-1943.

Os escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados aqui no original, para fins de conservação ou perpetuidade, mas, para produzirem efeitos legais no Brasil, terão, necessariamente, de ser traduzidos para o vernáculo e registrada tal tradução, conforme o art. 148 da Lei n. 6.015/73, a Lei de Registros Públicos.

**Art. 225.** *As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 368º; Código da Itália, art. 2.712.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de

Oliveira, 2000. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Qualquer reprodução mecânica ou eletrônica de fato faz prova plena deste. Esta colocação do artigo ora comentado justifica-se por referir-se à prova documental. As reproduções fotográficas, cinematográficas e os registros fonográficos são documentos, os quais não nasceram com a precípua função de fazerem prova, mas, como exposto no art. 212, são a representação material destinada a fazer perdurar um pensamento.

Tais provas, previstas no presente artigo, possuem natureza documental, conforme Paolo Guidi (*Teoria giuridica del documento*): “Il documento è un oggetto corporale, prodotto dell’umana attività di cui conserve le tracce, il quale attraverso la percezione dei grafici sopra di esso impressi, o delle ‘luci o suoni che può fornire, è capace di rappresentare, in modo permanente, a chi lo ricerchi, un fatto che è fuori di esso documento”.

Assim, estamos diante de uma forte prova, cuja única hipótese de não valer plenamente é de a parte contra quem for exibida impugnar-lhe a exatidão, ou seja, sua autenticidade. Nota-se que a legitimidade para impugnação está restrita somente à parte prejudicada com o fato provado pelos meios aqui previstos. E o único argumento que poderá alegar é a inexatidão desses documentos, ou seja, alegar que são falsos — montagens, superposições —, portanto não autênticos.

Para Paolo Guidi, o documento falso, na maior parte das vezes, representa um fato não verdadeiro ou diferente do verdadeiro. E é nesse ponto que deverá ser feita a impugnação pela parte prejudicada.

É de lembrar que, no estágio atual do desenvolvimento tecnológico, os meios de reprodução estão cada vez mais sofisticados, podendo haver reprodução de imagens gravadas em computador, CDs etc.

Ressalte-se que o presente artigo em nada se choca com a vedação constitucional, do art. 5º, LVI, ao uso de provas ilícitas no processo. As provas aqui previstas são as obtidas por meios lícitos, com o conhecimento da parte.

**Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.**

**Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos**

*casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexactidão dos lançamentos.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil paraguaio, art. 413; Código Civil da Itália, arts. 2.709 e 2.710.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Sempre foi da tradição brasileira a admissão como prova dos livros de escrituração comercial, mas o Código de 1916 não fez referência a tal espécie, dada a sua natureza comercial, como observou Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 139): “Não cogitou o Código, porém, de obrigações constantes de livros comerciais devidamente legalizados (Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924); nem da receita e despesa dos navios, na forma dos arts. 503 e 544 do Código Comercial; nem das letras de câmbio e notas promissórias (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908); nem das apólices de seguro (art. 1.433). Sobre as notas promissórias, veja-se Magarinos Torres, *Notas promissórias*, nota 69. Têm registro próprio as patentes de invenção, que independem do registro especial de títulos”.

Agora estamos diante de um Código que visa à unificação das obrigações, como se vê da exposição de motivos do Professor Miguel Reale, quando da apresentação do anteprojeto: “Não encontramos, todavia, razão alguma para alterar a estrutura do Anteprojeto, tal como foi exposto e defendido na anterior

Exposição de Motivos, sendo mantida a Parte Geral que se desdobra em Livros especiais, através dos quais se efetiva, em seus institutos básicos, a unificação do Direito das Obrigações. Realiza-se essa unificação no contexto do próprio Código Civil”.

Por essa razão a inclusão do dispositivo resulta em coerência no sistema do Código.

O empresário, denominação que substitui “comerciante”, por razões inerentes à mudança de visão da atividade econômica, tem a obrigação de manter livros devidamente escriturados (art. 1.179). Tais livros são documentos que exigem o cumprimento de certas formalidades impostas pelo ordenamento jurídico quanto à ordem de escrituração, que aparecem previstas de forma clara e precisa nos arts. 1.180 a 1.196 deste Código Civil. A escrituração deve ser feita sob responsabilidade de um contabilista legalmente habilitado (art. 1.182).

O presente dispositivo é mais amplo e complexo se comparado ao art. 378 do Código de Processo Civil, pois estabelece que a prova advinda de livros e fichas comerciais pode produzir efeitos tanto contra o autor destes como contra terceiros.

Destaque-se que cada livro, de acordo com a lei que o instituiu, ou o tornou obrigatório, deve obedecer a formalidades intrínsecas e extrínsecas, para que seja considerado prova. São exemplos dessas formalidades: a forma de apresentação, a forma de escrituração, o registro, a exigência de rubricas.

O parágrafo único dispõe quanto à insuficiência de tal prova quando a lei exigir escritura pública, ou exigir escrito particular com requisitos especiais. Por outro lado, admite que é prova de caráter relativo, pois pode ser ilidida se houver prova de que a escrituração foi feita mediante falsidade, ou se contiver inexatidões que prejudiquem sua inteireza e correção.

***Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.***

***Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.***

**CÓDIGO DE 1916: Art. 141. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos, cujo valor não passe de dez mil cruzeiros.**

***Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.***

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código francês, arts. 1.341 e 1.347 (alterados pela lei de 21-2-1948, que elevou o valor de 500 para 5000 francos); Código italiano, arts. 2.721 e 2.724; Código de Portugal, art. 392<sup>a</sup>.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** A prova testemunhal, que resulta do depoimento oral de pessoas que viram, ouviram ou souberam dos fatos relacionados com a causa, por estar impregnada de alto grau de subjetividade, é sempre alvo de críticas dentro do sistema jurídico, daí as restrições a sua admissibilidade ampla, como a feita pelo presente artigo.

O teto do valor fixado mostra-se consoante com o estabelecido no *caput* do art. 401 do Código de Processo Civil. É evidente que a restrição pelo valor do negócio é um resquício da discriminação pela condição social das partes, mas que resultou em benefício dos menos favorecidos quando para tais causas se instituiu o Juizado de Pequenas Causas, que conferiu celeridade não alcançada pelas de grande valor na Justiça comum.

A prova testemunhal, qualquer que seja o valor do contrato, sempre será admitida em juízo como subsidiária, não como principal e suficiente, podendo complementar prova documental escrita. O caráter geral deste artigo evidencia conflito com restritivo constante do art. 402, I, do CPC. O inciso II do mesmo artigo do CPC não se pode dizer conflitante, mas excepcionante, e tem de ser entendido como restrito à hipótese contratual submetida ao crivo judiciário.

Vale aqui, ainda, a observação de Clóvis Beviláqua de que a restrição do artigo não atinge as questões decorrentes de pleito de reparação de danos, pois explicitamente confinada à questão negocial, o que permitirá também que a restrição alcance negócios unilaterais.

**Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:**

*I - os menores de dezesseis anos;*

*II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;*

*III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;*

*IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;*

*V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.*

*Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Art. 142. Não podem ser admitidos como testemunhas:*

*I - os loucos de todo o gênero;*

*II - os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos, que lhes faltam;*

*III - os menores de 16 (dezesseis) anos;*

*IV - o interessado no objeto do litígio, bem como o ascendente e o descendente, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade;*

*V - os cônjuges.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, art. 393<sup>º</sup>; Código Civil francês, art. 1.341.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 8. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo trata das condições de admissibilidade da

prova testemunhal, que são a capacidade de testemunhar, a compatibilidade com a referida função e a idoneidade da testemunha.

Os incisos I e II tratam dos incapazes da prática dos atos da vida civil, nos quais logicamente não se inserem os atos de testemunhar.

O inciso III apresenta evolução com relação ao Código de 1916, já referida expressamente quanto aos surdos no comentário ao art. 3º. Aqui a restrição se dá em razão da natureza da deficiência física, relativa ao sentido faltante, que inabilita a testemunha, pela impossibilidade.

O inciso IV tem fundamento moral, pois quem tem interesse na solução do litígio não tem a necessária isenção para o relato dos fatos, que sempre carregam uma carga de subjetividade, é evidente, mas que com a influência do interesse pode desbordar do razoável. Exemplifica Clóvis Beviláqua: “os próprios litigantes; o fiador na causa do afiançado; o sócio na do sócio; o cessionário na do cedente; o credor nas causas que lhe dizem respeito a massa falida”.

Este dispositivo inova criando antinomia no sistema, visto que o CPC, no art. 405, distingue entre os que são incapazes de testemunhar (§ 1º), os que estão impedidos (§ 2º), e os que são suspeitos (§ 3º), e reputa os que tiverem interesse no litígio como simplesmente suspeitos, o que à falta de contradita poderia ensejar a oitiva. Agora, o novo dispositivo impõe ao juiz que não admita tal depoimento, vedação absoluta, portanto. Nesse sentido Gian Antonio Micheli (*L'onere della prova*) explica o limite da liberdade de agir das partes e, também, os ônus do juiz.

Há que se entender que a limitação pela lei civil é revocatória da disposição do CPC.

É bem verdade que ao juiz será dado ouvir a parte, se ocorrer a hipótese do parágrafo único, que repete o disposto no § 4º do art. 405 do CPC.

A previsão do inciso V justifica-se pela relação de afeto que une a parte a uma das pessoas aqui elencadas. A justificativa é o vínculo moral existente, superando qualquer consideração de ordem pecuniária.

***Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:***

***I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;***

***II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;***

***III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.***

**CÓDIGO DE 1916: Art. 144. Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo.**

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** O presente artigo tem suas raízes no princípio constitucional da dignidade humana, que supõe o dever de lealdade das pessoas nas relações jurídicas, portanto comportamentos de boa-fé.

No Direito contemporâneo o estudo das obrigações passa a ser desenvolvido de maneira complexa, o que importa em preexistência, na fase de nascimento da obrigação voluntária, da boa-fé, como durante a fase de vida da mesma, até seu adimplemento, e deveres inerentes à boa-fé, como o de lealdade, outra vez, após o adimplemento.

Em vários tipos de contratos esses deveres acabaram regulados, por serem inerentes às atividades das partes. Nos contratos dos profissionais liberais, mais especificamente, em razão da ética profissional, tais deveres são claros, chegando a fazer parte não só dos respectivos códigos de ética, como até da legislação que rege a atividade profissional.

É o caso típico dos advogados, que, mesmo que não houvesse o dispositivo genérico do inciso I do art. 229, estariam submetidos às normas do Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906, de 4-7-1994, que, no art. 7º, XIX, diz ser direito do advogado “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoas de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”.

Mais, o Capítulo III do Código de Ética dispõe expressamente sobre o sigilo profissional (arts. 25 a 27), com o que qualquer violação a tais deveres éticos pode implicar sanção disciplinar.

De forma idêntica dispõe o Código de Ética da Medicina etc.

Outras profissões e atividades também possuem regras inibidoras do desrespeito aos segredos, como os religiosos (padres, pastores, rabinos etc.),

enfermeiras, parteiras, juizes, escritvães etc.

Maria Helena Diniz (*Código Civil anotado*) tem posição semelhante: “...a não-revelação de segredo profissional é um dever imposto constitucional e legalmente, ante o princípio da ordem pública, sendo que constitui crime revelar a alguém o sigilo de quem tiver notícia ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão (CP, art. 154; CF/88, art. 5º, XIV)”.

Além dos inibidos pela profissão estão os inibidos pelo Estado, diz a lei, com o que as pessoas casadas, ou conviventes, pais, filhos, netos etc., têm o direito de se recusar a depor, como testemunha.

O inciso II, que inexistia no Código de 1916, é clara confirmação de que o princípio da dignidade da pessoa humana está presente, ao conferir o direito de não testemunhar a quem, ao ter de fazê-lo, irá desonrar-se, ou desonrar o cônjuge, o convivente, o parente, aqui entendido como só os contemplados na vocação hereditária, e, ainda, o amigo íntimo.

Não é uma proibição, é um direito a ser exercido por quem entenda que o testemunho provocará lesão à honra.

Já o inciso III tem fundamento outro, porque visa a preservação da vida e do patrimônio. Aqui o direito objetiva impedir o agravamento das circunstâncias de vida da pessoa.

Observe-se que no aspecto do dano patrimonial exige-se que o fundamento da recusa remeta à imediatidade do dano.

Todas as hipóteses têm de ser argüidas pelas partes convocadas para o depoimento como testemunha, antes do depoimento, não após.

O artigo é uma explicitação do que consta do art. 406 do CPC.

**Art. 230.** *As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.*

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Código Civil português, arts. 349º a 351º; Código da França, art. 1.349; Código Civil italiano, art. 2.727; Código chileno, art. 1.712.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. COVELLO, Sérgio Carlos. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São

Paulo: Saraiva, 1977. v. 60. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** O valor da presunção como prova nunca mereceu, no nosso Direito, um exame mais profundo, que levasse a análise exaustiva.

Sérgio Carlos Covello, no verbete “Presunção”, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, expõe a posição de diversos autores, como: Ramponi, que define a presunção como “a suposição de um fato desconhecido por consequência indireta e provável de outro fato conhecido”; Lessona (*Trattato delle prove*) coloca a presunção como o raciocínio pelo qual da existência de um fato, acertado segundo meios legítimos, se argui a existência de um outro fato que se deve provar; e Coelho da Rocha (*Instituições de direito civil português*): “A presunção é a legítima consequência que a lei ou o juiz tira de um fato conhecido para a verdade de outro desconhecido”.

Após tal exposição, conclui-se que atualmente temos a presunção como uma crença, um convencimento antecipado de um fato provável mas ainda desconhecido, obtida por decorrência de um fato já provado e conhecido.

As posições que buscam interpretar a presunção pretendem que esta não se trata de mero raciocínio, mas sim de uma prova indireta.

Gian Antonio Micheli, na sua obra já citada, desenvolve o seguinte raciocínio, que buscamos resumir: Há uma diferença profunda entre a regra de juízo do ônus da prova e as presunções legais em sentido lato, as quais, por seu próprio escopo, podem influir concretamente sobre a regra, qualificando de modo excepcional os elementos de fato, sobre os quais o juiz deve decidir. Costuma-se dizer que atualmente as presunções influem sobre o encargo da prova, e em verdade influem quando a regra geral sobre o ônus da prova se revela praticamente insuficiente, facilitando-o, ou tornando a prova mais difícil, na forma posta pelo legislador. Tais funções das presunções se apresentam como a cristalização da própria e primitiva função dos critérios de experiência, voltados sobretudo para a valoração das provas adotadas. Em prevalecendo o critério da livre formação do convencimento do juiz, o valor de tais critérios é diminuto, enquanto se conservam aquelas regras jurídicas que, com base na valoração da experiência, regulavam uma hipótese de incidência de modo diverso do normal. Por esses motivos essas normas conservaram uma estrutura probatória, por assim dizer, com referência ao pretérito estágio de desenvolvimento da

formação do direito. Mas, nesta solidificação progressiva, as normas acabaram mudando de natureza, pois a própria função no ordenamento jurídico positivo foi radicalmente mudada. Assim é que perderam totalmente o seu caráter de regras probatórias; daí, sob esse aspecto, é de afastar, na dúvida, a utilidade de conservar ainda a noção de prova legal, e se são reduzidas a meros expedientes de técnica legislativa, incidentes não mais sobre a valoração das provas, mas (indiretamente) sobre a repartição do encargo da prova, na medida em que importam na formulação de uma concreta hipótese de incidência, em outros termos, em norma substancial.

Portanto, para o grande mestre italiano, a presunção, quando colocada como prova, acaba influenciando no ônus desta, e com isso impõe verdadeira nova norma concreta no sistema, não se reduzindo a mera valoração de prova, como se referia.

As espécies de presunção legal previstas no nosso Código Civil, como a morte presumida (art. 6º), o pagamento quando da entrega do título ao devedor (art. 324), a gratuidade do mandato (art. 658), a boa-fé (art. 1.203), a plena e exclusiva propriedade até prova em contrário (art. 1.232), e ainda, dentro deste Título, a do art. 219, *caput*, não são mais presunções como valoração, mas efetivamente provas em sentido concreto, que só cedem diante de prova em sentido contrário, mais forte.

No presente artigo as presunções referidas não são as legais, portanto decorrentes de argumentação, pelo que inadmitidas, nos mesmos casos em que se exclui a prova testemunhal. Ou seja, não se admite a presunção de fatos nos negócios jurídicos cujo valor ultrapasse o décuplo do salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados, bem como em outros casos previstos em lei (v. art. 227).

***Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.***

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria jurídica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** Este artigo assim como o seguinte não constavam do anteprojeto oferecido pela Comissão, vindo a ser introduzidos, segundo Moreira Alves, na fase que antecedeu a apresentação, em janeiro de 1975, em razão de sugestões da própria comissão e de críticas que foram aceitas.

Antes de se passar ao exame do artigo em si importa lembrar que à época, primeiro quinquênio de 1970, ainda não se falava, nem se fazia no Brasil, exame de DNA. Poucos casos eram submetidos ao exame de HLA, que não tem a mesma precisão do DNA. A jurisprudência, no entanto, via-se às voltas com as negativas de exames de sangue pelos métodos até então tradicionais, na investigação de paternidade.

O que o presente artigo traz de novidade é decorrência do princípio “noeminem allegare potest sui cuique turpitudinem”, pois veda a possibilidade de quem se negou ao exame, que serviria de prova contra si, de alegar a insuficiência, ou a inexistência de prova.

Mas é importante lembrar que nem sempre a negativa da parte em realizar o exame ocorre como forma de eximir-se de uma obrigação ou de um fato a ela imputado. Há situações que envolvem valores e princípios da parte, como por exemplo as questões ligadas ao sangue e fiéis da Igreja Testemunha de Jeová, cuja crença não permite nem a retirada de sangue nem o recebimento de transfusão de sangue.

Nessas situações excepcionais inexistirá o pressuposto para a vedação do uso do argumento de falta de prova, ou seja, não há o intuito de obstruir a produção da prova. Caberá, então, a análise do conjunto probatório possível.

**Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.**

**CÓDIGO DE 1916:** *Sem precedentes.*

**CÓDIGOS ESTRANGEIROS:** Sem precedentes na legislação comparada.

**BIBLIOGRAFIA:** BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1959. BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. GUIDI, Paolo. *Teoria giuridica del documento*. Milano: Giuffrè, 1950. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 8. 1977. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 4.

**COMENTÁRIOS:** O presente dispositivo também decorre de forte influência jurisprudencial, ou seja, diante da ausência de provas conclusivas, porque não alcançadas por dependerem de exames, ou perícias, os juizes, com base em prova testemunhal, presunções e indícios, acabavam argumentando que prova existia e atribuíam o parentesco pretendido.

A doutrina entendia que a recusa pode apenas ser encarada como um ponto desfavorável ao réu, mas não como uma prova cabal e irrefutável.

É evidente que o dispositivo está na Parte Geral, mas se volta diretamente para os casos de investigação de paternidade, ou de anulatória de paternidade, que são as hipóteses de maior incidência da recusa na submissão ao exame de DNA, se admitida a condução forçada do suposto pai à realização do exame.

Há que se lembrar que nesse caso colidem dois direitos, pois a busca da verdade biológica, pretendida pelo suposto filho, visa seu direito à identidade, que colide com o direito à integridade física do réu, o que acaba refletindo numa colisão de direitos individuais protegidos constitucionalmente.

O direito comparado, especialmente o alemão e o da França, determina a obrigatoriedade de a parte submeter-se ao exame pericial por entender que o direito coletivo decorrente da ordem pública está num plano superior ao da

integridade do indivíduo.

Para a solução dessa tormentosa questão, há que se buscar a aplicação da teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, quanto ao direito individual que no caso concreto deve preponderar.

Na recente obra *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da filiação, coordenada por Eduardo de Oliveira Leite, registram-se trabalhos que versam exatamente o conflito existente, até o advento da nova norma, que deverá entrar em vigor em 10 de janeiro de 2002, data a partir da qual poderá passar a sofrer ataques relativos à validade, constitucionalidade, mas que, de qualquer forma, será norma vigente. Da obra referida destacamos os seguintes trabalhos: “Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição”, de Francisco Amaral; “A prova genética e os direitos humanos”, de Francisco Vieira Lima Neto; “O exame do DNA como meio de prova — aspectos constitucionais”, de Ives Gandra Martins; “O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais”, de José Alfredo de Oliveira Baracho; “A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais”, de Maria Celina Bodin de Moraes; e “Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade”, de Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida.

A matéria, inclusive, chegou a ser submetida ao Supremo, frise-se, antes do advento do presente texto legal, onde foi negada a condução forçada para a coleta de material destinado à perícia, com a afirmação do relator, Ministro Marco Aurélio, que, caso tal lei existisse, seria inconstitucional.

Em contraposição, analisando tal decisão, Maria Celina Bodin de Moraes, no artigo “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade”, constante na obra *A nova família: problemas e perspectivas*, coloca que: “A perícia compulsória se, em princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso de reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual”.

Veja-se que o presente dispositivo não determina o exame forçado, mas dá ao juiz a possibilidade de interpretar a negativa como verdadeira confissão, quando refere que a recusa suprirá a prova que se pretendia obter com o exame.

Introduz-se uma presunção que parece ultrapassar o limite da valoração da prova, e, se for entendido como preconizado por Micheli, então teremos nova hipótese de prova.

1. Curioso observar que na tradução espanhola do *Tratado de derecho civil*, de Enneccerus, revisado por Nipperdey (Barcelona: Bosch, 1953), há referência ao Código brasileiro de 1916, de conteúdo surpreendente, dizendo-o o mais independente dos Códigos latino-americanos, mas que dos 1.807 artigos mais da metade deriva dos Códigos Civis francês e português, e só 62 do Código Civil alemão. A outra metade do Código decorreria de idéias de juristas brasileiros e do direito consuetudinário. Diz que há grande correlação com o Código Civil alemão, ainda que seja diversa a divisão em uma parte geral e uma especial.