

Flávio Tartuce

DIREITO CIVIL | 1

Lei de Introdução
e Parte Geral

10.^a edição
Revista, atualizada e ampliada

EDIÇÃO
2014



DIREITO | 1
CIVIL

Lei de Introdução
e Parte Geral



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Flávio Tartuce

DIREITO
CIVIL | 1

Lei de Introdução
e Parte Geral

10.^a edição
revista, atualizada e ampliada



- A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2014 by

EDITORAMÉTODO LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714

metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- Capa: Rafael Molotievschi

- Produção Digital: Geethik

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Tartuce, Flávio

Direito civil, 1 : Lei de introdução e parte geral / Flávio Tartuce. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-5399-7

1. Direito civil - Brasil. 2. Lei de introdução e parte geral

08-2632

CDU: 347(81)

Às professoras

*GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA e MARIA HELENA DINIZ
dedico a presente obra, agradecendo todo o carinho, todo o afeto e todo o conhecimento
transmitido.*

Os Volumes 1, 2 e 3 desta coleção de Direito Civil avançam, ano a ano vêm conquistando, gradualmente, novos horizontes no mercado editorial brasileiro.

Neste ano de 2014, este Volume 1 – que trata da Lei de Introdução e da Parte Geral – alcança a emblemática 10^a edição, o que demonstra o *aniversário* de uma década como autor. De livros escritos inicialmente para as provas e concursos públicos, as obras chegaram aos cursos de graduação e de pós-graduação...

Mais uma vez, os volumes foram revistos, ampliados e atualizados. Como é de costume, foram acrescentadas as principais alterações legislativas do último ano – devidamente comentadas –, novas doutrinas, os julgamentos mais importantes de 2013 – sobretudo do Superior Tribunal de Justiça – e novas questões de provas para que o aluno, desde a graduação, possa verificar seus conhecimentos, o que se tornou muito importante no mercado jurídico brasileiro. Para as edições de 2014, foram incluídos, ainda, os Enunciados aprovados na *VI Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março do último ano. Mais uma vez, tive a honra de participar do evento, atuando como relator da comissão de Responsabilidade Civil.

Destaco, também, o acréscimo de novas conclusões e pensamentos, diante do intenso trabalho acadêmico desenvolvido no último ano, notadamente no programa de mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Sempre às terças-feiras, tive a feliz oportunidade de ministrar as disciplinas *Função social e constitucionalização do Direito Privado: Direito Existencial e Direito Patrimonial* e *Desafios Concretos do Direito Civil Constitucional*. Gostaria de agradecer aos meus orientandos e alunos-professores pela profundidade e extensão dos debates, que possibilitaram o meu crescimento acadêmico e profissional, em especial a José Antonio Martos (doutorando), Élcio Arruda (doutorando), Taís Fernandes Duarte (doutoranda), Carlos Alexandre Moraes (doutorando), Maurício Prazak (doutorando), Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino (doutorando), José Luiz Toro (doutorando), Adriana Augusta Telles (doutoranda), Silvia Bellandi Paes (mestranda), Leandro Eduardo Pereira Lemos (mestrando) e André Luiz Mattos (mestrando).

Espero que o próximo ano seja tão rico como o último, até porque ampliarei minha atuação em cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

Não poderia deixar de agradecer à Professora Giselda Hironaka por mais essa oportunidade, que mudou o meu perfil de atuação como docente.

Agradeço, por fim, à minha família, por sempre estar ao meu lado nos momentos em que efetivamente precisei. O meu afeto à minha mãe Maria Eliana, à minha irmã Fernanda Tartuce (com quem convivi ainda mais, por conta da FADISP) e aos meus filhos, Enzo e Laís. Por fim, à minha Princesa Leia, a quem devo a inspiração de sempre e os conselhos para percorrer os mais árduos caminhos da minha vida pessoal e profissional.

Vila Mariana, São Paulo, fim de novembro de 2013.

Flávio Tartuce, mestre em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bastante dedicado ao estudo e ao magistério, nesta obra traça um panorama geral, procurando abordar aspectos mais relevantes da Lei de Introdução e da Parte Geral do novel Código Civil, sem olvidar dos testes já aplicados por inúmeras instituições para preenchimento de seus cargos, tendo por escopo uma coisa só: facilitar o dia a dia dos inscritos em concursos públicos, conduzindo-os à aprovação, colocando, de forma certa, ao seu alcance conhecimentos teóricos e práticos.

Clara é a preocupação do autor em repassar de modo breve, fazendo uso de linguagem simples e objetiva, as noções básicas sobre: direito intertemporal, interpretação, integração de lacuna, solução de conflitos normativos, pessoa natural e jurídica, bens, negócio jurídico, prescrição e decadência, meios probatórios etc. Para tanto, valeu-se de sólidas construções doutrinárias, além de enfrentar as principais questões polêmicas engendradas pelo novo Código Civil, tornando-as mais claras.

Com sua experiência, o autor não se limitou a fazer meros bosquejos dos temas, mas procurou registrar seu posicionamento sobre eles.

Trata-se de obra de consulta obrigatória e de grande utilidade aos que se preparam para os concursos públicos por fornecer valiosos subsídios aos seus estudos.

São Paulo, 20 de abril de 2005



Maria Helena Diniz

Nota da Editora: o acordo ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

1. LEI DE INTRODUÇÃO

1.1 Aspectos gerais de direito privado

1.1.1 Introdução

1.1.2 As fontes do direito. A lei. As formas de integração da norma jurídica e as *ferramentas do sistema jurídico*

1.1.2.1 Fontes formais, diretas ou imediatas

1.1.2.2 Fontes não formais, indiretas ou mediatas

1.1.3 A lei como fonte principal do direito brasileiro. O problema das lacunas da lei

1.1.3.1 Da vigência das leis no tempo

1.1.3.2 Da vigência das leis no espaço

1.1.3.3 Principais classificações da lei

1.1.3.4 A interpretação das leis

1.1.3.5 As fontes diretas secundárias: a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito. Estudo específico e aprofundado

1.1.3.6 As fontes não formais, indiretas ou mediatas: a doutrina, a jurisprudência e a equidade

1.1.4 As antinomias ou lacunas de conflito

1.2 Da proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido (arts. 6.º, da Lei de Introdução, e 5.º, XXXVI, da CF/1988). Relativização da proteção

1.3 As normas específicas de Direito Internacional Público e Privado constantes na Lei de Introdução. Breves comentários

1.4 Resumo esquemático

1.5 Questões correlatas

Gabarito

2. ENTENDENDO O CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.1 Introdução

2.2 Codificar é preciso? O *big bang* legislativo e o sistema solar

2.3 Visão geral do Código Civil de 2002. Diretrizes básicas da sua elaboração

2.4 Os princípios do Código Civil de 2002 segundo Miguel Reale

2.4.1 O princípio da eticidade

2.4.2 O princípio da socialidade

2.4.3 O princípio da operabilidade

- 2.5 Fundamentos teóricos e filosóficos da atual codificação privada. O Direito Civil Contemporâneo ou novo Direito Civil. Influências da *Ontognoseologia Jurídica* de Miguel Reale no Código Civil de 2002
 - 2.6 Direito Civil e Constituição. Amplitude da expressão Direito Civil Constitucional. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais
 - 2.7 O diálogo das fontes
 - 2.8 Resumo esquemático
 - 2.9 Questões correlatas
- Gabarito

3. ANÁLISE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PARTE GERAL. DA PESSOA NATURAL

- 3.1 Da pessoa natural, humana ou física. Conceitos iniciais. Personalidade e capacidade. A situação jurídica do nascituro
 - 3.1.1 Os absolutamente incapazes
 - 3.1.2 Os relativamente incapazes
 - 3.1.3 Teoria geral da representação
 - 3.1.4 Da emancipação
- 3.2 Os direitos da personalidade na concepção civil-constitucional
 - 3.2.1 Introdução. Conceito de direitos da personalidade
 - 3.2.2 Classificação e características dos direitos da personalidade
 - 3.2.2.1 Direitos inatos, ilimitados e absolutos
 - 3.2.2.2 Direitos intransmissíveis e indisponíveis
 - 3.2.2.3 Direitos irrenunciáveis
 - 3.2.2.4 Direitos imprescritíveis
 - 3.2.2.5 Direitos impenhoráveis e inexpropriáveis
 - 3.2.3 Os direitos da personalidade e as grandes gerações ou dimensões de direitos
 - 3.2.4 Previsões legais de proteção aos direitos da personalidade no Código Civil de 2002
- 3.3 Domicílio da pessoa natural
- 3.4 Morte da pessoa natural
 - 3.4.1 Morte real
 - 3.4.2 Morte presumida sem declaração de ausência. *A justificação*
 - 3.4.3 Morte presumida com declaração de ausência
 - 3.4.3.1 Da curadoria dos bens do ausente (arts. 22 a 25 do CC)
 - 3.4.3.2 Da sucessão provisória (arts. 26 a 36 do CC)
 - 3.4.3.3 Da sucessão definitiva (arts. 37 a 39 do CC)
 - 3.4.4 Da comoriência
- 3.5 O estado civil da pessoa natural. Visão crítica

3.6 Resumo esquemático

3.7 Questões correlatas

Gabarito

4. DA PESSOA JURÍDICA

4.1 Introdução. Conceito de pessoa jurídica. Regras gerais

4.2 Principais classificações gerais da pessoa jurídica

4.2.1 Quanto à nacionalidade

4.2.2 Quanto à estrutura interna

4.2.3 Quanto às funções e capacidade

4.3 Da pessoa jurídica de direito privado. Figuras previstas no art. 44 do CC

4.3.1 Das fundações particulares

4.3.2 Das associações

4.3.3 Das sociedades

4.3.4 Das organizações religiosas e dos partidos políticos. Corporações *sui generis*

4.3.5 Das empresas individuais de sociedade limitada (EIRELI)

4.4 Regras de Direito Intertemporal quanto às pessoas jurídicas

4.5 Domicílio das pessoas jurídicas

4.6 Extinção da pessoa jurídica e destinação dos bens

4.7 Da desconsideração da personalidade jurídica

4.8 Entes ou grupos despersonalizados

4.9 Resumo esquemático

4.10 Questões correlatas

Gabarito

5. DO OBJETO DO DIREITO. OS BENS

5.1 Conceito de bens

5.2 Principais classificações dos bens

5.2.1 Classificação quanto à tangibilidade

5.2.2 Classificação dos bens quanto à mobilidade

5.2.3 Classificação quanto à fungibilidade

5.2.4 Classificação quanto à consuntibilidade

5.2.5 Classificação quanto à divisibilidade

5.2.6 Classificação quanto à individualidade

5.2.7 Classificação quanto à dependência em relação a outro bem (bens reciprocamente considerados)

5.2.8 Classificação em relação ao titular do domínio

5.3 Do bem de família

5.3.1 Introdução. Concepção civil-constitucional do bem de família. A nova dimensão da ideia de patrimônio

5.3.2 O bem de família convencional ou voluntário

5.3.3 O bem de família legal

5.4 Resumo esquemático

5.5 Questões correlatas

Gabarito

6. TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

6.1 Fatos, atos e negócios jurídicos. Conceitos iniciais

6.2 Do ato jurídico em sentido estrito ou ato jurídico *stricto sensu*

6.3 Do negócio jurídico

6.3.1 Principais classificações dos negócios jurídicos

6.3.2 Os elementos constitutivos do negócio jurídico

6.3.2.1 Introdução. Os três planos do negócio jurídico. A escada ponteana

6.3.2.2 Elementos essenciais do negócio jurídico

6.3.2.3 Elementos naturais ou identificadores do negócio jurídico

6.3.2.4 Elementos acidentais do negócio jurídico

6.4 Resumo esquemático

6.5 Questões correlatas.

Gabarito

7. DEFEITOS OU VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E TEORIA DAS NULIDADES

7.1 Introdução. Classificação dos vícios do negócio jurídico

7.2 Do erro e da ignorância

7.3 Do dolo

7.4 Da coação

7.5 Do estado de perigo

7.6 Da lesão

7.7 Da fraude contra credores

7.8 O novo tratamento da simulação

7.9 Da invalidade do negócio jurídico. A teoria das nulidades do negócio jurídico

7.9.1 Introdução

7.9.2 Da inexistência do negócio jurídico

7.9.3 Da nulidade absoluta

7.9.4 Da nulidade relativa ou anulabilidade

7.10 Resumo esquemático

7.11 Questões correlatas

Gabarito

8. DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. O TRATAMENTO DIFERENCIADO

8.1 Introdução

8.2 Da prescrição

8.2.1 Conceito de prescrição

8.2.2 Disposições gerais sobre a prescrição

8.2.3 Das causas impeditivas e suspensivas da prescrição

8.2.4 Das causas de interrupção da prescrição

8.2.5 Dos prazos de prescrição previstos na Parte Geral do Código Civil. As ações imprescritíveis

8.2.6 Prescrição e direito intertemporal

8.3 Da decadência. Conceitos e disposições gerais

8.3.1 Prazos de decadência

8.4 Resumo esquemático

8.5 Questões correlatas

Gabarito

9. A PROVA DO NEGÓCIO JURÍDICO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

9.1 Introdução. A necessidade de o Código Civil trazer um capítulo específico quanto à prova

9.2 Os meios de prova previstos pelo Código Civil de 2002. Análise das regras constantes da atual codificação privada

9.3 Presunções, perícias e investigação de paternidade. Tratamento legal e análise prática

9.4 Confrontação entre o art. 221 do Código Civil e o art. 585, II, do CPC. Aplicação do estudo das antinomias ou lacunas de conflito

9.5 Resumo esquemático

9.6 Questões correlatas

Gabarito

BIBLIOGRAFIA

LEI DE INTRODUÇÃO

Sumário: 1.1 Aspectos gerais de Direito Privado: 1.1.1 Introdução; 1.1.2 As fontes do direito. A lei. As formas de integração da norma jurídica e as *ferramentas do sistema jurídico*; 1.1.3 A lei como fonte principal do direito brasileiro. O problema das lacunas da lei; 1.1.4 As antinomias ou lacunas de conflito – 1.2 Da proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido (arts. 6.º, da Lei de Introdução, e 5.º, XXXVI, da CF/1988). Relativização da proteção – 1.3 As normas específicas de Direito Internacional Público e Privado constantes na Lei de Introdução. Breves comentários – 1.4 Resumo esquemático – 1.5 Questões correlatas.

1.1 ASPECTOS GERAIS DE DIREITO PRIVADO

1.1.1 Introdução

O Decreto-lei 4.657/1942, que instituiu a Lei de Introdução, é um conjunto de normas sobre normas, ou uma norma de sobredireito (*lex legum*), eis que disciplina as próprias normas jurídicas, prevendo a maneira de sua aplicação no tempo e no espaço, bem como a sua compreensão e o entendimento do seu sentido lógico, determinando também quais são as fontes do direito, em complemento ao que consta na Constituição Federal.

A lei em questão não é só importante para o Direito Civil, atingindo outros ramos do Direito Privado ou mesmo do Direito Público. Por isso, e por bem, a recente Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou o seu nome de Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Isso porque, atualmente, a norma mais se aplica aos outros ramos do Direito do que ao próprio Direito Civil. Por questões didáticas e pelo momento de transição, na presente obra e nos demais volumes desta coleção, a norma será denominada tão simplesmente de Lei de Introdução.

Com o presente esboço pretende-se demonstrar seu âmbito de aplicação na esfera privada.

Frise-se que a Lei de Introdução se dirige a todos os ramos jurídicos, salvo naquilo que for regulado de forma diferente pela legislação específica. Ao contrário das outras normas, que têm como objeto o comportamento humano, a Lei de Introdução tem como objeto a própria norma. Por tal razão é que se aponta tratar-se de uma *norma de sobredireito*.

1.1.2 As fontes do direito. A lei. As formas de integração da norma jurídica e as ferramentas do sistema jurídico

A expressão *fontes do direito* é utilizada de forma figurada para designar o ponto de partida para o surgimento do direito e do seu estudo, a ciência jurídica. Serve também para demonstrar quais são as manifestações jurídicas, ou seja, *as formas de expressão do direito*, como prefere Rubens Limongi

França (*Instituições...*, 1996, p. 10). Assim, procurar as fontes do direito significa buscar o ponto de onde elas surgiram, no aspecto social, para ganhar relevância jurídica. Não há unanimidade na classificação das fontes do direito, sendo certo que, em uma *visão civilista clássica*, pode ser adotada a seguinte classificação:

1.1.2.1 Fontes formais, diretas ou imediatas

São constituídas pela lei, pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais de direito, conceitos que são retirados do art. 4.º da Lei de Introdução. São fontes independentes que derivam da própria lei, bastando por si para a existência ou manifestação do direito. A lei constitui fonte formal, direta ou imediata primária, enquanto a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito constituem fontes formais, diretas ou imediatas secundárias.

Logicamente, a lei é a principal fonte (fonte formal primária) do direito brasileiro, porque o nosso sistema é baseado no sistema romano-germânico da *Civil Law*, sendo as demais fontes diretas acessórias (fontes formais secundárias). Por certo que, com a Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu a súmula vinculante, surgem dúvidas se o nosso País continua filiado ao sistema citado, ou se adotamos um sistema misto, próximo ao da *Common Law*, baseado nos costumes e nas decisões do Poder Judiciário.

A respeito dos primeiros impactos da súmula vinculante em nosso País, André Ramos Tavares aponta uma radical oposição e aparente incompatibilidade entre o modelo brasileiro e o da *Common Law*, pois “enquanto o modelo codificado (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei” (*Nova lei...*, 2007, p. 20).

Indagações pairam no ar quanto ao reconhecimento da súmula vinculante como fonte primária de nosso ordenamento jurídico. A Emenda Constitucional 45 introduziu o art. 103-A ao Texto Maior, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

A inovação está sendo debatida pela comunidade jurídica nacional e pela doutrina especializada. Destaque-se que entrou em vigor a Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando a aplicação da súmula vinculante, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal já aprovou algumas. O que se percebe é que foi dada a partida para a discussão do alcance prático do instituto em questão.

Há quem entenda que a súmula vinculante deve ser tida como fonte formal primária do Direito

Brasileiro. Parece ser essa a conclusão a que chega José Marcelo Menezes Vigliar, ao afirmar que “a regra da vinculação é extremamente clara e tem uma força que, convenhamos, supera em alguns aspectos a força da lei, pois a lei pode ser interpretada e levada aos tribunais. A decisão, nos limites do previsto na Constituição Federal, não. Terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais juízes e Administração” (A reforma..., *Reforma do Judiciário...*, 2005, p. 288). Todavia, pensando melhor sobre o tema, concluímos que a súmula vinculante tem uma posição intermediária, entre as leis e as demais fontes do direito. Nessa linha, destaca Walber Moura Agra que *as súmulas vinculantes não são leis, não tendo a mesma força dessas* (AGRA, Walber de Moura. *Curso...*, 2008, p. 500).

Em complemento a essa interessante conclusão, comentando a nova lei que regulamenta a súmula vinculante, André Ramos Tavares aponta a existência de críticas em relação ao instituto e indaga qual é a função do Poder Judiciário. Ensina esse doutrinador que “A respeito da liberdade (de convicção) da magistratura em face da súmula vinculante, é necessário ponderar que: (i) ao magistrado sempre restará avaliar se aplica ou não uma dada súmula a um determinado caso concreto (operação de verificação), o que é amplamente reconhecido nos precedentes do Direito norte-americano; (ii) também a própria súmula é passível de interpretação, porque vertida em linguagem escrita, tal como as leis em geral” (*Nova lei...*, 2007, p. 108). No segundo ponto reside uma das supostas fraquezas do instituto em comento.

Relativamente às fontes formais secundárias, como mencionado, essas também constam da lei, particularmente do art. 4.º da Lei de Introdução, a saber: analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Na primeira edição desta obra foi defendido que a ordem constante do art. 4.º da Lei de Introdução é perfeitamente lógica e deve ser seguida. Entretanto, a nossa opinião mudou na segunda edição do trabalho. Isso, diante da *eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais*, da aplicação direta das normas protetivas da pessoa humana e dos princípios correlatos nas relações privadas, os quais estão de acordo com a tendência de *constitucionalização do Direito Civil*. Ora, como é possível aplicar a analogia antes de um princípio constitucional que resguarda um direito fundamental? Oportunamente serão demonstradas as razões dessa mudança de entendimento.

1.1.2.2 Fontes não formais, indiretas ou mediatas

Constituídas, basicamente, pela doutrina e jurisprudência, que não geram por si só regra jurídica, mas acabam contribuindo para a sua elaboração. Esses institutos não constam da lei como fontes do direito de forma expressa. Alguns autores, entretanto, pretendem colocar a doutrina e a jurisprudência dentro do conceito de costumes.

De acordo com a melhor construção de Maria Helena Diniz, o costume é constituído por dois elementos básicos: o uso e a convicção jurídica daqueles que o praticam (*Lei de introdução...*, 2001, p. 119). Sendo assim, doutrina e jurisprudência podem ser consideradas partes integrantes do elemento costume, constituindo também fontes formais, diretas ou imediatas secundárias do direito, desde que reconhecida a sua utilização pela comunidade jurídica em geral.

Ensina Ricardo Luís Lorenzetti que o costume “tem um desempenho fundamental no Direito Contemporâneo, como teve no Direito antigo. Seu papel amplia e integra-se ao Direito, não somente

como conflito, mas como atuação social, já que permite predizer o que os outros farão” (*Fundamentos...*, 1998, p. 272). Havendo tal reconhecimento como parte do costume, como ocorre com as súmulas dos Tribunais Superiores (STF, STJ e TST), devem tanto a doutrina quanto a jurisprudência ser consideradas como fontes formais do direito. No caso dessas decisões judiciais, utiliza-se a expressão *costume judiciário*.

Ademais, pela sistemática do Código Civil de 2002, deve-se considerar que a equidade, a *justiça do caso concreto*, conforme Aristóteles, também é fonte não formal, indireta ou mediata do Direito Privado, assim como o são, em regra, doutrina e jurisprudência. Isso porque adota o atual Código Civil um sistema de *cláusulas gerais*, pelo qual por diversas vezes é o aplicador do Direito convocado a preencher *janelas abertas* deixadas pelo legislador, de acordo com a equidade, o bom senso. Esse sistema de cláusulas gerais mantém relação com o princípio da operabilidade, um dos regramentos básicos da codificação em vigor.

Superada essa observação, passa-se ao estudo das tradicionais fontes do direito, de forma detalhada e com maiores aprofundamentos.

1.1.3 A lei como fonte principal do direito brasileiro. O problema das lacunas da lei

A lei pode ser definida de vários modos. Preferimos conceituá-la da seguinte forma: *a lei é a norma imposta pelo Estado, devendo ser obedecida, assumindo forma imperativa*. Como aponta a melhor doutrina, “A norma jurídica é um imperativo autorizante” (DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma...*, 2003). Para tanto, Maria Helena Diniz utiliza a conceituação de Goffredo Telles Jr., professor emérito da Universidade de São Paulo (*O direito quântico...*, 1971).

Nas sociedades contemporâneas, a lei é indiscutivelmente a mais importante das fontes da ordem jurídica, tendo aplicação imediata. Nunca é demais repetir o texto que consta do art. 5.º, II, da CF/1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (*princípio da legalidade*), o que demonstra muito bem qual o alcance da norma jurídica para o ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, prevista a lei para um caso concreto, merece esta aplicação direta, conhecida como *subsunção*, conceituada como sendo a *incidência imediata ou direta de uma norma jurídica*.

De toda a sorte não se pode ter um apego total à lei, sob pena de se cair nas raias do mais puro legalismo. Deve-se ter em mente que não vivemos sob o império do Estado de Legalidade, mas do Estado de Direito. Em suma, a conclusão é que a lei não é o *teto* para as interpretações jurídicas, mas o seu *piso mínimo*. De outra forma, pode-se dizer que a lei não é a chegada, mas o ponto de partida do Direito.

Pela literalidade do art. 4.º da Lei de Introdução, quando a lei for omissa serão aplicadas as demais formas de expressão direta do direito, as denominadas *formas de integração da norma jurídica*, que são ferramentas para correção do sistema, utilizadas quando não houver norma prevista para o caso concreto. Em total sintonia com o que prevê a Lei de Introdução, o Código de Processo Civil, no seu art. 126, prevê que “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Esse dispositivo veda que o magistrado não julgue o caso concreto, o que se denomina *non liquet*.

Portanto, deve ser reconhecido que o ordenamento jurídico constitui um sistema aberto, no qual há lacunas, conforme elucida Maria Helena Diniz em sua clássica obra *As lacunas no direito* (2002, p. 1-5). Entretanto, estas lacunas não são do direito, mas da lei, omissa em alguns casos. Em caso de lacunas, deverão ser utilizadas as formas de *integração*, que não se confunde com a *subsunção*. Nesse sentido, pode-se utilizar a seguinte frase, transmitida a este autor por Maria Helena Diniz no curso de mestrado da PUC/SP, e de conteúdo interessante:

“*O Direito não é lacunoso, mas há lacunas.*”

A frase poderia parecer um paradoxo, mas não é, pois traz muito bem o sentido do ordenamento jurídico. De fato, não existem lacunas no direito, eis que o próprio sistema prevê meios de preenchimento dessas nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução e também na Constituição Federal. As lacunas existentes são, na essência, da lei, diante da ausência de uma determinada norma jurídica prevista para o caso concreto.

No que tange às lacunas, é interessante seguir a classificação criada por Maria Helena Diniz, da seguinte forma (*As lacunas...*, 2002, p. 95):

- *Lacuna normativa*: ausência de norma prevista para um determinado caso concreto.
- *Lacuna ontológica*: presença de norma para o caso concreto, mas que não tenha eficácia social.
- *Lacuna axiológica*: presença de norma para o caso concreto, mas cuja aplicação seja insatisfatória ou injusta.
- *Lacuna de conflito ou antinomia*: choque de duas ou mais normas válidas, pendente de solução no caso concreto. As antinomias serão estudadas oportunamente, em seção própria.

Encerrando o presente tópico, destaque-se que a lei, como fonte principal do direito, tem as seguintes características básicas:

- Generalidade* – a norma jurídica dirige-se a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, tendo eficácia *erga omnes*.
- Imperatividade* – a norma jurídica é um imperativo, impondo deveres e condutas para os membros da coletividade.
- Permanência* – a lei perdura até que seja revogada por outra ou perca a eficácia.
- Competência* – a norma, para valer contra todos, deve emanar de autoridade competente, com o respeito ao processo de elaboração.
- Autorizante* – o conceito contemporâneo de norma jurídica traz a ideia de um *autorizamento* (a norma autoriza ou não autoriza determinada conduta), estando superada a tese de que não há norma sem sanção (Hans Kelsen).

1.1.3.1 Da vigência das leis no tempo

A lei passa por um processo antes de entrar em vigor, sendo certo que, após a sua elaboração, promulgação e publicação, tem vigência depois de um período de *vacatio legis*. Como regra, esse

período é previsto na própria norma, como ocorreu com o Código Civil de 2002 (“Art. 2.044. Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação”).

Não havendo tal previsão específica, segundo consta do art. 1.º da Lei de Introdução, o período de *vacatio* será de 45 dias, após a sua publicação oficial.

Esse prazo de *vacatio legis* conta-se incluindo o dia do começo – o dia da publicação – e também o último dia do prazo – o dia do vencimento –, conforme determina o art. 8.º, § 1.º, da Lei Complementar 95/1998, modificado pela LC 107/2001. Esse dispositivo não foi revogado pelo art. 132 do atual CC, pelo qual “salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento”. Isso, pela ressalva que consta do próprio dispositivo da codificação, sendo certo que a primeira norma é especial, devendo prevalecer.

Dúvidas surgem a respeito da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Como é notório, a atual codificação privada foi publicada no *Diário Oficial da União* do dia 11.01.2002.

Pois bem, o art. 2.044 do atual Código Civil, norma de direito intertemporal, deve ser interpretado em consonância com a citada Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que trata da vigência de leis. Prevê o art. 8.º desta norma, inclusive pela nova redação dada pela LC 107, de 26 de abril de 2001:

“Art. 8.º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão.

§ 1.º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (*parágrafo incluído pela LC 107/2001.*)

§ 2.º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’”. (*parágrafo incluído pela LC 107/2001.*)

Pois bem, aplicando essa lei complementar, ensina Mário Luiz Delgado:

“Vê-se, portanto, que para a contagem do prazo anual inclui-se o dia 11, que foi o dia da publicação da lei, bem como o último dia do prazo. E qual foi o último dia? Se considerarmos o ano como sendo o período de 365 dias (e não se fale aqui em ano bissexto, uma vez que o ano de 2002 não o foi), temos que o período anual iniciado a 11.01.2002 terminou no dia 11.01.2003. Senão vejamos: somando 21 dias do mês de janeiro de 2002 (incluindo o dia 11.01.2002), mais 28 dias de fevereiro, mais 31 dias de março, maio, julho, agosto, outubro e dezembro, mais 30 dias de abril, junho, setembro e novembro, teremos 355 dias; para completar o período anual que é de 365 dias ficará faltando um período de 10 dias, se adicionarmos aos 355 dias transcorridos desde 11.01.2002 os 10 primeiros dias do mês de janeiro do ano subsequente (2003), teremos um período de 365 dias; assim, o período anual iniciado no dia 11.01.2002 completou-se exatamente no dia 10.01. 2003. Por esse critério, o novo Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, primeiro dia subsequente ao término do prazo, nos termos ditados pela Lei

Também conclui dessa forma a Professora Maria Helena Diniz (*Comentários...*, 2005, v. 22, p. 1.660), que adota o mesmo sistema de contagem, com o qual se deve concordar. Desse modo, como a maioria da doutrina, este autor entende que o Código Civil de 2002 entrou em vigor no dia *11 de janeiro de 2003*. Esse entendimento doutrinário majoritário consta, inclusive, de enunciado aprovado na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que trata dos juros. Preceitua o Enunciado n. 164 do CJF/STJ que, “Tendo a mora do devedor início ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código Civil de 2002”. O enunciado doutrinário em questão mantém relação com os arts. 2.044 e 2.045 do CC/2002, bem como com o art. 2.035, *caput*, da mesma Lei, e que ainda será comentado, diante da sua enorme importância prática.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça igualmente tem entendido que 11 de janeiro é a data da entrada em vigor da nova codificação privada. Por todos os julgados transcreve-se a seguinte ementa:

“Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Prescrição. Inocorrência. Prazo. Código Civil. Vigência. Termo inicial. 1. À luz do novo Código Civil os prazos prescricionais foram reduzidos, estabelecendo o art. 206, § 3.º, V, que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil. Já o art. 2.028 assenta que ‘serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada’. Infere-se, portanto, que tão somente os prazos em curso que ainda não tenham atingido a metade do prazo da lei anterior (menos de dez anos) estão submetidos ao regime do Código vigente, ou seja, 3 (três) anos. Entretanto, consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, esses três anos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003, e não da data da ocorrência do fato danoso. 2. Conclui-se, assim, que, no caso em questão, a pretensão do ora recorrente não se encontra prescrita, pois o ajuizamento da ação ocorreu em 24.06.2003, antes, portanto, do decurso do prazo prescricional de três anos previsto na vigente legislação civil. 3. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a inocorrência da prescrição e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem” (STJ, REsp 698.195/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, julgado em 04.05.2006, *DJ* 29.05.2006, p. 254).

O julgado do STJ colacionado discute a aplicação do art. 2.028 do CC em vigor, que consta do Capítulo 8 desta obra e que envolve questão em que a data de entrada em vigor da atual codificação é fundamental, conforme será analisado.

Imperioso dizer que, em sede de Tribunais locais, quanto ao dia 11.01.2003, assim também tem entendido o Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de Instrumento 896.543-0/6 – Americana – 25.ª Câm. de Direito Privado – Relator: Amorim Cantuária – 28.06.2005 – v.u.), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível 70011021706 – Porto Alegre – 2.ª Câm. Cível –

Relator: Roque Joaquim Volkweiss – 18.05.2005 – v.u.), o Tribunal de Justiça do Paraná (Apelação Cível 0282266-4 – Curitiba – 13.^a Câm. Cível – Relator: Costa Barros – 13.05.2005), o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Decisão Monocrática: Agravo de Instrumento 2004.012831-2/0000-00 – Comarca de Lages – Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta – 01.06.2004), o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Cível 2006.001.08823 – 5.^a Câm. Cível – Relator: Antonio Saldanha Palheiro – 14.03.2006) e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação Cível 2.0000.00.432089-6/000 – Relator: Eduardo Mariné da Cunha – 09.06.2004).

Mas, como não poderia ser diferente, há outros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Entende Zeno Veloso que o novo Código Civil entrou em vigor no dia 12 de janeiro de 2003, aplicando a simples contagem anual. Assim, se o Código foi publicado no dia 11.01.2002, pela contagem una, entrou em vigor no dia subsequente do próximo ano (VELOSO, Zeno. *Quando entrou em vigor o novo Código?* Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Artigos de convidados. Acesso em: 6 fev. 2006). Conclui da mesma forma Vitor Frederico Kümpel, para quem a contagem ano a ano é a melhor do ponto de vista técnico (*Introdução ao estudo do direito...*, 2007, p. 120). Aliás, como reconhece o último doutrinador, “a matéria não é pacífica e as raras vezes em que o tema foi questionado em concurso público ou as duas respostas foram consideradas certas ou a questão foi anulada”. Em sede jurisprudencial, há julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo adotando esse último entendimento (Apelação Cível 892.401-0/0 – São Paulo – 27.^a Câm. de Direito Privado – Rel. Jesus Lofrano – 05.07.2005 – v.u.).

Na verdade o grande embate existente refere-se às duas datas (11 ou 12 de janeiro), mas há outras duas teses, um pouco menos balizadas.

Primeiramente, há julgados apontando que o novo Código Civil entrou em vigor no dia 10 de janeiro de 2003, não se sabendo ao certo qual foi o critério adotado (TJRJ, Apelação Cível 2006.001.09860 – Rel. Des. Roberto Wider – j. 18.04.2006 – 5.^a Câm. Cível).

Mário Luiz Delgado relata ainda outro suposto entendimento doutrinário de que o novo Código Civil entrou em vigor no dia 25 de fevereiro de 2002 (*Problemas de direito intertemporal...*, 2004, p. 48). Essa linha de pensamento está fundamentada na existência de antinomia entre o art. 2.044 do CC/2002 e o § 2.^o do art. 8.^o da LC 95/1998, pois a primeira norma não adota a contagem em dias, como determina a segunda. Sendo a primeira norma inconstitucional, deve ser aplicado o art. 1.^o da Lei de Introdução, no sentido de que, não havendo prazo de vacância expresso, a nova norma começa a valer 45 dias após a sua publicação. Não foi encontrado um julgado sequer aplicando essa tese, que não deve ser adotada, pois apegada a detalhes que não são levados em conta pelo senso comum.

Encerrando essa discussão, apesar de todos esses entendimentos, deve-se deixar claro, mais uma vez, que prevalece o primeiro posicionamento aqui esposado, o de que *o atual Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003*.

Superado esse ponto, de acordo com o art. 1.^o, § 1.^o, da Lei de Introdução, a obrigatoriedade da norma brasileira passa a vigorar, nos Estados estrangeiros, três meses após a publicação oficial em nosso País.

O § 2.^o do art. 1.^o da Lei de Introdução previa que no caso de norma pendente de aprovação e autorização pelo governo estadual, vigoraria a lei a partir do prazo fixado por legislação estadual

específica. A norma foi recentemente revogada pela Lei 12.036/2009 e, em casos tais, aplica-se a regra geral.

Havendo *norma corretiva*, mediante nova publicação do texto legal, os prazos mencionados devem correr a partir da nova publicação (art. 1.º, § 3.º, da Lei de Introdução). A *norma corretiva* é aquela que existe para afastar equívocos importantes cometidos pelo comando legal, sendo certo que as correções do texto de lei já em vigor devem ser consideradas como sendo lei nova.

Sobre o *erro legislativo*, Vitor Frederico Kümpel apresenta classificação interessante: a) *erro irrelevante* – aquele que o juiz pode corrigir de ofício, pois tem autoridade para tanto, uma vez que o erro não gera divergência na interpretação; b) *erro substancial* – aquele que gera problema de interpretação, havendo necessidade de uma correção legislativa (*Introdução ao estudo do direito...*, 2007, p. 122).

No que concerne à correção, ou *errata*, ensina Maria Helena Diniz que “se a correção for feita dentro da vigência da lei, a lei, apesar de errada, vigorará até a data do novo diploma civil publicado para corrigi-la, pois uma lei deverá presumir-se sempre correta. Se apenas uma parte da lei for corrigida, o prazo recomeçará a fluir somente para a parte retificada, pois seria inadmissível, no que atina à parte certa, um prazo de espera excedente ao limite imposto para o início dos efeitos legais, salvo se a retificação afetar integralmente o espírito da norma. Respeitar-se-ão os direitos e deveres decorrentes da norma publicada com incorreção, ainda não retificada” (*Lei de introdução...*, 2001, p. 60).

É de se concordar com esse último posicionamento, diante da proteção constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, constante no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e também no art. 6.º da própria Lei de Introdução.

No que toca à vigência da norma no tempo, consagra o art. 3.º da Lei de Introdução o *princípio da obrigatoriedade da norma*, segundo o qual ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la. Seguindo mais uma vez o posicionamento defendido por Maria Helena Diniz, traz o comando visualizado, em seu conteúdo, uma *necessidade social*, “de que as normas devem ser conhecidas para que melhor sejam observadas” (*Lei de introdução...*, 2001, p. 87). Para a mesma autora, trata-se de uma obrigatoriedade simultânea ou do *princípio da vigência sincrônica*.

Não merece alento, assim, a tese da *ficção legal*, pela qual a obrigatoriedade é um comando criado pela lei e dirigida a todos; muito menos a teoria pela qual há uma *presunção absoluta (iure et iure)* de que todos conhecem o teor da norma, a partir da sua publicação.

Sobre a tese da presunção, em certo sentido absurda, comenta Zeno Veloso:

“Não se deve concluir que o aludido art. 3.º da Lei de Introdução está expressando uma presunção de que todos conhecem as leis. Quem acha isto está conferindo a pecha de inepto ou insensato ao legislador. E ele não é estúpido. Num País em que há um excesso legislativo, uma superprodução de leis, que a todos atormenta, assombra e confunde – sem contar o número enormíssimo de medidas provisórias –, presumir que todas as leis são conhecidas por todo mundo agrediria a realidade” (*Comentários...*, 2005, p. 53).

Concorda-se integralmente, pois o legislador não seria tão estúpido! Aliás, a realidade

contemporânea é de uma *explosão de leis*, de um *Big Bang Legislativo*, conforme denominou Ricardo Lorenzetti. Mesmo os aplicadores do direito mais experientes não conhecem sequer 10% das leis em vigor em nosso País. O que dizer, então, do cidadão comum, que não estuda as leis? Em um tom crítico, percebe que o art. 3.º da Lei de Introdução perdeu aplicação prática, por falta de amparo e suporte social.

Soma-se a tal premissa a conclusão de que o princípio da obrigatoriedade das leis não pode ser mais visto como um preceito absoluto diante do atual Código Civil. Isso porque o art. 139, III, da codificação em vigor admite a existência de erro substancial quando a falsa noção estiver relacionada com um erro de direito (*error iuris*), desde que este seja a única causa para a celebração de um negócio jurídico e que não haja desobediência à lei. Cite-se que a Lei de Contravenções Penais já previa o erro de direito como justificativa para o descumprimento da norma (art. 8.º).

Deve-se entender que não há qualquer conflito entre o art. 3.º da Lei de Introdução e o citado art. 139, III, do CC/2002, que possibilita a anulabilidade do negócio jurídico pela presença do erro de direito, conforme previsão do seu art. 171. A primeira norma – Lei de Introdução – é geral, apesar da discussão da sua eficácia, enquanto a segunda – Código Civil – é especial, devendo prevalecer. Concluindo, havendo erro de direito a acometer um determinado negócio ou ato jurídico, proposta a ação específica no prazo decadencial de 4 (quatro) anos contados da sua celebração (art. 178, II, do CC), haverá o reconhecimento da sua anulabilidade.

O art. 2.º da Lei de Introdução consagra o *princípio da continuidade da lei*, pelo qual a norma, a partir da sua entrada em vigor, tem eficácia contínua, até que outra a modifique ou revogue. Dessa forma, tem-se a regra do fim da obrigatoriedade da lei, além do caso de ter a mesma vigência temporária.

Contudo, não se fixando este prazo, prolongam-se a obrigatoriedade e o princípio da continuidade até que a lei seja modificada ou revogada por outra (art. 2.º, *caput*, da Lei de Introdução). A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.º, § 1.º). Esse preceito consagra as revogações expressa e a tácita da lei, a seguir estudadas.

Entretanto, a lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2.º, § 2.º). O comando trata das *normas com sentido complementar*. A título de exemplo, pode ser citada a Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/2008), que não revogou as regras previstas no Código Civil a respeito dos alimentos (arts. 1.694 a 1.710), mas apenas completou tal tratamento legislativo. Essa norma especial terá uma breve análise crítica no Capítulo 3 deste livro.

Pelo que consta do texto legal transcrito, a *revogação*, meio mais comum para se retirar a eficácia de uma norma jurídica, pode ocorrer sob duas formas, classificadas quanto à sua extensão:

- a) *Revogação total* ou *ab-rogação* – ocorre quando se torna sem efeito uma norma de forma integral, com a supressão total do seu texto por uma norma emergente. Exemplo ocorreu com o Código Civil de 1916, pelo que consta do art. 2.045, primeira parte, do CC/2002.
- b) *Revogação parcial* ou *derrogação* – ocorre quando uma lei nova torna sem efeito parte de uma lei anterior, como ocorreu com a parte primeira do Código Comercial de 1850, segundo

está previsto no mesmo art. 2.045, segunda parte, do CC.

Em relação ao modo, as duas formas de revogação analisadas podem ser assim classificadas:

- a) *Revogação expressa (ou por via direta)* – situação em que a lei nova taxativamente declara revogada a lei anterior ou aponta os dispositivos que pretende retirar. Conforme previsão do art. 9.º da Lei Complementar 95/1998, “a cláusula de revogação deverá enumerar expressamente a lei ou disposições revogadas”. O respeito, em parte, em relação a tal dispositivo especial pode ser percebido pela leitura do já citado art. 2.045 do Código Civil, pelo qual “revogam-se a Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Primeira Parte do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850”. Entretanto, o atual Código Civil permaneceu silente quanto à revogação ou não de algumas leis especiais como a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), a Lei do Condomínio e Incorporação (Lei 4.591/1967), entre outras. Nesse último ponto residem críticas ao Código Civil de 2002, por ter desobedecido a orientação anterior. O que se percebe, na prática, é que a questão da revogação das leis especiais anteriores deve ser analisada caso a caso pelo atento civilista. Em complemento, o dispositivo da citada lei complementar que impõe a revogação expressa de normas não é devidamente obedecido no Brasil, tornando-se verdadeira *letra morta* na lei.
- b) *Revogação tácita (ou por via oblíqua)* – situação em que a lei posterior é incompatível com a anterior, não havendo previsão expressa no texto quanto à sua revogação. Conforme foi dito, o Código Civil de 2002 não trata da revogação de leis especiais, devendo ser aplicada a revogação parcial tácita que parece constar do seu art. 2.043 do Código Civil: “Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”. Ilustrando, é notório que vários preceitos materiais de leis especiais, como a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1973), foram incorporados pelo atual Código Civil. Desse modo, permanecem em vigor os seus preceitos processuais, trazendo a conclusão da sua revogação parcial, por via oblíqua. Não se pode concluir que *todas* as normas materiais não incorporadas foram revogadas, devendo-se analisar o caso concreto. Polêmica nesse sentido surge quanto ao direito real de habitação a favor do companheiro, que não foi incorporado pela atual codificação. Para consulta, a discussão consta do Volume 6 desta coleção.

Muito importante lembrar que o art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução afasta a possibilidade da lei revogada anteriormente repristinar, salvo disposição expressa em lei em sentido contrário. O *efeito repristinatório* é aquele pelo qual *uma norma revogada volta a valer no caso de revogação da sua revogadora*.

Esclarecendo:

- 1) Norma A – válida.
- 2) Norma B revoga a norma A.

- 3) Norma C revoga a norma B.
- 4) A Norma A (revogada) volta a valer com a revogação (por C) da sua revogadora (B)?
- 5) Resposta: Não. Porque não se admite o efeito repristinatório automático.

A conclusão, portanto, é que *não existe o efeito repristinatório automático*. Contudo, excepcionalmente, a lei revogada volta a vigor quando a lei revogadora for declarada inconstitucional ou quando for concedida a suspensão cautelar da eficácia da norma impugnada – art. 11, § 2.º, da Lei 9.868/1999. Também voltará a vigor quando, não sendo situação de inconstitucionalidade, o legislador assim o determinar expressamente. Em suma, são possíveis duas situações. A primeira delas é aquela em que o efeito repristinatório decorre da declaração de inconstitucionalidade da lei. A segunda é o efeito repristinatório previsto pela própria norma jurídica. Como exemplo da primeira hipótese, pode ser transcrito o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Contribuição previdenciária patronal. Empresa agroindustrial. Inconstitucionalidade. Efeito repristinatório. Lei de Introdução. 1. A declaração de inconstitucionalidade em tese, ao excluir do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida, conduz à restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. 2. Sendo nula e, portanto, desprovida de eficácia jurídica a lei inconstitucional, decorre daí que a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios. 3. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a repristinação prevista no artigo 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução, sobretudo porque, no primeiro caso, sequer há revogação no plano jurídico. 4. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, 2.ª T., REsp 517.789/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.06.2004, DJ 13.06.2005, p. 236).

Muitas vezes, podem surgir conflitos quando uma norma é modificada ou com o surgimento de uma nova lei. Em casos tais, deve o aplicador do direito procurar socorro em regras específicas de *direito intertemporal*, denominadas *Disposições finais e transitórias*. O atual Código Civil traz essas ferramentas entre os seus arts. 2.028 a 2.046 que serão muito utilizadas no decorrer do presente trabalho, quando do estudo de temas específicos.

1.1.3.2 Da vigência das leis no espaço

Toda lei ou norma jurídica, em princípio, tem seu campo de aplicação limitado no espaço pelas fronteiras do Estado que a promulgou. Essa a melhor concepção do *princípio da territorialidade da lei*, segundo o qual no Brasil somente se pode aplicar a norma jurídica nacional.

O território nacional, em sentido amplo ou *lato sensu*, inclui a parte continental – o território propriamente dito –, o solo, o espaço aéreo, bem como as águas que nela se encontrarem. Também fazem parte do território nacional as ilhas, bem como uma faixa de mar territorial correspondente a 12 milhas.

Os Estados contemporâneos, todavia, têm admitido a aplicação, em determinadas circunstâncias,

de normas estrangeiras e de fontes do Direito Internacional Público (tratados e convenções) em seu território, com o intuito de facilitar as relações entre os países. Conforme aponta a doutrina especializada no assunto, é essa uma das consequências do crescente relacionamento entre os sujeitos do direito internacional na comunidade globalizada.

Exemplificando, essa aplicação extraterritorial do direito pode surgir tanto no âmbito público – quando um estrangeiro comete um crime no Brasil – quanto no âmbito privado – quando um nacional possui bens ou realiza negócios em território estrangeiro. É importante repisar que a Lei de Introdução traz normas de aplicação aos dois ramos do direito internacional, seja público ou privado.

Como uma nação evoluída e soberana, nosso País adotou a *teoria da territorialidade moderada* ou *temperada*, princípio pelo qual as leis e as sentenças estrangeiras podem ser aplicadas no Brasil, observadas certas regras, algumas delas constantes na própria Lei de Introdução.

Nesse sentido, vale dizer que uma sentença estrangeira somente terá aplicação entre nós se for devidamente homologada pelo Poder Judiciário. Anteriormente, essa homologação cabia ao Supremo Tribunal Federal, órgão que era incumbido de proclamar o *exequatur* ou *cumpra-se* conforme previa o art. 15 da Lei de Introdução.

Entretanto, com a Emenda Constitucional 45 passou a ter competência para tanto o Superior Tribunal de Justiça, pela regra que consta no art. 105, I, *i*, da CF/1988. Relativamente ao tema, o constitucionalista Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira espera que “o Superior Tribunal de Justiça mantenha o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto alguns pontos sobre a homologação de sentenças estrangeiras, como: os pressupostos para a homologação (previstos no art. 217 do Regimento Interno do STF), impossibilidade de discussão do processo de homologação da relação de direito material subjacente à sentença estrangeira, possibilidade de homologação de sentença proferida em júri civil e aplicação do princípio da sucumbência” (Competências..., *Reforma do Judiciário...*, 2005, p. 205). Do mesmo modo esperamos que esse entendimento seja mantido.

Em suma, de acordo com as palavras transcritas, deve-se entender que ainda está em vigor o art. 16 da Lei de Introdução, pelo qual para a aplicação da lei ou sentença estrangeira deve ser considerado o seu inteiro teor, sem considerar-se qualquer remissão feita pela própria, ou por outra lei ou sentença.

Mais uma vez atualizando a obra, verifica-se que o art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução, foi recentemente revogado pela Lei 12.036/2009. A norma dispunha que não dependeriam de homologação as sentenças estrangeiras meramente declaratórias de estado de pessoas. Como bem escreve Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, “O STJ, seguindo antigo posicionamento do STF, entendia que esse dispositivo se encontrava revogado por força do art. 486, do CPC, razão pela qual toda e qualquer sentença estrangeira deveria se submeter ao processo de homologação no país. Nenhuma dúvida resta atualmente” (MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Código Civil...*, 2010, p. 24).

Pois bem, a sentença estrangeira ou mesmo um tratado ou convenção internacional somente terá incidência no País se não contrariar a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 17 da Lei de Introdução). Anote-se que, conforme o art. 84, VIII, da CF/1988, compete exclusivamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais,

sujeitos a referendo do Congresso Nacional. As dificuldades são de, no regime democrático, determinar quais os limites dessa assinatura pelo Presidente.

Superado esse ponto, cabe definir o que seria o *território nacional* no sentido do Direito Internacional, sendo certo que nos limites desse território é que o Estado exerce a sua soberania, pela aplicação das normas nele promulgadas.

Inicialmente, há o *território real* compreendido pelo solo, subsolo, espaço aéreo, águas continentais interiores, baías, golfos, formações geográficas internas, ilhas nacionais e uma faixa de mar exterior de 12 milhas. A respeito das doze milhas de mar territorial, esse é o pactuado conforme a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982.

O *território ficto* é aquele criado pela lei e formado pelas embaixadas, que representam a extensão do território nacional. O mesmo não pode ser dito em relação aos consulados, que representam o seu povo. O *território ficto*, segundo os ensinamentos que foram transmitidos a este autor, ainda compreende:

- a) Os navios, embarcações e aeronaves de guerra nacionais, onde quer que se encontrem, não importando o local.
- b) Os navios mercantes nacionais, quando estiverem navegando em águas territoriais brasileiras e em alto-mar, isto é, fora das águas territoriais de outro país.
- c) Os navios e as embarcações mercantes estrangeiros, quando estiverem navegando em águas brasileiras.
- d) As aeronaves nacionais, mesmo mercantes, quando sobrevoando em alto-mar a qualquer altura atmosférica.

Eventualmente, sendo celebrado um contrato no *território ficto*, aplica-se a norma brasileira, pelo que consta no art. 9.º da Lei de Introdução, que traz regra pela qual para reger obrigações aplica-se a norma do local em que a mesma foi assumida (*locus regit actum*).

1.1.3.3 Principais classificações da lei

As classificações fundamentais e consolidadas da norma jurídica que mais interessam ao Direito Privado são as seguintes:

A) Quanto à imperatividade:

- *Normas cogentes* ou *de ordem pública* – são aquelas que interessam à coletividade em sentido genérico, merecendo aplicação obrigatória, eis que são dotadas de imperatividade absoluta. As normas de ordem pública não podem ser afastadas pela autonomia privada constante em um contrato, pacto antenupcial, convenção de condomínio, testamento ou outro negócio jurídico. O atual Código Civil está impregnado de normas dessa natureza, como aquelas relacionadas com os direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), com a nulidade absoluta dos negócios jurídicos, com os direitos pessoais de família e com a função social da propriedade e dos contratos (art. 2.035, parágrafo único, do CC).

- *Normas dispositivas* ou *de ordem privada* – são aquelas que interessam tão somente aos particulares, podendo ser afastadas por disposição volitiva prevista em contrato, pacto antenupcial, convenção de condomínio, testamento ou outro negócio jurídico. São normas dessa natureza aquelas que dizem respeito ao condomínio, ao regime de bens do casamento e à anulabilidade de um negócio jurídico.

B) *Quanto à sua natureza:*

- *Normas substantivas* ou *materiais* – são aquelas relacionadas com o direito material, como é o Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor no seu todo. Entretanto, é interessante observar que as leis citadas também possuem preceitos processuais, caso das normas relativas à prova do negócio jurídico previstas no Código Civil (arts. 212 a 232).
- *Normas formais* ou *processuais* – são aquelas relacionadas com o processo, que visa a proteger o direito material, como é o Código de Processo Civil e que em certos pontos merece estudo na presente coleção.

C) *Quanto ao conteúdo de autorização:*

- *Normas mais que perfeitas* – são aquelas cuja violação do seu conteúdo possibilita a nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio, com o restabelecimento da situação anterior, sem prejuízo da imposição de uma penalidade ao seu ofensor. A norma que veda o abuso de direito (art. 187 do CC) tem essa natureza, por ter condições de gerar a nulidade de um negócio por ilicitude do seu objeto (art. 166, II, do CC), além da imputação do dever de indenizar.
- *Normas perfeitas* – são normas que trazem no seu conteúdo somente a previsão de nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio jurídico, conforme o que consta no art. 167 do CC, que consagra a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado.
- *Normas menos que perfeitas* – são normas que preveem a aplicação de uma sanção ao violador, mas sem a declaração de nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio jurídico. A norma que traz as condições suspensivas do casamento (art. 1.523 do CC) possui essa natureza.
- *Normas imperfeitas* – a violação dessa norma não acarreta qualquer sanção ou consequência jurídica, como acontece com as previsões que constam da Constituição Federal, por regra.

D) *Quanto à hierarquia:*

- *Normas constitucionais* – são aquelas constantes na Constituição Federal de 1988, que é a norma fundamental ou *norma origem* do ordenamento jurídico brasileiro. Merecem tratamento equiparado as emendas à Constituição, como é o caso da Emenda Constitucional 40/2003, a qual trouxe um novo tratamento aos juros.
- *Normas complementares* – são as que regulam matérias especiais estipuladas no Texto Maior, relacionadas com um determinado assunto, conforme prevê o art. 69 da CF/1988.
- *Normas ordinárias* – são as leis comuns, elaboradas pelo Poder Legislativo, de acordo com o

art. 61 e seguintes da CF/1988, como o Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor.

- *Normas delegadas* – são as que possuem a mesma posição hierárquica que as leis ordinárias, mas são elaboradas pelo Presidente da República que deverá solicitar delegação ao Congresso Nacional para a sua aprovação – art. 68 da CF/1988.
- *Medidas provisórias* – também com a mesma posição hierárquica das leis ordinárias, são normas com força de lei, baixadas pelo Presidente da República, somente em casos de relevância e urgência, devendo ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional, para sua conversão imediata – art. 62 da CF/1988. Por regra, perdem sua eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei ordinária no prazo de 60 dias da publicação. São prorrogáveis uma única vez, por igual prazo. Entretanto, é notório que essas regras de vigência das medidas provisórias não vêm sendo obedecidas na prática.
- *Decretos legislativos* – são normas promulgadas pelo Poder Legislativo sobre assuntos de sua competência, como, por exemplo, aqueles relacionados com a ratificação de tratados internacionais – art. 59, VI, da CF/1988.
- *Resoluções* – são normas expedidas pelo Poder Legislativo, destinadas a regular matéria de sua competência com natureza administrativa ou política, como, por exemplo, a cassação de um parlamentar – art. 59, VII, da CF/1988.
- *Normas internas* – são os regimentos e estatutos aplicáveis a um certo ramo do poder estatal ou com eficácia aos particulares. Como exemplo, cite-se a previsão do art. 27, § 3.º, da CF/1988, pelo qual: “Compete às Assembleias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos”.

E) *Quanto à especialidade:*

- *Normas gerais* – são os preceitos que regulam de forma geral um determinado assunto, sem especificações no tratamento legal. Sua caracterização depende de análise comparativa em relação à outra norma (interpretação sistemática). No presente trabalho será demonstrado que o Código Civil, no seu todo, constitui norma geral, mas é constituído por normas gerais e especiais, de acordo com o caso concreto.
- *Normas especiais* – preceitos normativos aplicáveis a um determinado instituto jurídico. Assim, a Lei 8.245/1991 deve ser considerada norma especial, aplicável aos contratos de locação de imóvel urbano, o que justifica a redação do art. 2.036 do CC/2002, outra regra de direito intertemporal, nos seguintes termos: “A locação do prédio urbano, que esteja sujeita a lei especial, por esta continua a ser regida”. Algumas normas jurídicas especiais são denominadas *microssistemas* ou *estatutos*, visando a uma proteção específica, uma *tutela de vulneráveis*, caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2005).

1.1.3.4 A interpretação das leis

Teoricamente, a norma jurídica deve sempre trazer um conteúdo claro, não sendo necessário qualquer trabalho do seu aplicador para entender o seu sentido e o seu alcance. Mas como *nem tudo são flores*, muitas vezes surgem no texto da lei ambiguidades, imperfeições ou falta de técnica, devendo haver a intervenção do intérprete, para pesquisar o verdadeiro sentido que o legislador realmente quis estatuir, bem como a eficácia social da norma jurídica.

Em casos tais entra em cena a interpretação da norma jurídica, buscando a *mens legis*, a intenção da lei; nascendo daí a *hermenêutica*, a ciência da interpretação, a teoria da arte de interpretar, de descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica.

Ressalte-se que a expressão *exegese* também é utilizada como sinônima de hermenêutica. Entretanto, não se pode confundir *exegese*, que é utilizada com sentido de interpretação, com a *Escola da Exegese*.

Essa escola surgiu na França por volta do século XIX, conforme relata Zeno Veloso, diante de um verdadeiro fascínio em relação ao Código Civil de 1804. Ensina o mestre paraense que “para esta Escola, o legislador detinha o monopólio da revelação do direito (juspositivismo); o direito é a lei escrita. A vontade do legislador é que importa, não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical” (*Comentários...*, 2005, p. 66). Nem é preciso explicar porque essa escola encontra-se totalmente superada.

Pois bem, conforme salienta Maria Helena Diniz, desde os primórdios do estudo da interpretação da norma jurídica, duas grandes escolas surgem a respeito do critério metodológico que o aplicador deve seguir para buscar o sentido da norma (*Compêndio...*, 2003, p. 420), a saber:

- a) *Teoria subjetiva de interpretação* – tese pela qual a meta da interpretação é estudar a vontade histórica do legislador.
- b) *Teoria objetiva de interpretação* – o intérprete deve se ater à real vontade da lei, à *mens legis*, desligando-se do seu elaborador.

Apesar da ciência de que predomina a adesão doutrinária à segunda tese, compreendemos que não poderá prevalecer qualquer uma das teorias, devendo o aplicador do direito buscar elementos dos dois campos doutrinários, visualizando a norma sempre de forma plena. Por isso, justifica-se a afirmação de Karl Engisch de que o aplicador do direito deve ser um *jurista completo* (*Introdução...*, 1964).

Superado esse ponto e dentro dessa sistemática de visualização plena da lei, surgem várias técnicas de interpretação, estudadas a seguir.

Primeiro, quanto às fontes, deve ser levada em conta quem faz a busca pelo sentido do texto legal. Inicialmente, pode haver a *interpretação autêntica*, realizada pelo próprio legislador. Pode a interpretação ser ainda *doutrinária*, quando feita pelos estudiosos do Direito, como no caso das obras jurídicas, dos manuais, das dissertações de mestrado e das teses de doutorado. Na *interpretação jurisprudencial*, esta é realizada pelos órgãos do Poder Judiciário, que inclusive elabora súmulas aplicáveis a um determinado assunto.

Concernente aos meios, a interpretação da norma pode ser classificada da seguinte forma, conforme se retira dos estudos fundamentais sobre a Teoria Geral do Direito:

- a) *Interpretação gramatical* – consiste na busca do real sentido do texto legal a partir das regras de linguística do vernáculo nacional.
- b) *Interpretação lógica* – consiste na utilização de mecanismos da lógica, como de silogismos, deduções, presunções e de relações entre textos legais.
- c) *Interpretação ontológica* – busca pela essência da lei, a sua motivação a sua razão de ser (*ratio legis*).
- d) *Interpretação histórica* – consiste no estudo das circunstâncias fáticas que envolviam a elaboração da norma, procurando nesse contexto o real sentido do texto legal.
- e) *Interpretação sistemática* – meio de interpretação dos mais importantes, visa sempre a uma comparação entre a lei atual, em vários de seus dispositivos e outros textos ou textos anteriores.
- f) *Interpretação sociológica* ou *teleológica* – busca interpretar de acordo com a adequação da lei ao contexto da sociedade e aos fatos sociais.

Por fim, no que concerne à sua extensão, é interessante deixar clara a seguinte classificação:

- a) *Interpretação declarativa* – é a interpretação nos exatos termos do que consta da lei, sem ampliar ou restringir o conteúdo do texto legal.
- b) *Interpretação extensiva* – amplia-se o sentido do texto legal, sob o argumento de que o legislador disse menos do que pretendia, sendo interessante deixar claro que as normas que restringem a liberdade, caso da autonomia privada (liberdade contratual), e as normas de exceção, em regra, não admitem essa forma de interpretação.
- c) *Interpretação restritiva* – restringe-se o texto legal, eis que o legislador disse mais do que pretendia.

Cumprir destacar a que todas essas espécies de interpretação não operam isoladamente, mas se completam. O renomado doutrinador alemão Karl Engisch, diante da ideia de *jurista completo* antes mencionada, recomenda que o cientista do direito, na hermenêutica, utilize todos os métodos interpretativos apontados (*Introdução do pensamento...*, 1964).

1.1.3.5 *As fontes diretas secundárias: a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito. Estudo específico e aprofundado*

A) *A analogia*

A analogia pode ser conceituada como sendo a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo de atuação.

Como exemplo de aplicação da analogia, estatui o art. 499 do CC/2002 que é lícita a venda de

bens entre cônjuges quanto aos bens excluídos da comunhão. Como a norma não é, pelo menos diretamente, restritiva da liberdade contratual, não há qualquer óbice de se afirmar que é lícita a compra e venda entre *companheiros* quanto aos bens excluídos da comunhão. Destaque-se que, em regra, o regime de bens do casamento é o mesmo da união estável, qual seja, o da comunhão parcial de bens (arts. 1.640 e 1.725 do CC).

Outro exemplo de aplicação da analogia era a incidência do Decreto-lei 2.681/1912, antes do Código Civil de 2002. Previa esse decreto a responsabilidade civil objetiva das empresas de estradas de ferro. Por ausência de lei específica, esse dispositivo legal passou a ser aplicado a todos os tipos de contrato de transporte terrestre. Por uma questão lógica, e pela presença de lacuna normativa, tal comando legal passou a incidir em ocorrências envolvendo bondes, ônibus, caminhões, automóveis, motos e outros meios de transporte terrestre, conforme esquema que segue:

Trens ⇒ Bondes ⇒ Ônibus ⇒ Caminhões ⇒ Automóveis ⇒ Motocicletas

Frise-se, porém, que não há mais a necessidade de socorro à analogia para tais casos, eis que o Código Civil atual traz o transporte como contrato típico. Destaque-se que continua consagrada a responsabilidade objetiva do transportador, pelo que consta dos arts. 734 (transporte de pessoas) e 750 (transporte de coisas) da atual codificação. Vale dizer, aliás, que, para alguns, caso deste autor, o referido e antigo decreto está revogado.

Entende-se que é na analogia que se origina a missão conferida ao juiz pelo art. 4.º da Lei de Introdução, impedindo-o de furtar-se a uma decisão para o caso concreto (*non liquet*). Deve ele excluir todos os meios de integração, criando uma norma individual para um caso em que a subsunção não é possível.

Dessa forma, tem o magistrado a autorização da lei para interpretar e integrar as normas, mantendo-se nos limites assinalados pelos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução. O aplicador do direito acaba por criar uma norma individual, que só vale para aquele determinado caso concreto, pondo fim ao conflito, sem dissolver a lacuna.

Sendo assim, é pertinente apontar a classificação da analogia, nos seguintes termos:

- *Analogia legal ou legis* – é a aplicação de somente uma norma próxima, como ocorre nos exemplos antes citados.
- *Analogia jurídica ou iuris* – é a aplicação de um conjunto de normas próximas, visando extrair elementos que possibilitem a analogia. Como exemplo, cite-se a *antiga* possibilidade de aplicação, por analogia, das regras processuais previstas para a separação judicial consensual nos casos envolvendo o casamento (arts. 1.120 a 1.124 do CPC), também para a ação de reconhecimento e dissolução da união estável que assumir a forma amigável. Nesse sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 3.ª T., REsp 178.262/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.05.2005, DJ 29.08.2005, p. 326). Utiliza-se a expressão *antiga* uma vez que este autor está

filiado à corrente doutrinária que afirma que a *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010) retirou do sistema a separação de direito, o que inclui a separação judicial consensual. O tema está aprofundado no Volume 5 da presente coleção.

A encerrar a presente abordagem, é forçoso deixar claro que não se pode confundir a aplicação da analogia com a interpretação extensiva. No primeiro caso, rompe-se com os limites do que está previsto na norma, havendo *integração* da norma jurídica. Na interpretação extensiva, apenas amplia-se o seu sentido, havendo *subsunção*.

Vejamos um exemplo prático envolvendo o Código Civil em vigor.

O art. 157 do CC/2002 enuncia como novo vício ou defeito do negócio jurídico a *lesão*, presente quando a pessoa, por premente necessidade ou inexperiência, submete-se a uma situação desproporcional por meio de um negócio jurídico. O art. 171, II, da atual codificação prescreve que tal negócio é anulável, desde que proposta a ação anulatória no prazo decadencial de quatro anos contados da sua celebração (art. 178, II). Entretanto, conforme o § 2.º do art. 157, pode-se percorrer o caminho da revisão do negócio, se a parte beneficiada com a desproporção oferecer suplemento suficiente para equilibrar o negócio. Recomenda-se sempre a revisão do contrato em casos tais, prestigiando-se a conservação do negócio jurídico e a função social dos contratos.

Pois bem, vejamos duas hipóteses:

Hipótese 1. Aplicação do art. 157, § 2.º, do CC para a *lesão usurária*, prevista no Decreto-lei 22.626/1933 (Lei de Usura). Nesse caso haverá *interpretação extensiva*, pois o dispositivo somente será aplicado a outro caso de lesão. Amplia-se o sentido da norma, não rompendo os seus limites (*subsunção*).

Hipótese 2. Aplicação do art. 157, § 2.º, do CC para o *estado de perigo* (art. 156 do CC). Nesse caso, haverá aplicação da *analogia*, pois o comando legal em questão está sendo aplicado a outro instituto jurídico (*integração*). Nesse sentido, dispõe o Enunciado n. 148 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, que: “Ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2.º do art. 157”.

Muitas vezes, porém, podem existir confusões, não havendo *fórmula mágica* para apontar se uma determinada situação envolve a aplicação da analogia ou da interpretação extensiva, devendo as situações concretas ser analisadas caso a caso.

B) Os costumes

Desde os primórdios do direito, os costumes desfrutam de larga projeção jurídica. Como é notório, no passado havia certa escassez de leis escritas, realidade ainda hoje presente nos países baseados no sistema da *Common Law*, caso da Inglaterra. Em alguns ramos jurídicos, o costume assume papel vital, como ocorre no Direito Internacional Privado. Pela ausência de um conjunto de normas específicas a tratar do assunto, principalmente dos contratos internacionais, é que os costumes e as práticas dos comerciantes eram considerados fontes primordiais desse ramo jurídico, pelo reconhecimento da *Lex Mercatoria*.

Com o passar dos tempos, o costume foi perdendo a sua importância, pois foi substituído pelas leis, mas ainda continua a brotar da consciência jurídica do povo, como inicial manifestação do direito. Por isso, é indeclinável a sua caracterização como fonte jurídica, pois dos costumes é que surgem as leis. Os costumes podem ser conceituados como sendo as práticas e usos reiterados com conteúdo lícito e relevância jurídica.

Os costumes, assim, são formados, além da reiteração, por um conteúdo lícito, conceito adaptado ao que consta no Código Civil de 2002. Isso porque, em vários dos dispositivos da novel codificação, é encontrada referência aos *bons costumes*, constituindo seu desrespeito abuso de direito, uma espécie de ilícito, pela previsão do seu art. 187. Do mesmo modo, há menção aos bons costumes no art. 13 do CC/2002, regra relacionada com os direitos da personalidade, pela qual “Salvo por exigência médica, é defeso ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Em momento oportuno, será explicada a caracterização dos *bons costumes* como cláusula geral, e porque é comum a sua referência no Código Civil de 2002.

Em análise comparativa com a lei, os costumes podem ser classificados da seguinte forma:

- *Costumes segundo a lei (secundum legem)* – incidem quando há referência expressa aos costumes no texto legal, como ocorre nos artigos da codificação antes citados, sem prejuízo de outros, a saber, ilustrando: art. 569, II, do CC – “O locatário é obrigado: a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar”; art. 596 do CC – “Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”. Também há referência aos bons costumes na própria Lei de Introdução, pelo que consta no seu art. 17, que receberá visualização mais aprofundada ainda neste capítulo. Na aplicação dos costumes *secundum legem*, não há *integração*, mas *subsunção*, eis que a própria norma jurídica é que é aplicada.
- *Costumes na falta da lei (praeter legem)* – aplicados quando a lei for omissa, sendo denominado *costume integrativo*, eis que ocorre a utilização propriamente dita dessa ferramenta de correção do sistema. Exemplo de aplicação do costume *praeter legem* é o reconhecimento da validade do cheque *pós-datado* ou *pré-datado*. Como não há lei proibindo a emissão de cheque com data para depósito e tendo em vista as práticas comerciais, reconheceu-se a possibilidade de quebrar com a regra pela qual esse título de crédito é ordem de pagamento à vista. Tanto isso é verdade que a jurisprudência tem reconhecido há tempos o dever de indenizar quando o cheque é depositado antes do prazo assinalado, ocorrendo inscrição do nome do emitente nos órgãos de proteção ao crédito: “A devolução de cheque pré-datado, por insuficiência de fundos, apresentado antes da data ajustada entre as partes, constitui fato capaz de gerar prejuízos de ordem moral” (STJ, 3.^a T., REsp 213.940/RJ, j. 29.06.2000, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 21.08.2000, p. 124, RJADCOAS, v. 15, p. 46). Para consolidar esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 370, prevendo que “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado”.
- *Costumes contra a lei (contra legem)* – incidem quando a aplicação dos costumes contraria o

que dispõe a lei. Entendemos que, pelo que consta no Código Civil em vigor, especificamente pela proibição do abuso de direito (art. 187 do CC), não se pode admitir, em regra, a aplicação dos costumes *contra legem*. Eventualmente, havendo desuso da lei, poderá o costume ser aplicado, o que, contudo, não é pacífico (ver: STJ, REsp 30.705/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. Adhemar Ferreira Maciel, j. 14.03.1995, DJU 03.04.1995, p. 8.150). Também aqui, por regra, não há que se falar em integração.

Por tudo o que foi exposto, e em resumo, deve ser entendida a análise da classificação dos costumes da seguinte forma:

- Costumes *secundum legem* ⇔ subsunção (aplicação direta da norma).
- Costumes *praeter legem* ⇔ integração (costume integrativo).
- Costumes *contra legem* ⇔ não há subsunção nem integração, constituindo abuso de direito (art. 187 do CC), por regra.

C) Os princípios gerais de direito

O conceito de princípios é demais controvertido, razão pela qual será buscado o aprofundamento quanto ao tema, principalmente pela relevância assumida pelos princípios na codificação privada emergente.

Inicialmente, é interessante demonstrar o conceito de Maria Helena Diniz, que ensina serem os princípios “cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Observa Jeanneau que os princípios não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida. Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso” (*Lei de introdução...*, 2001, p. 123).

De acordo com o magistério de Francisco Amaral, “os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios” (*Direito civil...*, 2004, p. 92).

Confrontados com as normas jurídicas, por essa construção, percebe-se de imediato o sentido do conceito, sendo certo que os princípios são mais amplos, abstratos, muitas vezes com posição definida na Constituição Federal. São esses os pontos que os diferenciam das normas, dotadas de concretismo – denota-se um *alto grau de concretude* –, de uma posição de firmeza, em oposição ao nexu deontico relativo que acompanha os princípios.

Ambos os conceitos – de princípios e normas – apontam as decisões particulares a serem tomadas no caso prático pelo aplicador do direito, existindo diferença somente em relação ao caráter da informação que fornecem. As normas deverão ser sempre aplicadas, sob pena de suportar consequências jurídicas determinadas previamente.

O próprio art. 5.º da Lei de Introdução traz em seu bojo um princípio: o da *socialidade*. Dessa forma, o magistrado, na aplicação da norma, deve ser guiado pela sua função ou fim social e pelo objetivo de alcançar o bem comum (a pacificação social). Esse dispositivo, na verdade, complementa o comando anterior, principalmente nos casos de solução de lacunas de conflito ou antinomias.

Outro ponto a diferenciar normas e princípios é que as primeiras constituem um conceito universal de *imperativo autorizante*, podendo gerar sanções àqueles que não as respeitam. Em reforço, cite-se a conclusão de Geraldo Ataliba, para quem os princípios são as linhas mestras orientadoras do ordenamento jurídico, que “apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente seguidos pelos órgãos do governo” (*República e Constituição...*, 1985, p. 6). É de se concordar de forma integral, eis que esse é o sentido lógico dos princípios que constam do Código Civil de 2002.

Partindo para outra análise, consigne-se que os princípios já estavam previstos como forma de integração da norma no direito romano, de acordo com as regras criadas pelo imperador, as *leges*, entre 284 a 568 d.C. Nesse sentido, não se pode perder de vista que os princípios jurídicos consagrados pelo direito romano ou *mandamentos do direito romano: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu, respectivamente) continuam sendo invocados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Aplicando um desses mandamentos, transcreve-se, do Tribunal de Minas Gerais:

“Ação de cobrança. Pagamento indevido. Enriquecimento ilícito. Restituição. Recurso a que se nega provimento. O enriquecimento sem causa tem como pressuposto um acréscimo patrimonial injustificado e a finalidade de restituição ao patrimônio de quem empobreceu. Ele encontra seu fundamento no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu. Nessa toada, em que pesem a alardeada boa-fé e a situação econômica precária, com base simplesmente na concepção pura do enriquecimento sem causa, constata-se a necessidade de o Apelante restituir os valores recebidos indevidamente ao Apelado” (TJMG, Acórdão 1.0024.06.025798-7/001, Belo Horizonte, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, j. 10.05.2007, *DJMG* 25.05.2007).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery anotam uma visão ampliadora do conceito de princípio, entendendo que pode o mesmo não estar previsto expressamente na norma, sendo comum, na grande maioria das vezes, a ausência de positividade (*Novo Código Civil...*, 2003, p. 4). Filia-se a esses autores, pois muitas vezes não há previsão legislativa do princípio na norma jurídica. Exemplifique-se que o princípio da função social do contrato é expresso no Código Civil de 2002 (arts. 421 e 2.035, parágrafo único), mas implícito ao Código de Defesa do Consumidor e mesmo à CLT, que trazem uma lógica de proteção do vulnerável, do consumidor e do trabalhador, consagrando o regramento em questão, diante do seu sentido coletivo, de diminuição da injustiça social.

Procurando um conceito interessante de princípio, estamos filiados, quanto à natureza jurídica dos princípios gerais do direito, à *teoria filosófica* ao lado de expoentes nacionais do quilate de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Paulino Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro e Rubens Limongi França (todos constantes da obra clássica do último autor:

Princípios gerais do direito, 1971).

Assim, deve-se conceber que os princípios não decorrem rigorosamente das normas ou do ordenamento jurídico, mas da soma de vários fatores. Os princípios podem ser implícitos, abstraídos que são, além das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência, de aspectos políticos, econômicos e, sobretudo, sociais. Sem dúvida que, com a promulgação do Código Civil de 2002, ganha força a corrente doutrinária nacional que apontou para o fato de não se poder desassociar dos princípios o seu valor coercitivo, tese defendida pelo próprio Rubens Limongi França em sua festejada obra sobre o tema (*Princípios...*, 1971).

Os princípios gerais devem assim trilhar o aplicador do direito na busca da justiça, estando sempre baseados na estrutura da sociedade. Citando Campos Batalha, verifica-se que os princípios devem se harmonizar com “os valores de determinada cultura e em determinado tempo (ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes)”, para que sejam utilizados como “*substractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em determinado momento histórico” (apud Rubens Limongi França, *Princípios...*, 1971, p. 168).

Partindo para outra análise, também fundamental para a busca da essência dos princípios gerais do direito, é importante demonstrar a classificação apontada por Francisco Amaral, para quem os princípios podem ser classificados como *princípios gerais do direito* e *princípios gerais do ordenamento jurídico*.

Para o jurista, os *princípios gerais do direito* são “os grandes princípios, como o da justiça, o da liberdade, o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana. ‘Aqueles sobre os quais a ordem jurídica se constrói’”. Por outra via, os *princípios gerais do ordenamento jurídico* são “os princípios jurídicos positivados na legislação vigente, de modo constitucional ou posterior, e de modo institucional, se pertinentes à legislação específica, como os princípios do direito de família, ou o da autonomia da vontade, ou do enriquecimento sem causa. O Código Civil de 2002 elaborou-se sob a égide de três princípios fundamentais, o da sociabilidade, o da eticidade e o da operabilidade” (AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, 2003, p. 93-94).

A partir de todos esses ensinamentos transcritos, pode-se conceituar os princípios como fontes do direito, conforme previsão do art. 4.º da Lei de Introdução, o que denota o seu caráter normativo. Analisando os seus fins, *os princípios gerais são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto ou ramo jurídico, visando a auxiliar o aplicador do direito na busca da justiça e da pacificação social*.

Sob o prisma da sua origem, os princípios são abstraídos das normas jurídicas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

A encerrar, esclareça-se quanto a uma mudança de entendimento que este autor teve quanto à aplicação das formas de integração da norma jurídica, especificamente quanto aos princípios.

Na primeira edição desta obra, foi defendida por diversas vezes a tese de que a ordem do art. 4.º da Lei de Introdução é perfeitamente lógica, devendo ser respeitada. Em outras palavras, havendo ausência de uma norma prevista para o caso concreto, o juiz deve procurar socorro, pela ordem: 1.º) na analogia; 2.º) nos costumes; 3.º) nos princípios gerais do Direito.

Esse, aliás, o entendimento clássico e ainda majoritário, defendido por Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, entre outros, em suas obras devidamente

consultadas.

Desse modo, pode-se afirmar que essa continua sendo a regra, mas nem sempre o respeito a essa ordem deverá ocorrer.

O nosso entendimento mudou pelo fato de que nos tornamos adeptos da aplicação imediata dos princípios constitucionais que protegem a pessoa, da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, a partir do estudo das obras de Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet. Inspirados na doutrina alemã, esses autores nacionais defendem que os princípios que protegem a pessoa e que constam do Texto Maior têm prioridade de aplicação, com base no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal. Exemplificando, em casos que envolvem a proteção da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988), não se pode dizer que esse princípio será aplicado somente após a analogia e os costumes e, ainda, se não houver norma prevista para o caso concreto. Em suma, os princípios constitucionais não podem mais ser vistos somente como último recurso.

Consigne-se, como reforço, o trabalho de Paulo Bonavides, que apontou a constitucionalização dos princípios gerais do direito, bem como o fato de que os princípios fundamentam o sistema jurídico, sendo também normas primárias (*Curso...*, 2005, p. 275). Em suma, deve-se reconhecer eficácia normativa imediata aos princípios, em alguns casos, particularmente naqueles que envolvem os direitos fundamentais da pessoa, ou de personalidade. Isso porque com o Estado Democrático de Direito houve a *transposição dos princípios gerais de direito para princípios constitucionais fundamentais*.

Entre os próprios civilistas se contesta o teor do art. 4.º da Lei de Introdução e até mesmo a sua aplicação.

Gustavo Tepedino, por exemplo, ensina que “a civilística brasileira mostra-se resistente às mudanças históricas que carrearam a aproximação entre o direito constitucional e as relações jurídicas privadas. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução brasileiro, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito. Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava com referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado” (Normas constitucionais..., *Temas de direito...*, 2005, t. II, p. 24).

Seguindo o mesmo raciocínio, Lucas Abreu Barroso, em artigo intitulado *Situação atual do art. 4.º da Lei de Introdução*, publicado na *Revista de Direito Constitucional* n. 5, defende a revogação desse comando legal, pois os princípios gerais de direito, na realidade pós-positivista, consubstanciam-se nos princípios constitucionais, que têm eficácia normativa. No mesmo sentido opina Marcos Jorge Catalan, em interessante artigo científico sobre tal questão (Do conflito existente..., p. 222 a 232, jan.-mar. 2006).

Em síntese, compreendemos que aqueles que seguem a escola do *Direito Civil Constitucional*, procurando analisar o Direito Civil a partir dos parâmetros constitucionais, realidade atual do Direito Privado brasileiro, não podem ser favoráveis à aplicação da ordem constante do art. 4.º da Lei de Introdução de forma rígida e obrigatória.

Sem dúvidas que está plenamente justificada a mudança de perspectiva.

1.1.3.6 As fontes não formais, indiretas ou mediatas: a doutrina, a jurisprudência e a equidade

A doutrina é a interpretação da lei feita pelos estudiosos da matéria, sendo constituída pelos pareceres de autores jurídicos, pelos ensinamentos dos professores e mestres, pelas opiniões dos tratadistas, pelas dissertações e teses acadêmicas, apresentadas nas faculdades de Direito. Por esses trabalhos ou obras são demonstrados os defeitos e inconvenientes da lei em vigor, sendo também apontado o melhor caminho para emendar esses problemas e corrigi-los.

A doutrina de renome pode ser caracterizada como parte dos costumes. Havendo tal reconhecimento pela comunidade jurídica nacional, é denotada a presença de um *argumento de autoridade*, pela respeitabilidade do seu declarante. Este autor é adepto da utilização corriqueira desses argumentos, o que pode ser percebido pela leitura dos volumes desta coleção.

A segunda fonte informal, a jurisprudência, pode ser conceituada como sendo a interpretação da lei elaborada pelos órgãos do Poder Judiciário. Sendo comum a aplicação da jurisprudência pela comunidade jurídica, deve ela ser considerada também parte dos costumes, caso das súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Lembre-se que, após a Emenda Constitucional 45/2004, ganharam grande relevo a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos.

Frise-se que para o direito baseado na *Common Law*, caso da Inglaterra, a jurisprudência é de suma importância, podendo ser considerada fonte formal primária para aquele âmbito jurídico. Em nosso sistema ela não tinha toda essa relevância, constituindo fonte de direito porque muitas vezes criava soluções não encontradas na lei ou em outras fontes. Mas com a reforma do Poder Judiciário, esse panorama mudou, pelo menos aparentemente, diante do surgimento das súmulas referenciadas.

É importante deixar claro que no presente trabalho será comum mencionar o teor dos enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ). Essas *Jornadas* se tornaram o evento mais importante para o Direito Privado Brasileiro, congregando várias gerações de juristas para a aprovação de enunciados com orientação doutrinária sobre o Código Civil de 2002. A *I Jornada de Direito Civil* ocorreu no ano de 2002; a *II Jornada* em 2003; a *III Jornada* em 2004; a *IV Jornada* em outubro de 2006; a *V Jornada*, em novembro de 2011; e, por fim, a *VI Jornada*, em março de 2013. Na *II Jornada*, não foram aprovados enunciados, mas apenas debatidos temas entre os juristas brasileiros e portugueses. Merece relevo, ainda, a *I Jornada de Direito Comercial*, realizada outubro de 2012.

Esclarecendo, os enunciados aprovados nas citadas *Jornadas* não têm força de súmulas, tratando-se de entendimentos doutrinários. Pode-se dizer que tais enunciados trazem conclusões coletivas a respeito do Código Civil em vigor, podendo ser encarados como uma *obra coletiva*, assinada pelos participantes das jornadas.

O Conselho da Justiça Federal, sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça e por iniciativa do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, resolveu idealizar *jornadas* com o intuito de elaborar interpretações doutrinárias acerca da novel codificação, que merecem atenção especial dos estudiosos e aplicadores do direito em geral. Tais enunciados são preciosos para as provas e para a prática civilística em geral justamente porque consubstanciam os principais pontos controvertidos relacionados com o atual Código Civil. Tanto isso é verdade que se tornou comum verificar a presença de perguntas cujas respostas são dadas justamente pelos enunciados em provas e concursos de todo o País. Este autor teve a honra de participar das III, IV, V e VI *Jornadas de Direito Civil*, e da I *Jornada de Direito Comercial*, como integrante das comissões de obrigações, contratos e responsabilidade civil.

Encerrando o presente tópico, a equidade, no âmbito do Direito Privado, era tratada não como um meio de suprir a lacuna da lei, mas sim como uma forma de auxiliar nessa missão.

Todavia, a equidade também deve ser considerada fonte informal ou indireta do direito. Aliás, após a leitura do próximo capítulo desta obra, não restará qualquer dúvida de que a equidade também pode ser considerada uma fonte do *Direito Civil Contemporâneo*, principalmente diante dos regramentos orientadores adotados pela codificação privada de 2002.

A equidade pode ser conceituada como sendo o uso do bom senso, a justiça do caso particular, mediante a adaptação razoável da lei ao caso concreto. Na concepção aristotélica é definida como a *justiça do caso concreto*, o julgamento com a convicção do que é justo.

Na doutrina contemporânea, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “O julgamento por equidade (e não com equidade) é tido, em casos excepcionais, como fonte do direito, quando a própria lei atribui ao juiz a possibilidade de julgar conforme os seus ditames” (*Novo curso...*, 2003, v. I, p. 25). Ora, como pelo Código Civil de 2002 é comum essa ingerência, não há como declinar a condição da equidade como fonte jurídica, não formal, indireta e mediata.

A equidade, de acordo com a doutrina, pode ser visualizada da seguinte forma:

- a) *Equidade legal* – aquela cuja aplicação está prevista no próprio texto legal. Exemplo pode ser retirado do art. 413 do CC, que estabelece a redução equitativa da multa ou cláusula penal como um dever do magistrado (“A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”).
- b) *Equidade judicial* – presente quando a lei determina que o magistrado deve decidir por equidade o caso concreto. Isso pode ser notado pelo art. 127 do CPC, pelo qual “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Os conceitos expostos são muito parecidos e até se confundem. Na verdade, no segundo caso há uma ordem ao juiz, de forma expressa, o que não ocorre dessa forma na equidade legal, mas apenas implicitamente. Até pela confusão conceitual, a classificação acima perde um pouco a relevância prática.

No que tange especificamente ao art. 127 do CPC, trata-se de um dispositivo criticável, uma vez que, na literalidade, somente está autorizada a aplicação da equidade aos casos previstos em lei.

Ora, a justiça do caso concreto é a prioridade do Direito, não havendo necessidade de autorização expressa pela norma jurídica. Ademais, pode-se dizer que a equidade é implícita à própria lei, como representação do senso comum.

A encerrar a presente seção, interessa lembrar que, em outros ramos jurídicos, a equidade é considerada nominalmente como verdadeira fonte do Direito, como acontece no Direito do Trabalho, pela previsão expressa do art. 8.º da CLT, nos seguintes termos: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, *por equidade* e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Em sentido muito próximo, estatui o art. 7.º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor que “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Apesar da falta de um dispositivo expresso e geral na Lei de Introdução ou no Código Civil, o presente autor entende que a equidade deve sempre guiar o aplicador da norma privada como verdadeira fonte do Direito Civil, conclusão retirada da própria principiologia da atual codificação privada. A leitura do próximo capítulo desta obra guiará tal conclusão.

1.1.4 As antinomias ou lacunas de conflito

Com o surgimento de qualquer lei nova, ganha relevância o estudo das *antinomias*, também denominadas lacunas de conflito. Dessa forma, a *antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto*.

Em suma, o presente estudo não está relacionado com a revogação das normas jurídicas, mas com os eventuais conflitos que podem existir entre elas. Esse esclarecimento é básico e fundamental.

No presente estudo, utilizaremos as regras de teoria geral de direito muito bem expostas na obra *Conflito de normas*, da Professora Maria Helena Diniz (2003, p. 34 a 51), sendo certo que por diversas vezes, na presente coleção, esse trabalho será utilizado para a compreensão dos novos conceitos privados, que emergiram com a nova codificação.

Assim, serão aqui estudados os conceitos básicos de solução desses conflitos, os metacritérios construídos por Norberto Bobbio, em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, para a solução dos choques entre as normas jurídicas (BOBBIO, Norberto. *Teoria...*, 1996).

Vale dizer que já se propõe a substituição desses clássicos critérios por outros, como defendem os partidários da teoria do *diálogo das fontes*, de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques. Realmente, essa é a tendência pós-moderna ou contemporânea. Porém, pela proposta da presente obra, como um *manual de Direito Civil*, tais critérios ainda merecem ser estudados, até porque constituem interessantes mecanismos de solução dos problemas práticos. Em suma, será seguido o caminho de

compatibilização dos clássicos critérios com a *teoria do diálogo das fontes*.

Feito esse importante esclarecimento, na análise das antinomias, três critérios devem ser levados em conta para a solução dos conflitos:

- a) *critério cronológico*: norma posterior prevalece sobre norma anterior;
- b) *critério da especialidade*: norma especial prevalece sobre norma geral;
- c) *critério hierárquico*: norma superior prevalece sobre norma inferior.

Dos três critérios acima, o cronológico, constante do art. 2.º da Lei de Introdução, é o mais fraco de todos, sucumbindo diante dos demais. O critério da especialidade é o intermediário e o da hierarquia o mais forte de todos, tendo em vista a importância do Texto Constitucional.

De qualquer modo, lembre-se que a especialidade também consta do Texto Maior, inserida que está na isonomia constitucional (art. 5.º, *caput*, da CF/1988), em sua segunda parte, eis que *a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais*.

Superada essa análise, parte-se para a classificação das antinomias, quanto aos metacritérios envolvidos, conforme esquema a seguir:

- *Antinomia de 1.º grau*: conflito de normas que envolve apenas um dos critérios acima expostos.
- *Antinomia de 2.º grau*: choque de normas válidas que envolve dois dos critérios analisados.

Em havendo a possibilidade ou não de solução, conforme os metacritérios de solução de conflito, é pertinente a seguinte visualização:

- *Antinomia aparente*: situação que pode ser resolvida de acordo com os metacritérios antes expostos.
- *Antinomia real*: situação que *não* pode ser resolvida de acordo com os metacritérios antes expostos.

De acordo com essas classificações, devem ser analisados os casos práticos em que estão presentes os conflitos:

- No caso de conflito entre norma posterior e norma anterior, valerá a primeira, pelo critério cronológico, caso de *antinomia de primeiro grau aparente*.
- Norma especial deverá prevalecer sobre norma geral, emergencial que é o critério da especialidade, outra situação de *antinomia de primeiro grau aparente*.
- Havendo conflito entre norma superior e norma inferior, prevalecerá a primeira, pelo critério hierárquico, também situação de *antinomia de primeiro grau aparente*.

Esses são os casos de *antinomia de primeiro grau*, todos de *antinomia aparente*, eis que presente a solução de acordo com os metacritérios antes analisados.

Passa-se então ao estudo das antinomias de segundo grau:

- Em um primeiro caso de antinomia de segundo grau aparente, quando se tem um conflito de uma norma especial anterior e outra geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, prevalecendo a primeira norma.
- Havendo conflito entre norma superior anterior e outra inferior posterior, prevalece também a primeira (critério hierárquico), outro caso de antinomia de segundo grau aparente.
- Finalizando, quando se tem conflito entre uma norma geral superior e outra norma, especial e inferior, qual deve prevalecer?

Na última hipótese, como bem expõe Maria Helena Diniz, não há uma metarregra geral de solução do conflito, surgindo a denominada *antinomia real*. São suas palavras:

“No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma metarregra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *suum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente” (*Conflito de normas...*, 2003, p. 50).

Na realidade, como já ficou claro, o critério da especialidade também é de suma importância, constando a sua previsão na Constituição Federal de 1988. Repita-se que o art. 5.º do Texto Maior consagra o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, pelo qual *a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais*. Na parte destacada está o princípio da especialidade. E é por isso que ele até pode fazer frente ao critério hierárquico.

Desse modo, em havendo choque entre os critérios hierárquico e da especialidade, dois caminhos de solução podem ser dados no caso de *antinomia real*, um pelo Poder Legislativo e outro pelo Poder Judiciário.

Pelo Legislativo, cabe a edição de uma terceira norma, dizendo qual das duas normas em conflito deve ser aplicada. Mas, para o âmbito jurídico, o que mais interessa é a solução do Judiciário.

Assim, o caminho é a adoção do *princípio máximo de justiça*, podendo o magistrado, o juiz da causa, de acordo com a sua convicção e aplicando os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução, adotar uma

das duas normas, para solucionar o problema.

Mais uma vez entram em cena esses importantes preceitos da Lei de Introdução. Pelo art. 4.º, pode o magistrado aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, sem que essa ordem seja obrigatoriamente respeitada. Seguindo o que preceitua o seu art. 5.º, deve o juiz buscar a função social da norma e as exigências do bem comum, ou seja, a pacificação social. Não se pode esquecer, igualmente, da aplicação imediata dos princípios fundamentais que protegem a pessoa humana.

Por derradeiro, é importante alertar que o estudo das antinomias jurídicas, após a entrada em vigor do Código de 2002, tornou-se obrigatório para aqueles que desejam obter um bom desempenho em provas futuras, seja na graduação, na pós-graduação ou nos concursos públicos.

1.2 DA PROTEÇÃO DO ATO JURÍDICO PERFEITO, DA COISA JULGADA E DO DIREITO ADQUIRIDO (ARTS. 6.º, DA LEI DE INTRODUÇÃO, E 5.º, XXXVI, DA CF/1988). RELATIVIZAÇÃO DA PROTEÇÃO

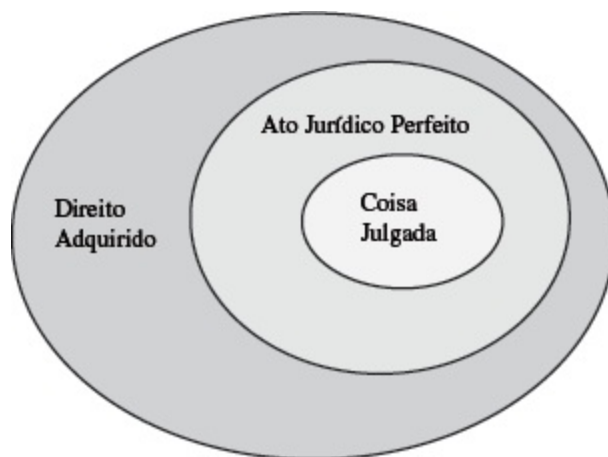
A norma jurídica é criada para valer ao futuro, não para o passado. Entretanto, eventualmente, pode uma determinada norma atingir também os fatos pretéritos, desde que sejam respeitados os parâmetros que constam da Lei de Introdução e da Constituição Federal. Em síntese, ordinariamente, *a irretroatividade é a regra e a retroatividade, a exceção*.

Valendo para o futuro ou para o passado, tendo em vista a certeza e a segurança jurídica, prescreve o art. 5.º, XXXVI, da CF que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Vai mais longe o art. 6.º da Lei de Introdução; além de trazer regra semelhante pela qual “a lei nova terá efeito imediato e geral respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, procura conceituar as expressões acima, da seguinte forma:

- a) *Direito adquirido*: é o direito material ou imaterial já incorporado ao patrimônio de uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado (conceito clássico de Gabba). Nessa linha, pela previsão do § 2.º do art. 6.º da Lei de Introdução, “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha tempo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Cite-se, a título de exemplo, um benefício previdenciário já usufruído por alguém.
- b) *Ato jurídico perfeito*: é a manifestação de vontade lícita, já emanada por quem esteja em livre disposição e aperfeiçoada. De acordo com o que consta do texto legal (art. 6.º, § 1.º, Lei de Introdução), o ato jurídico perfeito é aquele já consumado de acordo com lei vigente ao tempo em que se efetuou. Diante do Código Civil de 2002, um contrato e um casamento celebrado antes da sua entrada em vigor devem ser vistos como atos jurídicos perfeitos.
- c) *Coisa julgada*: é a decisão judicial já prolatada, da qual não cabe mais recurso (art. 6.º, § 3.º, Lei de Introdução).

A partir desses conceitos, é comum afirmar que o direito adquirido é o mais amplo de todos, englobando os demais, eis que tanto no ato jurídico perfeito quanto na coisa julgada existiriam

direitos dessa natureza, já consolidados. Em complemento, a coisa julgada deve ser considerada um ato jurídico perfeito, sendo o conceito mais restrito. Tal convicção pode ser concebida pelo desenho a seguir:



Fica uma dúvida pertinente: seria essa proteção mencionada no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e também no art. 6.º da Lei de Introdução absoluta? A resposta é negativa, diante da forte tendência de relativizar princípios e regras em sede de Direito.

Partindo para as cabíveis concretizações, inicialmente, há uma forte tendência material e processual em apontar a *relativização da coisa julgada*, particularmente nos casos envolvendo ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por ausência de provas em momento em que não existia o exame de DNA. Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 109 do CJP/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que: “A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando”.

Sobre o tema, recomenda-se a leitura de artigos de Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado constantes em obra coletiva a respeito do assunto (*Coisa julgada...*, 2003, NASCIMENTO, Carlos Valder do, Coord.); bem como do livro de Belmiro Pedro Welter (*Coisa julgada...*, 2002). Todos esses trabalhos doutrinários admitem as ideias da relativização da coisa julgada.

Alguns processualistas, entretanto, criticam essa tendência de mitigação. Nelson Nery Jr., em suas brilhantes exposições, aponta que algo próximo da relativização da coisa julgada era utilizado na Alemanha nacional-socialista, para que Adolf Hitler impusesse o seu poder. Em outras palavras, para o renomado jurista, a referida relativização traria um precedente perigosíssimo, que poderia até ser utilizado por pessoas com pretensões totalitárias. Na verdade, a ideia não é bem aceita entre os processualistas, justamente porque não há nada mais intocável para o processo civil do que a coisa julgada e a certeza das decisões judiciais.

Porém, pela relativização, em casos excepcionais várias são as manifestações favoráveis entre os civilistas. Maria Helena Diniz sustenta que “sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a revisão da coisa julgada para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes, produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de insuficiência probatória” (*Curso de direito civil...*, 2002, v. 5, p. 408).

Sobre o assunto, entendeu o Superior Tribunal de Justiça para a possibilidade de relativização da

coisa julgada material em situações tais. Nesse sentido, cumpre transcrever o mais famoso dos precedentes judiciais:

“Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido – I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, REsp 226436/PR (199900714989), 414113, Recurso Especial, Data da decisão: 28.06.2001, Órgão julgador: 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Fonte: DJ, Data: 04.02.2002, p. 370, *RBDF* 11/73, *RDR* 23/354, *RSTJ* 154/403).

Pelo que consta da ementa do julgado, é possível uma nova ação para a prova da paternidade, se a ação anterior foi julgada improcedente em momento em que não existia o exame de DNA. O que se percebe, na realidade, é uma solução do caso concreto a partir da utilização da *técnica de ponderação*, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy (*Teoria...*, 2008). No caso em questão estão em conflito a proteção da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988) e a dignidade do suposto filho de saber quem é o seu pai (art. 1.º, III, da CF/1988). Nessa colisão entre direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se favoravelmente ao segundo. Aliás, deixe-se consignado que, mais recentemente, entendeu da mesma forma o STJ, pela possibilidade de repetição da ação anterior, conforme decisão assim publicada no seu *Informativo* n. 354, de abril de 2008: “Paternidade. DNA. Nova ação. A paternidade do investigado não foi expressamente afastada na primeira ação de investigação julgada improcedente por insuficiência de provas, anotado que a análise do DNA àquele tempo não se fazia disponível ou sequer havia notoriedade a seu respeito. Assim, nesse contexto, é plenamente admissível novo ajuizamento da ação investigatória. Precedentes citados: REsp 226.436-PR, *DJ* 04.02.2002; REsp 427.117-MS, *DJ* 16.02.2004, e REsp 330.172-RJ, *DJ* 22.04.2002” (REsp 826.698/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2008).

Na mesma linha, em 2011, decidiu o Supremo Tribunal Federal de maneira similar, conforme julgado publicado no seu *Informativo* n. 622. Merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Toffoli: “Reconheceu-se a repercussão geral da questão discutida, haja vista o conflito entre o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na coisa julgada (CF, art. 5.º, XXXVI), de um lado; e a dignidade humana, concretizada no direito à assistência jurídica gratuita (CF, art. 5.º, LXXIV) e no dever de paternidade responsável (CF, art. 226, § 7.º), de outro. (...). A seguir, destacou a paternidade responsável como elemento a pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares. Nesse sentido, salientou o caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação, considerada a preeminência do direito geral da personalidade. Aduziu existir um paralelo entre esse direito e o direito fundamental à informação genética, garantido por meio do exame de DNA. No ponto, asseverou haver precedentes da Corte no sentido de caber ao Estado providenciar aos necessitados acesso a esse meio de prova, em ações de investigação de paternidade. Reputou necessária a superação da coisa julgada em casos tais, cuja decisão terminativa se dera por insuficiência de provas” (...). Afirmou que o princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução nos meios de prova voltados para esse fim” (STF, RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 07.04.2011).

Por outro lado, no tocante à relativização de proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o Código Civil em vigor, contrariando a regra de proteção apontada, traz, nas suas disposições finais transitórias, dispositivo polêmico, pelo qual os preceitos relacionados com a função social dos contratos e da propriedade podem ser aplicados às convenções e negócios celebrados na vigência do Código Civil anterior, mas cujos efeitos têm incidência na vigência da nova codificação.

Nos termos do parágrafo único do art. 2.035 do Código em vigor, norma de direito intertemporal, “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. O dispositivo traz o que denominamos *princípio da retroatividade motivada ou justificada*, pelo qual as normas de ordem pública relativas à função social da propriedade e dos contratos podem retroagir.

Trata-se de uma regra indeclinável em um primeiro plano, por ser comando expresso de direito intertemporal, manifestação inequívoca do legislador, que pretendeu privilegiar os preceitos de ordem pública relacionados com a proteção da propriedade e dos contratos. No volume específico que trata do direito contratual, está demonstrado que, sem dúvida, esse comando legal é o que mantém maior relação com o princípio da função social dos contratos, não sendo caso de qualquer inconstitucionalidade. Isso porque o dispositivo está amparado na função social da propriedade, prevista no art. 5.º, XXII e XXIII, da Constituição Federal (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, v. 3, 2014).

Quando se lê no dispositivo civil transcrito a expressão “convenção”, pode-se ali enquadrar qualquer ato jurídico celebrado, inclusive os negócios jurídicos celebrados antes da entrada em

vigor da nova lei geral privada e cujos efeitos ainda estão sendo sentidos atualmente, na vigência da nova codificação.

Em realidade, a princípio, não há como aplicar o preceito a contratos já celebrados, aperfeiçoados, satisfeitos e extintos, por uma questão natural de lógica e pelo que consta do art. 2.035, *caput*, da legislação privada emergente. Enuncia esse diploma legal que “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece a dispositivos nas leis anteriores referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

O último comando adotou a teoria de Pontes de Miranda quanto aos planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico (*Escada Ponteana*), e que merecerá aprofundamento no presente volume da coleção (Capítulo 6). Isso porque, quanto aos elementos relacionados com a existência e validade do negócio, devem ser aplicadas as normas do momento da sua celebração. No que concerne aos elementos que estão no plano da eficácia, devem ser aplicadas as normas do momento dos efeitos, caso do Código Civil de 2002.

Visando a demonstrar que o que está sendo defendido não constitui qualquer absurdo ou sofisma, Miguel Maria de Serpa Lopes já defendia tese similar em 1959, exemplificando especificamente com um caso envolvendo o contrato e a lesão usurária:

“O exemplo pode ser extraído do campo contratual, isto é, daquelas situações particularmente protegidas pelo princípio da não retroatividade, por decorrerem da vontade das partes contratantes. Se, em vista de uma mudança das condições econômicas, uma cláusula, então justa, passar, por efeito de lei nova, a ser reputada altamente danosa à sociedade, é lícito que os tribunais continuem, à luz dessa nova legislação, a aplicar a antiga, quando isto já passou a ser considerado um delito? Está, nesse caso, dentre outras, uma lei que reprime a usura, considerando-a um crime. Quanto à lei favorável, a crítica de Roubier procede. Embora a lei nova haja deixado de contemplar como nulidade determinada situação que importava em nulidade absoluta na lei anterior, não pode esta redimir um vício pretérito, pela razão altamente persuasiva de que, de outro modo, importaria em premiar a infração da lei. Do que vem de ser exposto, não significa uma adesão em bruto ao critério da retroatividade, pura e simplesmente extraído do objeto da lei ou da sua natureza, mas uma dedução quando o objeto ou à natureza da lei se unem circunstâncias indicativas da vontade do legislador em conferir à norma um efeito retroativo. Após refletirmos novamente sobre o problema, consoante a ordem jurídico-constitucional presente, não temos dúvida que, observadas certas restrições, o princípio que acima manifestamos pode e deve ser mantido. O exemplo que deduzimos foi precisamente o caso em que um contrato de execução continuada contenha uma prestação posteriormente proibida por lei, que passou a considerá-lo mesmo como caracterizadora de um delito. É claro que os efeitos pretéritos subsistem, mas a partir da nova lei, ele não pode mais ser exigido sob a cobertura da proteção da irretroatividade da lei e de se tratar de um direito adquirido” (*Lei de introdução...*, 1959, v. I, p. 276).

Pela citação transcrita nota-se que o clássico doutrinador admitia, há mais de meio século, que a

retroatividade poderia ser deferida em casos envolvendo normas de ordem pública, quebrando com a proteção absoluta do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

A tese da possibilidade de retroatividade foi mais recentemente defendida por Gustavo Tepedino em editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil* (n. 18, 2004), em comentários à decisão do STF sobre a Emenda Constitucional 41/2003, que estabeleceu o desconto de contribuição social sobre os proventos dos servidores inativos. Lembra o doutrinador fluminense que “construiu-se ao longo das últimas décadas, pensamento que sacraliza a noção de direito adquirido, considerando-o, ele próprio, cláusula pétrea superior axio logicamente a todas as outras e, como tal, insuscetível de alcance por emenda constitucional. O equívoco deste entendimento acaba por impedir as reformas sociais, antepondo-se uma barreira refratária ao legislador e a todas as novas aspirações alvitadas pela sociedade, mesmo se projetadas pelo constituinte derivado. A discussão que por longo período parecia adormecida em face da cristalização da tese majoritária, foi reaberta, de maneira corajosa e culta, pelo Ministro Joaquim Barbosa, no STF”.

Citando doutrina de escol, conclui Tepedino que a tutela do direito adquirido deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, não havendo uma proteção absoluta, principalmente se o direito adquirido for confrontado com outros princípios constitucionais, caso da solidariedade social e da igualdade substancial.

Entre os constitucionalistas, Daniel Sarmento é favorável à relativização da proteção do direito adquirido perante outros valores constitucionais. As palavras do jovem doutrinador merecem destaque:

“A segurança jurídica – ideia que nutre, informa e justifica a proteção constitucional do direito adquirido – é, como já se destacou, um valor de grande relevância no Estado Democrático do Direito. Mas não é o único valor, e talvez não seja nem mesmo o mais importante dentre aqueles em que se esteia a ordem constitucional brasileira. Justiça e igualdade material, só para ficar com dois exemplos, são valores também caríssimos à nossa Constituição, e que, não raro, conflitam com a proteção da segurança jurídica. Se a segurança jurídica for protegida ao máximo, provavelmente o preço que se terá de pagar será um comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substancial, e vice-versa. O correto equacionamento da questão hermenêutica ora enfrentada não pode, na nossa opinião, desprezar esta dimensão do problema, refugiando-se na assepsia de uma interpretação jurídica fechada para o universo dos valores. Ademais, no Estado Democrático de Direito, o próprio valor da segurança jurídica ganha um novo colorido, aproximando-se da ideia de Justiça. Ele passa a incorporar uma dimensão social importantíssima. A segurança jurídica, mais identificada no Estado Liberal com a proteção da propriedade e dos direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, caminha para a segurança contra os infortúnios e incertezas da vida; para a segurança como garantia de direitos sociais básicos para os excluídos; e até para a segurança em face das novas tecnologias e riscos ecológicos na chamada ‘sociedade de riscos’” (Direito adquirido..., *Livres e iguais...*, 2006, p. 18).

Filia-se integralmente ao jurista, que demonstra novos e belos rumos para o constitucionalismo nacional, mais preocupado com as questões de relevância social.

Como se pode notar, concluindo, a tendência doutrinária e jurisprudencial é justamente relativizar

a proteção do direito adquirido, o que torna o sistema jurídico de maior mobilidade, de melhor possibilidade de adaptação às mudanças sociais.

1.3 AS NORMAS ESPECÍFICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO. BREVES COMENTÁRIOS

Conforme foi mencionado, a Lei de Introdução traz também regras de Direito Internacional Público e Privado (arts. 7.º a 19), o que faz com que, várias vezes, questões dessa natureza sejam abordadas dentro da disciplina Direito Civil. De qualquer maneira, não entendemos ser esse o melhor caminho a ser tomado pelo examinador de uma prova de graduação ou de um concurso público, diante da autonomia do Direito Internacional.

Pela grande importância que exerce sobre esse ramo jurídico, a Lei de Introdução é até denominada como *Estatuto do Direito Internacional*, tanto público como privado. Ademais, ainda por tal relevância que assume para o Direito Internacional, pode-se reforçar a tese de que a Lei de Introdução não foi revogada ou atingida pela nova codificação privada, apesar da crítica que se faz a alguns de seus dispositivos.

Para facilitar o estudo de tais regras, serão tecidos breves comentários, lembrando, metodologicamente, que é mais comum constarem perguntas sobre os assuntos nas provas específicas dessas matérias (Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado).

O art. 7.º da Lei de Introdução consagra a regra *lex domicilii*, pela qual devem ser aplicadas, no que concerne ao começo e fim da personalidade, as normas do país em que for domiciliada a pessoa, inclusive quanto ao nome, à capacidade e aos direitos de família. Em relação ao casamento, a mesma Lei de Introdução traz regras específicas que devem ser estudadas à parte, a saber:

- a) Celebrado o casamento no Brasil, devem ser aplicadas as regras quanto aos impedimentos matrimoniais que constam do art. 1.521 do CC (art. 7.º, § 1.º, da Lei de Introdução). O comando legal em questão consagra o princípio da *lex loci celebrationis*.
- b) O casamento entre estrangeiros poderá ser celebrado no Brasil, perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes (art. 7.º, § 2.º, da Lei de Introdução).
- c) Caso os nubentes tenham domicílios diversos, deverão ser aplicadas as regras, quanto à invalidade do casamento (inexistência, nulidade ou anulabilidade), do primeiro domicílio conjugal, mais uma vez consagrando-se a regra da *lex domicilii* (art. 7.º, § 3.º, da Lei de Introdução).
- d) Quanto às regras patrimoniais, ao regime de bens, seja ele de origem legal ou convencional, deverá ser aplicada a lei do local em que os cônjuges tenham domicílio. Havendo divergência quanto aos domicílios, prevalecerá o primeiro domicílio conjugal (art. 7.º, § 4.º, da Lei de Introdução).
- e) Para o estrangeiro casado que se naturalizar como brasileiro é deferido, no momento da sua naturalização e mediante autorização expressa do cônjuge, que requeira ao Poder Judiciário a

adoção do regime da comunhão parcial de bens, *regime legal ou supletório* em nosso sistema legal, desde que respeitados os direitos de terceiros anteriores à alteração, e mediante registro no cartório das pessoas naturais (art. 7.º, § 5.º, da Lei de Introdução). Esse dispositivo legal possibilita a mudança de regime de bens, estando em sintonia com a mutabilidade justificada do regime do casamento, que agora consta do Código Civil (art. 1.639, § 2.º).

- f) Quanto ao divórcio realizado no estrangeiro em que um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, haverá reconhecimento no Brasil depois de um ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais (art. 7.º, § 6.º, da Lei de Introdução). O dispositivo foi alterado pela Lei 12.036/2009, fazendo menção ao STJ e não mais ao STF. Anote-se que, para este autor, a separação judicial foi banida do sistema jurídico nacional desde a entrada em vigor da Emenda do Divórcio, em julho de 2010 (EC 66/2010), devendo o dispositivo ser lido com ressalvas. Tal premissa foi parcialmente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em ementa que dispensa os prazos citados pelo comando em apreço: “Homologação de sentença estrangeira. Dissolução de casamento. EC 66, de 2010. Disposições acerca da guarda, visitação e alimentos devidos aos filhos. Partilha de bens. Imóvel situado no Brasil. Decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira. Ofensa à soberania nacional. 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio. 3. Afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º da Resolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologanda. 4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal, com exclusão do imóvel situado no Brasil” (STJ, SEC 5.302/EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 12.05.2011, *DJe* 07.06.2011).
- g) Prevê o § 7.º do mesmo dispositivo legal que “salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda”. Diante da nova visualização da família, à luz da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, deve-se entender que esse parágrafo merece nova leitura, eis que pelo art. 1.567 da codificação novel a direção da sociedade conjugal será

exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher. Não há, assim, *um chefe de família*, mas *dois*. Substituiu-se uma hierarquia pela diarquia, dentro da ideia de *família democrática*.

- h) Finalizando, compatibilizando-se com o art. 73 do CC, dispõe o § 8.º do art. 7.º da Lei de Introdução que o domicílio da pessoa que não tiver residência fixa será o local em que a mesma for encontrada. Para Maria Helena Diniz, o dispositivo legal trata do *adômide*, aquele que não tem domicílio, lembrando que “a residência é um ‘quid facti’, simples elemento de domicílio voluntário, a que se há de recorrer quando a pessoa não tiver domicílio. Constitui simples estada ou morada ocasional ou acidental, estabelecida transitória ou provisoriamente, sem intuito de permanência e, na falta dessa última, poderá a pessoa ser demandada e encontrada” (*Lei de introdução...*, 2001, p. 242).

No que se refere aos bens, prescreve a Lei de Introdução que deve ser aplicada a norma do local em que esses se situam (*lex rei sitae* – art. 8.º). Tratando-se de bens móveis transportados, aplica-se a norma do domicílio do seu proprietário (§ 1.º). Quanto ao penhor, direito real de garantia que recai sobre bens móveis, por regra, deve ser aplicada a norma do domicílio que tiver a pessoa em cuja posse se encontre a coisa empenhada, outra aplicação do princípio *lex domicilii* (§ 2.º).

Ao tratar das obrigações, na Lei de Introdução há consagração da regra *locus regit actum*, aplicando-se as leis do local em que foram constituídas. Dessa forma, exemplificando, para aplicar a lei brasileira a um determinado negócio obrigacional, basta a sua celebração no território nacional. Ensina Maria Helena Diniz que “a *locus regit actum* é uma norma de direito internacional privado, aceita pelos juristas, para indicar a lei aplicável à forma extrínseca do ato. O ato, seja ele testamento, procuração, contrato etc., revestido de forma externa prevista pela lei do lugar e do tempo (*tempus regit actum*) onde foi celebrado será válido e poderá servir de prova em qualquer outro local em que tiver de produzir efeitos, sendo que os modos de prova serão determinados pela ‘lex fori’” (*Lei de introdução...*, 2001, p. 258).

Apesar de a regra estar consubstanciada no *caput* do artigo, os seus parágrafos trazem duas exceções. Inicialmente, tendo sido o contrato celebrado no exterior e destinando-se a produzir efeitos em nosso país, dependente de forma essencial prevista em lei nacional, deverá esta ser observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos fatores externos, requisitos extrínsecos, do ato (§ 1.º). Ilustrando, tendo sido pactuada no exterior a compra e venda de um imóvel que se encontra no Brasil, e sendo casado o vendedor pelo regime da comunhão universal de bens, é necessária a outorga conjugal (uxória), sob pena da anulabilidade do negócio, nos termos dos arts. 1.647 e 1.649 da atual codificação privada. Como outro exemplo, sendo o imóvel de valor superior a trinta salários mínimos, será necessária a elaboração de escritura pública em Tabelionato de Notas, aplicação do art. 108 do CC.

De acordo com o art. 9.º, § 2.º, da Lei de Introdução, “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. O dispositivo está em conflito parcial com o art. 435 do CC/2002, pelo qual se reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. Ora, o local da proposta não necessariamente é o da residência daquele que a formulou. Para resolver a suposta antinomia, aplicando-se a *especialidade*, deve-se entender que a regra do art. 435 do CC serve para os contratos nacionais; enquanto o dispositivo da Lei de Introdução é aplicado aos contratos internacionais.

O art. 10 da Lei de Introdução estabelece que a sucessão por morte ou por ausência obedece a norma do país do último domicílio do *de cuius (lex domicilii)*, conforme já faz a codificação no seu art. 1.785 (“A sucessão abre-se no último domicílio do falecido”).

As regras de vocação hereditária para suceder bens de estrangeiro situados no nosso País serão as nacionais, desde que não sejam mais favoráveis ao cônjuge e aos filhos do casal as normas do último domicílio (art. 10, § 1.º, da Lei de Introdução). De acordo com o § 2.º desse comando legal, *a lex domicilii* do herdeiro ou legatário regulamentará a capacidade para suceder.

Relativamente às sociedades e fundações deve ser aplicada a norma do local de sua constituição (art. 11 da Lei de Introdução). Os três parágrafos desse artigo trazem regras específicas que devem ser atentadas quanto à pessoa jurídica, pela ordem:

- a) Para atuarem no Brasil, as sociedades e fundações necessitam de autorização pelo governo federal, ficando sujeitas às leis brasileiras (arts. 11, § 1.º, da Lei de Introdução e 1.134 do CC).
- b) Os governos estrangeiros e entidades constituídas para atenderem aos anseios de Estados estrangeiros não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação (art. 11, § 2.º, da Lei de Introdução).
- c) Eventualmente, os governos estrangeiros e afins podem adquirir a propriedade de prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos e agentes consulares, única autorização específica que deve ser respeitada (art. 11, § 3.º, da Lei de Introdução).

Em relação à competência da autoridade judiciária brasileira, estabelece art. 12 da Lei de Introdução que há necessidade de atuação quando o réu for domiciliado em nosso País ou aqui tiver que ser cumprida a obrigação, como no caso de um contrato. Quanto aos imóveis situados no país, haverá competência exclusiva da autoridade nacional (art. 12, § 1.º); bem quanto ao *exequatur*, o “cumpra-se” relacionado com uma sentença estrangeira homologada perante o Superior Tribunal de Justiça, conforme nova redação dada ao art. 105 da CF, pela Reforma do Judiciário (EC 45/2004).

De acordo com o art. 13 da Lei de Introdução quanto aos fatos ocorridos no exterior e ao ônus probatório devem ser aplicadas as normas do direito alienígena relacionadas com as ocorrências, não sendo admitidas no Brasil provas que a lei nacional não conheça. Assim sendo, pelo que consta do Código Civil são admitidas as provas elencadas no seu art. 212, quais sejam, confissões, documentos, testemunhas, presunções e perícias, bem como outras provas possíveis e lícitas, uma vez que esse rol é exemplificativo (*numerus apertus*). Em complemento, de acordo com o art. 14 da Lei de Introdução, não conhecendo o juiz nacional a lei estrangeira, poderá exigir de quem a invoca a prova do texto e da sua vigência.

Com grande aplicação prática em relação ao Direito Privado, enuncia o art. 17 da Lei de Introdução que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Exemplificando a aplicação desse comando, é de se apontar questão envolvendo as Convenções de Varsóvia e de Montreal, tratados internacionais dos quais nosso país é signatário e que consagram

limitações de indenização em casos de atraso de voo, perda de voo e extravio de bagagem, no caso de viagens internacionais. Tais tratados, que continuam sendo utilizados pelas companhias aéreas para a redução de indenização também em viagens nacionais, entram em claro conflito com o que consta do Código de Defesa do Consumidor.

Como é notório, o art. 6.º, VI e VIII, da Lei 8.078/1990 consagra o *princípio da reparação integral de danos*, pelo qual tem direito o consumidor ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e morais causados pelo fornecimento de produtos, prestação de serviços ou má informação a eles relacionados, devendo ser facilitada a tutela dos seus direitos. Essa também a lógica dos arts. 14, 18, 19 e 20 do CDC, que trazem a previsão das perdas e danos, nos casos de mau fornecimento de produtos ou má prestação de serviços. Não há dúvidas de que no caso de viagem aérea, seja nacional ou internacional, há uma relação jurídica de consumo, nos termos dos arts. 2.º e 3.º do CDC.

Em um primeiro momento, existindo danos materiais no caso concreto, nas modalidades de danos emergentes – aqueles já suportados pelo prejudicado –, ou lucros cessantes – a remuneração futura perdida –, danos morais ou outras modalidades de prejuízos, terá o consumidor direito à reparação, sendo vedado qualquer tipo de tarifação prevista, seja pelo entendimento jurisprudencial, seja por convenção internacional. As três ementas a seguir, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, confirmam a tese aqui exposta:

“Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição da República. 4. Recurso não conhecido” (STF, RE 351.750-3/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 17.03.2009, *DJE* 25.09.2009, p. 69).

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Código de Defesa do Consumidor. Convenções internacionais. Responsabilidade objetiva. Riscos inerentes à atividade. Fundamento inatacado. Súmula 283 do STF. *Quantum* indenizatório. Redução. Impossibilidade. Dissídio não configurado. 1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de prevalência das normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal, precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional. 2. O Tribunal de origem fundamentou sua decisão na responsabilidade objetiva da empresa aérea, tendo em vista que os riscos são inerentes à própria atividade desenvolvida, não podendo ser reconhecido o caso fortuito como causa excludente da responsabilização. Tais argumentos, porém, não foram atacados pela agravante, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF. 3. No que concerne à caracterização do dissenso pretoriano para redução do *quantum* indenizatório, impende

ressaltar que as circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da indenização por danos morais são de caráter personalíssimo e levam em conta questões subjetivas, o que dificulta ou mesmo impossibilita a comparação, de forma objetiva, para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no Ag 1.343.941/RJ, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 18.11.2010, *DJe* 25.11.2010).

“Civil e processual. Ação de indenização. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Cobertura securitária. Reembolso. Tarifação afastada. Incidência das normas do CDC. I – Pertinente a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor para afastar a antiga tarifação na indenização por perda de mercadoria em transporte aéreo, prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica. II – Precedentes do STJ. III – ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ – Súmula 7/STJ. IV – A ausência de prequestionamento torna o recurso especial carecedor do requisito da admissibilidade. V – Agravo improvido” (STJ, Ag. Rg. 252.632/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.08.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 373). Ver também: STJ, REsp 209.527/RJ (*JBCC* 189/200); REsp 257.699/SP; e REsp 257.298/SP.

Pelo que consta no art. 1.º da própria Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social, devendo prevalecer sobre os tratados internacionais e demais fontes do Direito Internacional Público, pela regra constante do art. 17 da Lei de Introdução. Dessa forma, a autonomia privada manifestada em um tratado internacional encontra limitações nas normas nacionais de ordem pública, caso da Lei Consumerista. Também inspira essa conclusão a ideia de soberania nacional.

Cite-se, por fim quanto aos tratados, que a Emenda Constitucional 45/2004 alterou substancialmente o tratamento dado a assuntos relacionados com o Direito Internacional Público. Inicialmente, foi introduzido um § 3.º ao art. 5.º da CF/1988, pelo qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas da Constituição”. Também foi introduzido um § 4.º nesse mesmo art. 5.º, pelo qual nosso País se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Anote-se que a primeira norma já introduziu mudanças importantes em nosso País, como o reconhecimento da impossibilidade de prisão civil no depósito, seja de qualquer natureza. Isso porque o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário e que proíbe essa prisão, passou a ter força constitucional ou supralegal. O tema está aprofundado no Capítulo 9 do Volume 4 da presente coleção.

Por fim, o art. 18 da Lei de Introdução estabelece que, tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os demais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive os registros de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do Consulado. O dispositivo recebeu dois novos parágrafos por força da Lei 12.874, de outubro de 2013.

O primeiro parágrafo preceitua que as autoridades consulares brasileiras também poderão

celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. Como se nota, passa a existir a possibilidade da separação e do divórcio extrajudiciais, efetivados pelas autoridades consulares.

A norma nasce desatualizada, na opinião deste autor. De início porque, segundo parte considerável da doutrina, não há que se falar mais em separação extrajudicial consensual, tema aprofundado no Volume 5 desta coleção. Ademais, diante da Emenda Constitucional 66/2010 não existem mais prazos mínimos para o divórcio.

Em complemento, o § 2.º do art. 18 expressa que “é indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública”. Esse último comando segue a linha do que consta do art. 1.124-A do CPC quanto à exigência da presença de advogados nas escrituras de separação e divórcio lavradas perante os Tabelionatos de Notas.

1.4 RESUMO ESQUEMÁTICO

Lei de Introdução – Instituída pelo Decreto-lei 4.657/1942, constitui uma norma sobre normas ou norma de sobredireito, eis que visa regular outras leis. A Lei de Introdução não faz parte do Código Civil e por ele não sofreu qualquer alteração. Uma das suas principais importâncias refere-se à determinação de quais são as fontes do direito.

Fontes do Direito – Referem-se ao ponto de partida ou origem do Direito e da ciência jurídica. Em uma visão civilista clássica, as fontes jurídicas podem ser assim classificadas:

Fontes Formais, Diretas ou Imediatas	<ul style="list-style-type: none">– Fonte Primária: Lei. Seria também a Súmula Vinculante, diante da EC 45/2004?– Fontes Secundárias (art. 4.º, LICC):<ul style="list-style-type: none">a) Analogia;b) Costumes;c) Princípios gerais do direito.
Fontes não Formais, Indiretas ou Mediadas	<ul style="list-style-type: none">a) Doutrina;b) Jurisprudência;

A Lei ou norma jurídica – Constitui nossa fonte primária, podendo ser denominada como um *imperativo autorizante* (Goffredo Telles Jr.). A lei entra em vigor após a sua elaboração, promulgação e publicação, expirado o prazo de *vacatio legis* que, em regra, é de 45 dias após a sua publicação.

A lei perde vigência mediante a revogação, pelo surgimento de outra lei, que pode ser assim classificada:

- a) *Revogação Total ou Ab-Rogação.*
- b) *Revogação Parcial ou Derrogação.*

As duas formas de revogação podem ser ainda de forma *expressa* ou *tácita*.

Quanto à vigência das leis no tempo, a lei vale para o futuro, sendo a retroatividade exceção, não se podendo esquecer da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Essa proteção, contudo, está sendo relativizada.

Quanto à vigência das leis no espaço, nosso ordenamento jurídico adota o *princípio da territorialidade temperada ou moderada*. Por regra, aplica-se a lei brasileira, podendo ser aplicadas, eventualmente, as normas e sentenças de outros países, desde que respeitados os parâmetros que constam na própria Lei de Introdução. Aliás, essa lei traz regras específicas de direito internacional público e privado.

Analogia – Constitui fonte do direito e ferramenta para correção do sistema, nos casos de lacuna da lei. A analogia pode ser conceituada como a aplicação de uma lei próxima (*analogia legis*) ou de um conjunto de normas próximas (*analogia iuris*), não havendo norma específica para um determinado caso concreto.

Costumes – Também fontes do direito, constituem as práticas e usos reiterados, com conteúdo lícito e reconhecimento pela lei. Os costumes podem ser *secundum legem* (segundo a lei), *praeter legem* (na falta da lei) e *contra legem* (contra a lei). Somente a segunda forma seria de aplicação da integração.

Princípios gerais do direito – São regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. A própria Lei de Introdução traz em seu art. 5.º o princípio da socialidade, pelo qual, na aplicação da norma, o juiz deve procurar o seu fim social e o bem comum. Os princípios assumem papel relevante com a promulgação do Código Civil de 2002, devendo ser reconhecida a aplicação imediata dos princípios constitucionais que protegem a pessoa.

Equidade – Mesmo não sendo prevista no art. 4.º da Lei de Introdução, constitui também fonte não formal do direito. Isso diante da posição assumida pelo Código Civil de 2002, de determinação da

atuação concreta do magistrado diante da lei. Como é notório, o Código em vigor adota um sistema de cláusulas gerais, que são janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do direito. A equidade pode ser conceituada como sendo a *justiça do caso concreto*.

Antinomias ou lacunas de conflito – São definidas como sendo o choque de duas normas válidas, emanadas de autoridade competente. Em casos tais, três critérios entram em cena:

- a) *critério cronológico*: norma posterior prevalece sobre norma anterior;
- b) *critério da especialidade*: norma especial prevalece sobre norma geral;
- c) *critério hierárquico*: norma superior prevalece sobre norma inferior.

Dos três critérios acima, o cronológico é o mais fraco de todos, sucumbindo perante os demais. O critério da especialidade é o intermediário e o da hierarquia, o mais forte de todos, tendo em vista a importância do Texto Constitucional. As antinomias podem ser assim classificadas:

- *Antinomia de 1.º grau*: conflito de normas que envolvem apenas um dos critérios acima expostos.
- *Antinomia de 2.º grau*: choque de normas válidas que envolvem dois dos critérios analisados.

Ademais, em havendo a possibilidade ou não de solução, conforme os metacritérios de solução de conflito, é pertinente a seguinte visualização:

- *Antinomia aparente*: situação que pode ser resolvida de acordo com os metacritérios antes expostos.
- *Antinomia real*: situação que *não* pode ser resolvida de acordo com os metacritérios antes expostos.

De acordo com essas classificações, devem ser analisados os casos práticos em que estão presentes os conflitos:

- No caso de conflito entre norma posterior e norma anterior, valerá a primeira, pelo critério cronológico, caso de antinomia de primeiro grau aparente.
- Norma especial deverá prevalecer sobre norma geral, emergencial que é o critério da especialidade, outra situação de antinomia de primeiro grau aparente.
- Havendo conflito entre norma superior e norma inferior, prevalecerá a primeira, pelo critério hierárquico, situação de antinomia de primeiro grau aparente.

Esses são os casos de antinomia de primeiro grau, todos de antinomia aparente, eis que presente solução em todos esses. Passamos então ao estudo das antinomias de segundo grau:

- Em um primeiro caso de antinomia de segundo grau aparente, quando se tem um conflito de uma norma especial anterior e outra geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade,

valendo a primeira norma.

- Havendo conflito entre norma superior anterior e outra inferior posterior, prevalece também a primeira (critério hierárquico), outro caso de antinomia de segundo grau aparente.
- Finalizando, quando se tem conflito entre uma norma geral superior e outra norma, especial e inferior, não há metacritério aparente para solucionar o problema. Em casos tais haverá uma antinomia real de segundo grau. Em situações tais, duas soluções são possíveis:
 - a) Solução legislativa – ocorre com a edição de uma terceira norma, apontando qual das duas em conflito deve ser aplicada.
 - b) Solução do judiciário – ocorre quando o magistrado escolhe uma das duas normas, aplicando os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução e buscando o preceito máximo de justiça.

1.5 QUESTÕES CORRELATAS

1. (Magistratura PE – FCC/2011) No Direito brasileiro vigora a seguinte regra sobre a repriminção da lei:

- (A) não se destinando a vigência temporária, a lei vigorará até que outra a modifique ou revogue.
- (B) se, antes de entrar em vigor, ocorrer nova publicação da lei, destinada a correção, o prazo para entrar em vigor começará a correr da nova publicação.
- (C) as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.
- (D) salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.
- (E) a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

2. (Advogado da União AGU/CESPE – 2009) Suponha que, no dia 20 de janeiro, tenha sido publicada lei estabelecendo, no art. 2.º, que os proprietários de veículos populares pagariam, na ocasião do abastecimento, 20% a menos do preço fixado na bomba de combustível. Suponha, ainda, que, no art. 5.º, a referida lei tenha definido veículo popular como aquele com motorização até 1.6.

Considerando essa situação hipotética, julgue os itens a seguir.

- 2.1. Se não constar do texto da referida lei a data de vigência, ela passará a vigorar a partir da data oficial de sua promulgação.
- 2.2. Caso o juiz constate erro na definição de veículo popular pela referida lei, ele poderá, em processo sob seu exame, corrigi-lo sob a fundamentação de que toda lei necessita ser interpretada teleologicamente e de que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

3. (Magistratura SP – 176.º) Analise as assertivas abaixo:

- I – Quando houver conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico para a solução de uma antinomia jurídica, estaremos diante de uma antinomia de segundo grau, que se resolve através da metarregra de prevalência do critério temporal.
- II – Toda interpretação jurídica pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa.
- III – Os conflitos de leis no espaço relativos aos direitos reais regem-se pelo princípio da extraterritorialidade.
- IV – Deparando com lacuna jurídica, o juiz, para seu preenchimento, deverá se valer da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito. São corretas apenas as assertivas:

- (A) I e II.
- (B) I e III.
- (C) II e III.
- (D) II e IV.

4. (MP SP – 83.º) É exato afirmar que entre a irretroatividade e a retroatividade há uma situação intermediária: a da imediata aplicabilidade da nova lei a relações que embora nascidas sob a vigência da lei antiga não se aperfeiçoaram e não se consumaram. Diante dessa assertiva, será correto reconhecer que em se cuidando de efeito imediato das leis a respeito da capacidade das pessoas:

- (A) iniciado o lapso de transcurso da *vacatio legis*, se ocorrer nova publicação de seu texto, a fim de que sejam corrigidos erros materiais ou falhas ortográficas, o prazo de obrigatoriedade não começará necessariamente a fluir da nova publicação.
- (B) no caso de vir a ser reduzido o limite da maioria civil para dezoito anos, não será preciso em nenhuma hipótese aguardar o decurso do prazo da *vacatio legis* para que as pessoas que já tenham alcançado essa idade se tornem maiores automaticamente.
- (C) se a lei aumentar o limite para vinte e cinco anos, por exemplo, não será respeitada a maioria dos que já haviam completado vinte e um anos na data da sua entrada em vigor.
- (D) as que ainda não haviam completado vinte e um anos não terão que aguardar o momento em que completarem vinte e cinco anos para se tornarem maiores.
- (E) caso a lei eventualmente reduza o limite da maioria civil para dezoito anos, fará com que se tornem maiores todos os que já tenham alcançado essa idade.

5. (TRF 3.ª Região – Juiz Federal/XI Concurso) Lei nova que estabelecer disposições gerais:

- (A) a par de leis especiais já existentes a estas não revoga;
- (B) sempre revogará as leis especiais anteriores sobre a mesma matéria;
- (C) somente pode revogar a lei geral anterior, continuando vigentes todas as leis especiais;
- (D) apenas revoga as leis especiais às quais expressamente se referiu.

6. (MP/SE – CESPE – 2010) Considere que a Lei A, de vigência temporária, revogue expressamente a Lei B. Nesse caso, quando a lei A perder a vigência

- (A) a lei B será automaticamente restaurada, já que a lei A é temporária e os seus efeitos, apenas suspensivos.
- (B) a lei B será automaticamente restaurada, já que não pode haver vácuo normativo.
- (C) a lei B não será restaurada, já que não se admite antinomia real.
- (D) a lei B não será restaurada, salvo disposição expressa nesse sentido.
- (E) a revogação será tida como ineficaz, porque não pode ser determinada por lei de vigência temporária.

7. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa incorreta:

- (A) a interpretação extensiva é recurso passível de ser utilizado pelo aplicador do direito quando não existir norma jurídica que regule a matéria.
- (B) o princípio geral de direito introduzido no direito positivo caracteriza-se como cláusula geral.
- (C) a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são elementos de integração do direito.
- (D) a *analogia legis* é a analogia propriamente dita e a *analogia juris* é a que dá solução igual a duas hipóteses em virtude da mesma razão de direito.
- (E) a equidade é recurso passível de ser utilizado pelo aplicador do direito nos casos de lacuna da lei.

8. (Advogado Fundação Casa – Vunesp – 2010) É correto afirmar que as leis

- (A) que os Governos Estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, dependem da aprovação deste e começam a vigorar no prazo que a legislação estadual fixar.
- (B) de vigência temporária permanecerão em vigor até que outras as modifiquem ou revoguem.
- (C) revogadas se restauram por ter a lei revogadora perdido a vigência, salvo disposição em contrário.
- (D) que estabeleçam disposições gerais ou especiais a par das já existentes, revogam ou modificam as leis anteriores.
- (E) quando admitidas nos Estados estrangeiros, serão obrigatórias três meses depois de oficialmente publicadas.

9. **(Magistratura PB 2011) Com relação aos institutos da interpretação e da integração da lei, assinale a opção correta.**
- (A) Segundo a doutrina, os princípios gerais do direito expressam-se nas máximas jurídicas, nos adágios ou brocardos, sendo todas essas expressões fórmulas concisas que representam experiência secular, com valor jurídico próprio.
 - (B) A interpretação histórica tem por objetivo adaptar o sentido ou a finalidade da norma às novas exigências sociais, em atenção às demandas do bem comum.
 - (C) Implícito no sistema jurídico civil, o princípio segundo o qual ninguém pode transferir mais direitos do que tem é compreendido como princípio geral de direito, podendo ser utilizado como meio de integração das normas jurídicas.
 - (D) No direito civil, não há doutrina que admita a hierarquia na utilização dos mecanismos de integração das normas jurídicas constantes no Código Civil.
 - (E) Não há distinção entre analogia legis e analogia juris, uma vez que ambas se fundamentam em um conjunto de normas para a obtenção de elementos que permitam sua aplicação em casos concretos.
10. **(183º Magistratura SP – VUNESP) Assinale a alternativa correta.**
- (A) Se durante a *vacatio legis* ocorrer nova publicação de texto de lei, destinada a correção, o prazo da obrigatoriedade, com relação à parte corrigida, começará a correr da nova publicação.
 - (B) Os direitos adquiridos na vigência de lei publicada com incorreções são atingidos pela publicação do texto corrigido.
 - (C) As correções a texto de lei em vigor consideram-se lei nova, tornando-se obrigatórias de imediato.
 - (D) A lei nova que estabelece disposições gerais a par das já existentes revoga a lei anterior.
 - (E) A lei nova que estabelece disposições especiais a par das já existentes revoga a lei anterior.
11. **(MP/SP – 84.º concurso – 2005) Quando o conflito normativo for passível de solução mediante os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, estaremos diante de um caso de:**
- (A) conflito normativo intertemporal.
 - (B) conflito jurídico-positivo de normas.
 - (C) conflito jurídico-negativo de normas.
 - (D) antinomia real.
 - (E) antinomia aparente.
12. **(TRT 14.ª Região – Juiz Substituto – 2005) Examine as proposições abaixo e responda:**
- I. Salvo disposição contrária, a lei entra em vigor em todo o país na data de sua publicação no *Diário Oficial*.
 - II. Ao legislador, quando ab-rogar lei que revogou uma outra lei anterior, é vedada a concessão de efeito repristinatório.
 - III. Sob pena de violar o princípio maior da segurança jurídica, a lei não pode gerar efeitos retroativos.
 - IV. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.
- (A) Há apenas uma proposição verdadeira.
 - (B) Há apenas duas proposições verdadeiras.
 - (C) Há apenas três proposições verdadeiras.
 - (D) Todas as proposições são verdadeiras.
 - (E) Todas as proposições são falsas.
13. **(MP/GO – 2005) Com o surgimento do novo Código Civil, ganha relevância o estudo das antinomias. Diante de tal enunciado, assinale a alternativa correta:**
- (A) na antinomia de primeiro grau aparente, havendo conflito entre norma superior e norma inferior, prevalecerá a norma superior, pelo critério da especialidade.
 - (B) na antinomia de primeiro grau aparente, havendo conflito entre norma geral e norma especial prevalecerá a norma geral, pelo critério hierárquico.

(C) na antinomia de segundo grau aparente, havendo conflito de uma norma especial anterior e outra norma geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, velando a norma especial anterior.

(D) na antinomia de segundo grau aparente, havendo conflito entre uma norma superior anterior e outra inferior posterior, prevalece a norma inferior posterior, pelo critério da especialidade.

14. (TJSP – Concurso 179.º – 2007) Considere as seguintes afirmações:

- I. as leis, atos e sentenças de outro país terão eficácia no Brasil, quando não ofenderem a soberania nacional e a ordem pública, ainda que atentem contra os bons costumes;
- II. a lei nova, que estabeleça disposições gerais e especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior;
- III. a lei destinada à vigência temporária terá vigor até que outra a revogue;
- IV. as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova. Pode-se afirmar que são corretas apenas

(A) I, II e III.

(B) II e IV.

(C) II.

(D) I, II e IV.

15. (MP/SP 85.º) A Lei A, de vigência temporária, revoga expressamente a Lei B. Tendo a lei revogadora perdido a vigência, é certo que:

(A) a lei revogada é automaticamente restaurada, já que a lei revogadora é temporária, e os seus efeitos estavam apenas suspensos.

(B) a lei revogada é automaticamente restaurada, já que não se pode ficar sem lei.

(C) a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, porque não é admitido o princípio da comoriência.

(D) a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, salvo disposição expressa neste sentido.

(E) como não existe lei de vigência temporária, a revogação da anterior nunca teria acontecido.

16. (Advogado CETESB – Vunesp/2013) Assinale a alternativa correta de acordo com o que dispõe a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

(A) A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o devedor.

(B) A lei da situação da coisa regula a capacidade para suceder do herdeiro ou legatário.

(C) Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos intrínsecos e extrínsecos do ato.

(D) À autoridade judiciária brasileira não compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil, se de propriedade de estrangeiros.

(E) Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

17. (XIX Concurso – Juiz do Trabalho Substituto/TRT 14ª R. – 2013) De acordo com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em casos de lacunas jurídicas o juiz irá recorrer a:

I – analogia;

II – equidade;

III – direito comparado;

IV – costumes;

V – máximas de experiência.

(A) Apenas as proposições I, II e IV estão corretas.

(B) Apenas as proposições I, III e IV estão corretas.

- (C) Apenas as proposições I, II e V estão corretas.
- (D) Apenas as proposições II, III e V estão corretas.
- (E) Apenas as proposições I e IV estão corretas.

18. (XIX Concurso – Juiz do Trabalho Substituto/TRT 14a R. – 2013) Analise as proposições abaixo e após marque a alternativa correta:

- I. Denomina-se “vacatio legis” o lapso entre a data de publicação de uma lei e sua entrada em vigor e, pelo princípio da obrigatoriedade simultânea, quando não houver estipulação de prazo, será de 45 dias após a publicação da lei, para o País e para o Exterior.
- II. Para as leis que estabeleçam período de vacância, a contagem do prazo para a entrada em vigor far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.
- III. Reconhecida pelo STF a inconstitucionalidade de determinada lei, a decisão afetar os atos praticados no período da “vacatio legis”.
 - (A) Apenas as proposições I e II são falsas.
 - (B) Apenas as proposições I e III são falsas.
 - (C) Apenas as proposições II e III são falsas.
 - (D) Todas as proposições são verdadeiras.
 - (E) Todas as proposições são falsas.

19. (TJSP – Segunda fase – 2005 – Dissertação) Direito Adquirido. I – conceito. II – fundamentos básicos sobre: (1) Direito adquirido. Começo de exercício. Expectativa de direito. (2) Direito adquirido frente ao advento de: (a) emenda constitucional; (b) lei complementar; (c) normas de direito público e de ordem pública

Resposta: Elaborar dissertação de até quatro páginas sobre os pontos principais discutidos neste capítulo, principalmente sobre a relativização da proteção do direito adquirido.

20. (XIX Concurso para a Magistratura do Trabalho da 9.ª Região) O direito como ciência exige constante aperfeiçoamento diante da realidade social, com projeção para o futuro. Todavia, quando o ordenamento jurídico sofre inovações, deparamo-nos com o chamado conflito de normas no tempo. Quais os princípios e regras de que o candidato lançaria mão para solucionar, à luz das regras de direito material e processual, eventual conflito entre a lei nova e a lei velha no que se refere às situações jurídicas ainda não consumadas, ou seja, em andamento ou pendentes?

Resposta: Elaborar dissertação tratando das antinomias jurídicas estudadas no presente capítulo.

21. (TJSP – Exame Oral – 2004) Diferencie lacuna legal de lacuna axiológica.

Resposta: A lacuna legal ou propriamente dita seria a ausência de norma prevista para um determinado caso concreto. Já a lacuna axiológica é a falta de uma norma justa, prevista para um caso concreto. Há ainda a lacuna ontológica, ausência de norma com eficácia social. Esses conceitos foram construídos por Maria Helena Diniz (*As lacunas* 2002).

GABARITO

01 – D	2.1. ERRADO	2.2. ERRADO
03 – D	04 – E	05 – A

06 – D

07 – A

08 – E

09 – C

10 – A

11 – E

12 – A

13 – C

14 – B

15 – D

16 – E

17 – E

18 – B

ENTENDENDO O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Sumário: 2.1 Introdução – 2.2 Codificar é preciso? O *big bang* legislativo e o sistema solar – 2.3 Visão geral do Código Civil de 2002. Diretrizes básicas da sua elaboração – 2.4 Os princípios do Código Civil de 2002 segundo Miguel Reale: 2.4.1 O princípio da eticidade; 2.4.2 O princípio da socialidade; 2.4.3 O princípio da operabilidade – 2.5 Fundamentos teóricos e filosóficos da atual codificação privada. O Direito Civil contemporâneo ou novo Direito Civil. Influências da *Ontognoseologia Jurídica* de Miguel Reale no Código Civil de 2002 – 2.6 Direito Civil e Constituição. Amplitude da expressão Direito Civil Constitucional. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais – 2.7 O diálogo das fontes – 2.8 Resumo esquemático – 2.9 Questões correlatas.

2.1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo pretende demonstrar a estrutura da nova codificação privada, se ainda puder ser considerada como “nova”, bem como qual a lógica do Código Civil de 2002. Isso, diante de inúmeras dúvidas e dificuldades encontradas na compreensão e aplicação das normas constantes na atual lei privada. Tornou-se basilar a percepção da linha filosófica seguida pelo Código Civil de 2002.

Passou a ser fundamental conhecer e compreender os princípios do Código Civil de 2002, bem como quais são as diretrizes básicas da sua elaboração. Como é notório, a nossa codificação está repleta de cláusulas gerais e de princípios importantes que trazem uma nova forma de encarar o Direito Privado como um todo.

Também é necessária uma constante interação entre o Direito Civil e o Texto Maior, surgindo daí uma nova disciplina ou um novo caminho metodológico denominado *Direito Civil Constitucional*, do qual somos adeptos e entusiastas. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade em sentido amplo ou isonomia servirão sempre de socorro ao civilista na análise de questões polêmicas e de casos concretos que surgem na prática, de difícil solução – *hard cases*, na feliz expressão de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Uma questão...*, 2005).

Na verdade, percebe-se que a prática civilística em muito mudou. O clássico exemplo de Tício, Caio e Mévio foi substituído por outros envolvendo a adequação de sexo do transexual, a união homoafetiva, o aborto do anencefálico, a adoção homoafetivas, a negativa de transfusão sanguínea por convicções religiosas, a negativa à realização do exame de DNA, a parentalidade socioafetiva (geradora dos *filhos de criação*), o direito ao sigilo e à imagem em conflito com o direito à informação, os danos coletivos e sociais, os contratos eletrônicos ou digitais, o direito de propriedade nas favelas, os direitos da personalidade do morto, a utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, as técnicas de reprodução assistida, o chamado *testamento*

biológico etc. A compreensão da estrutura do atual Código Civil serve para orientar na possível conclusão acerca desses casos de difícil solução.

2.2 CODIFICAR É PRECISO? O BIG BANG LEGISLATIVO E O SISTEMA SOLAR

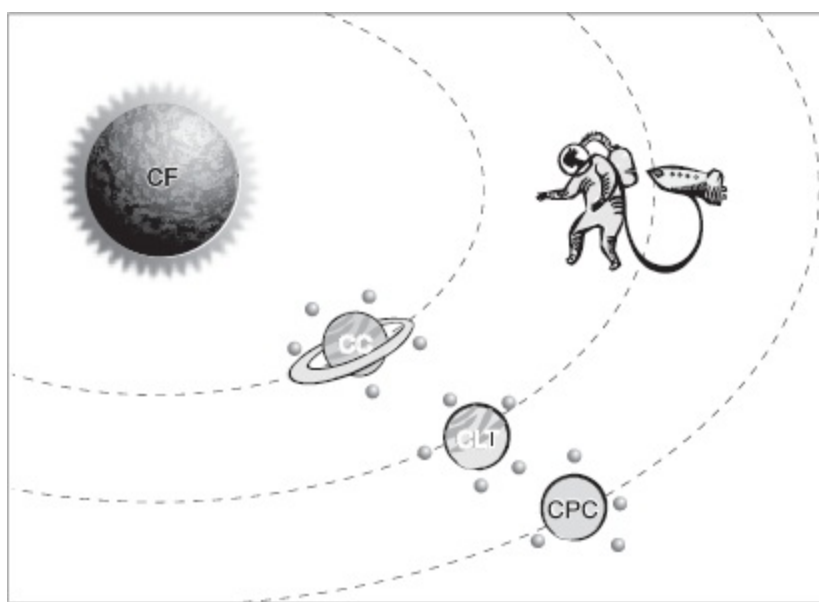
Dúvida que sempre existiu nos sistemas jurídicos modernos é aquela relacionada com a necessidade ou não de se codificar, principalmente, o Direito Privado. Tal discussão remonta aos embates entre Savigny e Thibaut, saindo vencedor o último e tendo o direito alemão feito a opção pela codificação, o que culminou com a promulgação do BGB, código que inspirou muitos outros que surgiram, caso do Código Civil Brasileiro de 2002.

Sem dúvidas que a codificação traz inúmeras vantagens, como a de favorecer a visualização dos institutos jurídicos, a facilitação metodológica e uma suposta autossuficiência legislativa. Contudo, também traz desvantagens, já que, muitas vezes, estático que é, não consegue o Código Civil acompanhar as alterações pelas quais passa a sociedade. Foi assim com o Código Civil de 1916, lamentavelmente.

Isso faz com que, ao lado da codificação privada, apareça um *Big Bang Legislativo*, conforme denomina Ricardo Lorenzetti, em feliz simbologia, com o objetivo de suprir eventuais deficiências que emergem com o surgimento da codificação. O Direito Privado deixa de ser baseado em apenas uma lei codificada, mas engloba muitas outras leis específicas com aplicação a diversos setores da ordem privada. Como afirma o citado jurista argentino, “os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais” (*Fundamentos...*, 1998, p. 45).

A realidade pós-moderna, portanto, é a de uma explosão legislativa. A partir dos ensinamentos do autor argentino, pode-se comparar o Direito Privado a um *sistema solar*, em que o Sol é a Constituição Federal. O planeta principal é a codificação privada; no nosso caso, o primeiro planeta é o Código Civil de 2002. Os outros planetas são os outros códigos, que exercem papel central nos diversos ramos jurídicos: o Código de Processo Civil, o Código Tributário Nacional, o Código Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho (que apesar de não ser um Código na melhor acepção do termo, acaba cumprindo essa função) e assim sucessivamente. Ao lado desses planetas estão em órbita satélites ou luas, os *microssistemas jurídicos ou estatutos*, igualmente vitais para o ordenamento, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), da Lei de Locação (Lei 8.245/1991), da Lei do Bem de Família (Lei 8.009/1990), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), entre outros, que giram em torno do *planeta Código Civil*.

Apesar da utilização da expressão *microssistema*, é fundamental apontar que essas leis especiais não são fechadas, estando em interação com as demais normas jurídicas, dentro de uma ideia unitária de sistema. De imediato, justifica-se a teoria do *diálogo das fontes*, que ainda será analisada em momento oportuno. Aliás, esse *sistema planetário* demonstra muito bem o sentido da expressão *Direito Civil Constitucional*, conforme tópico que também será desenvolvido. O desenho a seguir demonstra essa realidade do Direito Privado Contemporâneo:



Em outras palavras, o desenho acima deve estar na mente do *civilista do novo século*, a partir de uma compreensão de um sistema unitário, sendo comuns os diálogos interdisciplinares dentro do próprio Direito (*diálogo das fontes*). O aplicador do Direito é o astronauta, que deve encontrar as soluções jurídicas dentro da imensidão do *sistema solar*. Essa visão do ordenamento jurídico substitui a superada imagem da *pirâmide de normas*, atribuída a Hans Kelsen (*Teoria pura...*, 1984). O Direito evoluiu de *uma pirâmide para o espaço*.

Voltando à questão da codificação, essa tendência de codificar encontra fundamentos no Direito Romano, sobretudo no *corpus iuris civile*, ponto inicial para todas as ordenações ibéricas. Houve, na realidade, um ressurgimento dessa tendência de codificação, a partir do período napoleônico, o que foi seguido por vários países da Europa, adeptos do sistema da *Civil Law*.

Nosso País trilhou esse mesmo caminho, com a promulgação do primeiro Código Civil, no ano de 1916, tendo como principal idealizador Clóvis Beviláqua. Não se pode negar que o Código anterior constitui uma grande obra técnica, tendo como conteúdo um texto extraordinário, de primeira qualidade. Todavia, esse Código há muito tempo se encontrava desatualizado, eis que inspirado na visão burguesa do Código Civil Francês de 1804. Nosso Código Civil anterior era, assim, uma lei individualista, patrimonialista e egoísta, não preocupada com os valores sociais e com os interesses da coletividade. Eis a principal crítica que se pode fazer à codificação anterior.

Pois bem, muitas vezes, percebe-se na doutrina uma crítica em relação às codificações em geral, tidas como insuficientes e inapropriadas para acompanhar as mudanças pelas quais passa a sociedade. O próprio Ricardo Lorenzetti leciona que “a noção de cidadão, de origem francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes da distinção entre a realeza e as classes inferiores. Esta noção abstrata serviu para regular as relações privadas com igualdade. O Código já não cumpre essa função. O cidadão, quando compra, é regido pelas leis de consumo, que diferem do Código. Se trabalha, pelas leis trabalhistas; se comercializa, pelas leis comerciais. Ao vincular-se ao Estado, pelo Direito Administrativo” (LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos...*, 1998, p. 53).

Afastando esse tom crítico, Renan Lotufo ensina que Natalino Irti escreveu, no ano de 1975, obra em que “sustentava que se encerrara a época da Codificação, pois o Direito Civil tinha deixado de ter como centro o Código para ter como centro a Constituição. Era exatamente o princípio daquilo que chamamos e ensinamos como Direito Civil Constitucional”. Mais à frente, rebatendo tal

posicionamento, conclui o professor paulista:

“Não há como negar a importância do Código na vida do cidadão comum, pois só ele, na condição de lei ordinária, será capaz de dar efetividade às regras consubstanciadas na Constituição Democrática. Isso faz com que as conclusões de Natalino Irti percam o objeto, o que não é novidade, pois desenvolvidas em época e circunstâncias legislativas totalmente diversas das de hoje, o que talvez não tenha sido relativizado por seus leitores, hoje críticos do Projeto de Código” (LOTUFO, Renan. Da oportunidade..., *Revista dos Advogados da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXII, n. 68, p. 21, dez. 2002).

Declinando qualquer discussão acadêmico-filosófica em relação à matéria, deve-se entender que o atual Código Civil de 2002 representa uma realidade, derrotando-se qualquer tom pessimista em relação à sua visualização. *Realidade a ser encarada pelos aplicadores e estudiosos do Direito Privado*: assim deve ser visto o nosso Código Civil de 2002. Ademais, deve-se perceber que, com a visão unitária do sistema, em constante diálogo, é possível aplicar, ao mesmo tempo, as leis especiais, as normas codificadas e os preceitos constitucionais. Por essa visão, a crítica às codificações também perde a razão de ser. A complementaridade entre as leis pode suprir as suas eventuais deficiências e insuficiências. E tal via de interpretação cabe à doutrina e à jurisprudência, em árdua e basilar tarefa.

Em reforço, a codificação, estruturada em uma Parte Geral e uma Parte Especial, tem um papel didático e metodológico fundamental, pois na primeira parte do Código podem ser encontrados os conceitos basilares, a orientar a parte especial. Como exemplo, podem ser citados os conceitos de prescrição e decadência. Por isso, fica em debate a proposta de elaboração de um *Estatuto das Famílias* e de um *Código de Direito Sucessório*, conforme apregoado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Cumpre esclarecer que o *Estatuto das Famílias* foi apresentado à Câmara dos Deputados como projeto de lei, em 25 de outubro de 2007, pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PL 2.285/2007). Em 2013, o citado projeto foi reapresentado no Senado Federal (PLS 470/2013). Participaram da elaboração do projeto estudiosos de todo o País, caso deste autor. A Comissão de Sistematização foi composta pelos juristas Giselda Hironaka (SP), Luiz Edson Fachin (PR), Maria Berenice Dias (RS), Paulo Lôbo (AL), Rodrigo da Cunha Pereira (MG), Rolf Madaleno (RS) e Rosana Fachin (PR). A comunidade jurídica discute, no momento, a viabilidade teórica e prática dessa ideia de *decodificação*.

A finalizar a presente seção, não se pode esquecer de uma análise crítica da atual codificação privada, conforme as palavras de Gustavo Tepedino, em comentários ao Código Civil de 2002, que abaixo transcrevemos:

“Esta louvável mudança de perspectiva que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional” (Crise..., *A parte geral do novo Código Civil*..., 2003, p. XV).

A visão crítica é comum na obra de Tepedino e também de Luiz Edson Fachin (*Teoria crítica...*, 2003). Ambos os doutrinadores, muitas vezes, nos servem de inspiração.

2.3 VISÃO GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DIRETRIZES BÁSICAS DA SUA ELABORAÇÃO

O atual Código Civil foi instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrando em vigor após um ano de *vacatio legis*, para a maioria da doutrina, em 11 de janeiro de 2003. A novel codificação civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, com seu embrião no ano de 1975, ocasião em que o então Presidente da República Ernesto Geisel submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, coordenada por Miguel Reale. Como se nota, portanto, o projeto legislativo surgiu no “ápice” da ditadura militar que imperava no Brasil.

Assim, foi concebida a estrutura básica do projeto que gerou a nova codificação, com uma Parte Geral e cinco livros na Parte Especial, tendo sido convidado para cada uma delas um jurista de renome e notório saber, todos com as mesmas ideias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas.

Convocados foram para a empreitada:

- José Carlos Moreira Alves (SP) – relator da Parte Geral;
- Agostinho Alvim (SP) – relator do livro que trata do Direito das Obrigações;
- Silvio Marcondes (SP) – relator do livro de Direito de Empresa;
- Erbert Chamoun (RJ) – responsável pelo Direito das Coisas;
- Clóvis do Couto e Silva (RS) – responsável pelo livro de Direito de Família;
- Torquato Castro (PE) – relator do livro do Direito das Sucessões.

Conforme lembra Gerson Luiz Carlos Branco, a escolha foi abrangente, pois “foram contemplados juristas do sul, do nordeste, do centro do país, do Rio de Janeiro e São Paulo, congregando professores, advogados e juízes. A comissão escolhida teve um perfil adequado às considerações políticas em relação à postura dos membros da comissão. Além disso, segundo o próprio Miguel Reale, havia uma afinidade de ideias e de pensamento entre todos os juristas que integravam a comissão” (*O culturalismo...*, *Diretrizes teóricas...*, 2002, p. 43). Em suma, os trabalhos foram guiados pela mesma linha de pensamento.

Inúmeros foram os debates realizados e a troca de conhecimento em relação às matérias constantes da codificação, eis que os autores apresentavam grande saber e experiência, o que justifica as quatro redações iniciais que teve o projeto de Código Civil, todas publicadas no *Diário Oficial da União*, em 1972, 1973, 1974 e, por fim, em 1975, com a redação final. Conforme afirma o próprio Miguel Reale, comentando a estrutura da atual codificação, “não estamos perante uma obra redigida por um legislador solitário, por um Sólon ou Licurgo, como se deu para Atenas e Esparta, mas sim perante uma ‘obra transpessoal’, submetida que foi a sucessivas revisões” (*Visão geral do novo Código Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?>

A roupagem de um texto coletivo pode ser sentida pelas inúmeras emendas que foram feitas ao projeto inicial: mais de mil na Câmara dos Deputados, e mais de quatrocentas no Senado Federal, com novo retorno à Câmara dos Deputados, para novos estudos e discussões.

Partindo de outra premissa, Miguel Reale, no último texto citado e também na exposição de motivos da atual codificação, aponta quais foram as diretrizes básicas seguidas pela comissão revisora do Código Civil de 2002, a saber:

- a) Preservação do Código Civil anterior sempre que fosse possível, pela excelência técnica do seu texto e diante da existência de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial já consubstanciado sobre os temas nele constantes.
- b) Alteração principiológica do Direito Privado, em relação aos ditames básicos que constavam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*, que serão abordadas oportunamente.
- c) Aproveitamento dos estudos anteriores em que houve tentativas de reforma da lei civil, trabalhos esses que foram elaborados primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do Código das Obrigações; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.
- d) Firmar a orientação de somente inserir no Código Civil matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam a codificação privada, caso da bioética, do biodireito e do direito eletrônico ou digital. Aliás, quanto à bioética e ao biodireito, estatui o Enunciado n. 2 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que “sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2.º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”. Nesse sentido, entrou em vigor em nosso País, em março de 2005, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), um dos *satélites* na órbita do *planeta Código Civil*. O STF discutiu recentemente a constitucionalidade do seu art. 5.º, que consagra a possibilidade de utilização de células embrionárias para fins terapêuticos (ADI n. 3.510/DF, julgado em maio de 2008, julgamento publicado no *Informativo* n. 508 do STF). Acabou concluindo por sua constitucionalidade, felizmente.
- e) Dar nova estrutura ao Código Civil, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas –, mas com nova organização da matéria, a exemplo das recentes codificações.
- f) Não realizar, propriamente, a unificação do direito privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade em nosso País – em virtude do obsolescência do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um livro na Parte Especial, que se denominou *Direito de Empresa*. Nesse ponto, o Código Civil Brasileiro de 2002 seguiu o modelo do Código Italiano de 1942.

- g) Valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. *Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor.*

Nas palavras de Judith Martins-Costa, percebe-se na atual codificação um sistema aberto ou de *janelas abertas*, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa. São suas as brilhantes palavras, que explicam muito bem a intenção do legislador:

“Estas janelas, bem denominadas por Irti de ‘*concetti di collegamento*’, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘*standards*’, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘*conceitos jurídicos indeterminados*’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código..., *Diretrizes teóricas...*, 2002, p. 118).

A partir dos ensinamentos da professora gaúcha, as cláusulas gerais podem ser conceituadas como *janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso*.

Gustavo Tepedino chegou a criticar esse sistema de cláusulas gerais, apontando que ele não deu certo entre nós em outras oportunidades. Salientava o autor fluminense que a cláusula de boa-fé objetiva constava do Código Comercial de 1850 e sequer foi utilizada e que “não foi muito diversa a experiência italiana, onde as cláusulas gerais que, no Código Civil de 1942, eram inspiradas em clara ideologia produtivista e autárquica assumira um significado inteiramente diverso por obra doutrinária, sobretudo depois do advento da Constituição de 1948” (Crise..., *A parte geral do novo Código Civil...*, 2003, p. XIX). Tepedino continuava a sua crítica, apontando que o sistema de cláusulas gerais geraria desconfiança, insegurança e incerteza, tornando árduo o trabalho da jurisprudência. Lecionava que em codificações anteriores, tendo em vista o alto grau de discricionariedade atribuído ao aplicador da norma, muitas vezes, as cláusulas gerais tornaram-se letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhe atribuir um conteúdo mais objetivo.

De qualquer modo, o que se percebe é que, com tempo, o Professor Gustavo Tepedino acabou se tornando um entusiasta do sistema de cláusulas gerais, até porque esse sistema aberto serve como *porta de entrada* para os valores constitucionais nas relações particulares, regidas pela autonomia privada. Em artigo mais recente, aduz o Professor Titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro que “Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais – as quais permitem ao intérprete amoldar as previsões normativas às peculiaridades do caso concreto –, e os princípios, dotados de força normativa, tornam-se fundamentais para determinação dos ordenamentos aplicáveis aos casos concretos, cada vez mais inusitados” (Normas constitucionais..., 2007, p. 319).

A crítica anteriormente formulada até procedia, em particular diante de uma série de indagações que poderiam ser formuladas: será que o sistema de cláusulas gerais é interessante para a nossa realidade política, social e jurídica? Será que este sistema irá, efetivamente, funcionar no campo prático?

Na verdade, o tempo e a prática estão demonstrando que esse sistema de cláusulas gerais está contribuindo para a construção de um *novo Direito Civil*, mais concreto e eficaz, como era pregado pelo próprio Miguel Reale. Logo, não é de se concordar com o entendimento que vê nas cláusulas gerais uma ameaça à segurança jurídica. Na realidade, a segurança jurídica perde espaço para a busca de um direito mais humano, centrado na proteção da pessoa e em valores existenciais. *O século atual é o século da tutela dos direitos*. Os dez anos iniciais do atual Código Civil demonstram que o sistema de cláusulas gerais *está dando certo* no Brasil.

Entre os autores estrangeiros, particularmente aqueles que tratam da teoria geral do direito, Karl Engisch entendeu muito bem o conceito de *cláusula geral* (*Introdução ao pensamento...*, 1964). Para esse autor, a cláusula geral não se confunde com a ideia de conceito legal indeterminado, eis que a primeira “contrapõe a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais. ‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria” (*Introdução ao pensamento...*, 1964, p. 188). Após demonstrar alguns exemplos, Engisch conceitua a cláusula geral como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Em suma, pode-se dizer que “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa”, conforme aduz o próprio Engisch (*Introdução ao pensamento...*, 1964, p. 193), sendo certo que é feita a escolha pela utilização de expressões vagas, relacionadas a padrões gerais de conduta da coletividade, a exemplo de *boa-fé* (arts. 113, 187 e 422 do CC) e *bons costumes* (arts. 13 e 187 do CC, sem prejuízo de outros dispositivos). Cabe ao aplicador, diante do sistema de cláusulas gerais, completar o trabalho do legislador, *criando o direito caso a caso (concretude)*. A responsabilidade do civilista é grande, mas deve-se acreditar que esse sistema de cláusulas gerais possibilita o crescimento e o avanço da nossa ciência.

Superada essa questão elucidada, passa-se ao estudo dos princípios do Código Civil de 2002.

2.4 OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 SEGUNDO MIGUEL REALE

O próprio Miguel Reale não se cansava em apontar os princípios ou regramentos básicos que sustentam a atual codificação privada: *eticidade, socialidade e operabilidade*. O estudo de tais princípios é fundamental para que se possa entender os novos institutos que surgiram com a nossa nova lei privada. Passamos então a apreciá-los.

2.4.1 O princípio da eticidade

O Código Civil de 2002 se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do Direito Romano, procurando, em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado. Por isso muitas vezes se percebe a previsão de preceitos genéricos e cláusulas gerais, sem a preocupação do encaixe perfeito entre normas e fatos.

No que concerne ao princípio da eticidade, adotado pela codificação emergente, cumpre transcrever as palavras do Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “o tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência” (A ética..., *Questões controvertidas...*, 2003, p. 177). As palavras transcritas explicam mais uma vez porque a equidade deve ser entendida como fonte do Direito Civil e porque está superado o art. 127 do CPC, que ordena ao juiz aplicar a equidade somente nos casos expressamente previstos em lei.

Em reforço, o atual Código abandona o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores – melhor concepção da *teoria tridimensional do direito*, concebida por Miguel Reale, introduzida na codificação em vários pontos.

Os juízes passam a ter, assim, uma amplitude maior de interpretação. Muitas vezes, será o aplicador da norma chamado para preencher as lacunas fáticas e as margens de interpretação deixadas pelas cláusulas gerais, sempre lembrando da proteção da boa-fé, da tutela da confiança, da moral, da ética e dos bons costumes.

O princípio da eticidade pode ser percebido pela leitura de vários dispositivos da atual codificação privada. Inicialmente, nota-se a valorização de condutas éticas, de boa-fé objetiva – aquela relacionada com a conduta de lealdade das partes negociais –, pelo conteúdo da norma do art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse dispositivo repercute profundamente nos contratos, mantendo relação direta com o princípio da função social dos contratos e reconhecendo a *função interpretativa da boa-fé objetiva*.

Os dois princípios, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, nesse dispositivo, estão em *relação de simbiose*. Por isso Miguel Reale chegou a afirmar que o art. 113 do Código Civil seria um *artigo-chave do Código Civil*. Para ele: “desdobrando-se essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão

aos ‘usos do lugar de sua celebração’” (Um artigo-chave..., 2005, v. 1, p. 240). Por certo, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme as condutas dos envolvidos e as diversidades regionais do nosso imenso Brasil.

Também na Parte Geral do Código Civil, no tocante à simulação, prevê o art. 167, § 2.º, que estarão protegidos os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contratantes do negócio jurídico simulado. O dispositivo consagra a *inoponibilidade do ato simulado diante de terceiros de boa-fé*, reconhecendo de forma indireta que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública, eis que consegue vencer a nulidade absoluta decorrente da simulação. O Enunciado n. 363 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, reconhece, expressamente, que os princípios da probidade e da confiança, anexos à boa-fé objetiva, são preceitos de ordem pública. Na verdade, como se verá nesta obra, não é somente o ato simulado que deve se *curvar à boa-fé*, mas também outros negócios jurídicos considerados nulos.

O art. 187 do CC/2002 disciplina qual a sanção para a pessoa que contraria a boa-fé, o fim social ou econômico de um instituto ou os bons costumes: cometerá abuso de direito, assemelhado a ilícito. De acordo com o citado dispositivo, “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”. Esse comando legal consagra a *função de controle da boa-fé objetiva*.

Ato contínuo, o art. 422 valoriza a eticidade, prevendo que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato. O art. 422 do CC traz, portanto, a *função de integração da boa-fé objetiva*, reconhecida aqui como um princípio e sendo aplicada a todas as fases contratuais: fase *pré-contratual*, fase *contratual* e fase *pós-contratual*, conforme os Enunciados ns. 25 e 170, aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Como bem enfoca Miguel Reale “frequente é no Projeto a referência à probidade e a boa-fé, assim como à correção (‘correttezza’) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico” (Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 30 dez. 2003).

Sem prejuízo de outros dispositivos na codificação vigente, que fazem menção à boa-fé e à eticidade, não há dúvidas de que se trata de um princípio importantíssimo, que será por vezes invocado na presente coleção, inclusive no tocante ao Direito de Família (Volume 5).

2.4.2 O princípio da socialidade

Por esse princípio, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nós*, em detrimento da palavra *eu*. Os grandes ícones do Direito Privado recebem uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento.

Isso diante das inúmeras modificações pelas quais passou a sociedade. Houve o incremento dos meios de comunicação, a valorização da dignidade humana e da igualdade entre as pessoas, a supremacia do afeto na família, a *standartização* ou padronização dos negócios e o surgimento da

sociedade de consumo em massa, trazendo uma nova realidade que atingiu os alicerces de praticamente todos os institutos privados. Desse modo, deverá prevalecer o social sobre o individual, o coletivo sobre o particular.

Nessa nova realidade, “dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui tema de debate que tem atravessado os séculos, desde, pelo menos, Aristóteles, constituindo, mais propriamente, um problema de filosofia política, por isso devendo ser apanhado pelo Direito posto conforme os valores da nossa – atual – experiência jurídica” (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código..., *Diretrizes teóricas...*, 2002, p. 144).

A função social da propriedade, nunca se pode esquecer, já estava prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XXII e XXIII, e no seu art. 170, III. Entendemos, em reforço, que o *embrião* da socialidade está no citado art. 5.º da Lei de Introdução, pelo qual o juiz, ao aplicar a norma, deve ser guiado pelo seu fim social e pelo bem comum (pacificação social).

A função social dos contratos, que merece um aprofundado estudo no Volume 3 da coleção, está agora tipificada em lei, prevendo o art. 421 do Código que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Trata-se de um princípio contratual de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade (TARTUCE, Flávio. *Função social...*, 2007, p. 415). A função social dos contratos tem *eficácia interna*, entre as partes contratantes; e *eficácia externa*, para além das partes contratantes. Esse princípio, sem dúvidas, também tem fundamento constitucional, particularmente na citada função social da propriedade, como apontado naquela outra obra nossa, para a qual remetemos o leitor. Anote-se que o Código Civil Brasileiro é o único no mundo a relacionar a autonomia privada à função social do contrato, residindo no preenchimento do conceito o maior desafio do contratualista brasileiro do Século XXI.

Mesmo a posse recebe uma função social, uma vez que o atual Código estabelece a diminuição dos prazos de usucapião quando estiver configurada a *posse-trabalho*, situação fática em que o possuidor despendeu tempo e labor na ocupação de um determinado imóvel. A nova codificação valoriza aquele que *planta e colhe*, o trabalho da pessoa natural, do cidadão comum. Tais regras podem ser captadas pela leitura dos arts. 1.238, parágrafo único, e 1.242, parágrafo único, do CC/2002, que reduzem os prazos da usucapião extraordinária e ordinária, para dez e cinco anos, respectivamente.

Ainda prestigiando a posse produtiva e a função social que a posse exerce, os §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 trazem a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, conceito totalmente inédito, criação brasileira, da mente genial de Miguel Reale. Por esses comandos legais, o proprietário do imóvel pode ser privado do seu domínio, se o imóvel reivindicado consistir em uma extensa área, ocupada por um considerável número de pessoas, com posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, e essas pessoas tiverem realizado no imóvel obras consideradas pelo juiz como de relevante interesse social e econômico. Em casos tais há o pagamento de uma justa indenização a favor do proprietário.

A propriedade também recebe a previsão legal de proteção da sua função social, pelo que consta no art. 1.228, § 1.º, do CC. Mais do que a função social, o dispositivo prevê a *função socioambiental* do domínio, não podendo o exercício do direito de propriedade gerar danos ao

ambiente natural, cultural ou artístico.

Além do contrato, da posse e da propriedade, percebe-se que a empresa e a família, cernes da vida em comunidade, como não poderia deixar de ser, também têm função social, uma finalidade coletiva, instrumentos principais que são para a vida fraterna do ser humano (*direitos de terceira geração ou dimensão*). O direito sucessório também tem reconhecida a sua função social, pelo que consta no seu art. 1.848, pelo qual, no testamento, somente será possível a instituição de cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade ou impenhorabilidade, havendo *justa causa* para tanto.

A partir da ideia de função social, aponte-se o tom crítico de Gustavo Tepedino que, em comentários ao princípio da socialidade, lembra que “há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado, um significado coerente com as tábuas de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e da justiça social” (Crise..., *A parte geral do novo Código Civil...*, 2003, p. XXXIII). Em outras palavras, as cláusulas gerais relativas à socialidade, particularmente a função social do contrato (art. 421) e da propriedade (art. 1.228, § 1.º), devem ser preenchidas com valores constitucionais.

Em resumo, aduz-se ao princípio da socialidade um sentido amplo, atingindo praticamente todos os ramos do Direito Civil Contemporâneo. Nesse sentido, no Volume 2 da presente coleção, é apontada a tendência de se reconhecer que mesmo a responsabilidade civil tem a sua função social, o que amplia ainda mais a aplicação do preceito social (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2014, v. 2).

2.4.3 O princípio da operabilidade

O Código Civil de 2002 segue tendência de facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos nele previstos. Procurou-se assim eliminar as dúvidas que imperavam na codificação anterior, fundada em exagerado tecnicismo jurídico. Nesse ponto, visando à facilitação, a operabilidade é denotada com o intuito de *simplicidade*.

Como exemplo, pode ser citada a distinção que agora consta em relação aos institutos da prescrição e da decadência, matéria que antes trazia grandes dúvidas pela lei anterior, que era demasiadamente confusa. Facilitadas as previsões legais desses institutos pelo Código Civil de 2002, poderá o estudioso do direito entender muito bem as distinções existentes e identificar com facilidade se determinado prazo é de prescrição ou de decadência (arts. 189 a 211 do CC/2002).

Conforme lembra Miguel Reale, no artigo aqui citado “pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo, distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos. Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (*‘correttezza’*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo (art. 575)” (Visão geral..., *Jus Navigandi...*,

Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 30 dez. 2003).

Assim, além do sentido de *simplicidade*, a operabilidade tem o sentido de *efetividade* do Direito Civil, da construção de um *Direito Civil Concreto* do ponto de vista prático (*concretude*, conforme Miguel Reale).

Neste ponto, mantendo relação com a operabilidade, encontra-se uma das maiores críticas ao Código, aduzindo alguns doutrinadores que a nova codificação cria *juízes ditadores*, eis que dá enorme margem de interpretação para que o magistrado *crie o direito*. Vale deixar claro que na opinião deste autor, as críticas são infundadas. Muito ao contrário, o regime de cláusulas gerais é participativo, democrático, de colaboração entre todos os componentes da comunidade jurídica.

Essa a outra face do princípio da operabilidade, a busca de um Direito Civil concreto, efetivo, baseado no sistema de cláusulas gerais e em conceitos legais indeterminados – a operabilidade vista sob o prisma da efetividade, da *concretude* ou *concretitude* (REALE, Miguel. *Teoria...*, 2003).

Na verdade, os dez anos iniciais do Código Civil revelaram não se tratar de um *Código dos Juízes*, mas de um *Código de toda a comunidade jurídica*. Isso porque a tarefa de preenchimento das cláusulas gerais está sendo desempenhada não só pelos magistrados, mas também por advogados, procuradores, promotores de justiça, professores, doutrinadores, escritores, entre outros, em um regime democrático, de efetiva cooperação.

Já foi dito que o atual Código Civil deve ser tratado como uma realidade. Uma realidade inspirada na melhor teoria do seu principal idealizador. Em vários preceitos da codificação emergente percebe-se transbordando a visão tridimensional do direito, conforme o tópico que será a seguir estudado.

Afastando tais críticas, rebate o filósofo Reale que “somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de jurisconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma” (*Visão geral...*, *Jus Navigandi...*, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 30 dez. 2003).

Porém, se assim é por regra, por outro lado não se pode esquivar das críticas contundentes realizadas por corrente respeitável da doutrina, destacando-se Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Este último, por exemplo, justifica a sua crítica ao Direito Civil nos seguintes termos:

“A crítica ao Direito Civil, sob essa visão, deve ser a introdução diferenciada a estatutos fundamentais, na explicitação de limites e possibilidades que emergem da indisfarçável crise do Direito Privado. É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um mundo diverso de ver. E aí, sem deixar de ser o que é, se reconhece o ‘outro’ Direito Civil. E, se essa, proposta escala montanhas epistemológicas, voa em rotas mal percorridas e mergulha em águas turbulentas, não despreza as planícies, os caminhos bem torneados, muito menos o ‘flúmen’ tranquilo da cognição

adquirida. Crítica e ruptura não abjuram, ‘tout court’, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica...*, 2003, p. 6).

De qualquer forma, como se verá, é possível e até recomendável compatibilizar a teoria de Miguel Reale com a tendência de constitucionalização do Direito Civil, pelo preenchimento das cláusulas gerais com valores e princípios constitucionais.

Partindo para a prática, ilustrando, em matéria de Direito Contratual, o princípio da operabilidade, no sentido de simplicidade, pode ser percebido pela previsão taxativa e conceitual dos contratos em espécie, cujas previsões constam agora. O atual Código conceitua a compra e venda, a locação, a empreitada, a prestação de serviços, o transporte, o seguro, e assim sucessivamente. Todavia, acaba não conceituando o próprio instituto *contrato*, ao contrário do Código Civil Italiano, que o faz no seu art. 1.321.

Interessante frisar, outrossim, que a intenção de manter um Código Civil dividido em uma Parte Geral e uma Parte Especial mantém relação com a operabilidade, no sentido de simplicidade, uma vez que tal organização facilita e muito o estudo dos institutos jurídicos, do ponto de vista metodológico.

Finalizando, deve ficar claro que a operabilidade pode ser concebida sob dois prismas, o relacionado com a *simplicidade* e o concebido dentro da *efetividade/concretude*.

Superado esse ponto, serão tecidos alguns comentários sobre os fundamentos teóricos do Código Civil de 2002, para uma melhor compreensão dos princípios vistos até aqui.

2.5 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA ATUAL CODIFICAÇÃO PRIVADA. O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO OU NOVO DIREITO CIVIL. INFLUÊNCIAS DA ONTOGNOSEOLOGIA JURÍDICA DE MIGUEL REALE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Este autor tem defendido, desde os seus primeiros escritos, que não se pode mais conceber um direito privado estagnado, individualista e, nesse sentido, conservador. Em certa oportunidade, escrevemos que o *desafio do civilista do Novo Século será a busca de um ponto de equilíbrio entre os conceitos novos e emergentes e o mínimo de segurança que se espera do ordenamento jurídico* (TARTUCE, Flávio. *A revisão do contrato...*, *Questões controvertidas...*, 2003). Essa oração tem sido constatada pela prática do Direito Privado Contemporâneo.

Na realidade pós-moderna, acreditamos que a concretização de um *Direito Civil Contemporâneo* ou de um *Novo Direito Civil* deve ser enfocada à luz da teoria elaborada pelo principal idealizador do atual Código Civil, o professor e filósofo Miguel Reale.

Sem dúvida que os ensinamentos de Reale servem muito para a compreensão dos institutos privados emergentes com a Codificação de 2002, devendo o aplicador da norma estar atento para as suas lições. Ora, é praticamente impossível, sobretudo para o julgador, a aplicação correta desses

institutos caso a sua formação seja essencialmente normativista e positivista, sobretudo *kelseniana*, eis que a concepção da teoria que estrutura o atual Código Civil é totalmente diferente.

Para elucidar essa realidade de interpretação, serão utilizados, aqui, alguns trabalhos do Professor Miguel Reale, demonstrando o enquadramento correto dos conceitos que serão estudados, bem como a grandeza da contribuição que foi dada por esse saudoso filósofo, que entrou para a história mundial.

Miguel Reale, como se sabe, na vastidão da sua obra, criou a sua própria teoria do conhecimento e da essência jurídica, a *ontognoseologia jurídica*, em que se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias ou subciências: o *culturalismo jurídico* e a *teoria tridimensional do direito* (REALE, Miguel. *Teoria...*, 2003).

O *culturalismo* de Reale, inspirado no trabalho de Carlos Cossio, busca o enfoque jurídico, no aspecto subjetivo, do aplicador do direito. Nesse sentido, não há como esquecer que três palavras orientarão a aplicação e as decisões a serem tomadas: *cultura*, *experiência* e *história*, que devem ser entendidas tanto do ponto de vista do julgador como no da sociedade, ou seja, do meio em que a decisão será prolatada.

Não restam dúvidas de que o julgador leva para o caso prático a sua história de vida, a sua cultura – formadora do seu caráter –, e, principalmente, as suas experiências pessoais, nas atribuições de magistrado ou fora delas. Os acontecimentos que repercutiram na sociedade também irão influir nos futuros posicionamentos jurisprudenciais, havendo nesse ponto uma valoração ideológica.

No plano objetivo, do direito em si, a *ontognoseologia jurídica* é baseada na *teoria tridimensional*, pela qual, para Miguel Reale, *direito é fato, valor e norma*.

Ensina o Mestre Reale que a sua *teoria tridimensional do direito* e do Estado vem sendo concebida desde 1940, distinguindo-se das demais teorias por ser “concreta e dinâmica”, eis que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo de fato e ao jurista a norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito)” (*Teoria tridimensional...*, 2003, p. 57).

Vai além o seu parecer, demonstrando o doutrinador que a relação entre os três elementos da sua teoria é de “natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional...*, 2003, p. 57).

Na análise dos institutos jurídicos presentes no Código Civil de 2002, muitos deles abertos, genéricos e indeterminados, parece-nos que o jurista e o magistrado deverão fazer um mergulho profundo nos fatos que margeiam a situação, para então, segundo os seus valores – construídos após anos de educação e de experiências –, aplicar a norma de acordo com os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. Mais uma vez, *fato, valor e norma* serão imprescindíveis a apontar o caminho seguido para a aplicação do Direito. Dessa forma, dar-se-á o preenchimento das cláusulas gerais, das *janelas abertas*. Por esse processo os conceitos legais indeterminados ganham determinação jurídica, diante da atuação do magistrado, sempre guiado pela

equidade. Ora, se o juiz pode criar o direito, logicamente, a equidade deve ser encarada como fonte jurídica e não como mero meio auxiliar do magistrado, como faz crer o criticável art. 127 do CPC.

Primeiro, o magistrado julgará de acordo com a sua *cultura*, bem como do meio social. Isso porque os elementos culturais e valorativos do magistrado serão imprescindíveis para o preenchimento da discricionariedade deixada pela norma privada. Ganha destaque o *valor* como elemento formador do direito.

Segundo, tudo dependerá da *história* do processo e dos institutos jurídicos a ele relacionados, das partes que integram a lide e também a história do próprio aplicador. Aqui, ganha relevo o *fato*, outro elemento do direito, de acordo com a construção de Reale.

Por fim, a *experiência* do aplicador do direito, que reúne *fato* e *valor* simbioticamente, visando à aplicação da *norma*. Esta, sim, elemento central daquilo que se denomina *ontognoseologia*, a teoria do conhecimento, da essência jurídica, criada por Miguel Reale. Encaixa-se perfeitamente a proposta de Reale, para que sejamos *juristas* – no ponto de vista das normas –, *sociólogos* – diante da análise dos fatos – e *filósofos* – sob o prisma dos valores. Assim, é fundamental a *formação interdisciplinar* do aplicador do Direito.

Diante dessa constatação, o célebre doutrinador explica com clareza e coragem porque o jurista *kelseniano* encontra dificuldades ao visualizar o direito de acordo com uma concepção *tridimensional*: “a Ciência do Direito é uma ciência normativa, mas a norma deixa de ser simples juízo lógico, à maneira de Kelsen, para ter um conteúdo fático-valorativo, tal como foi por mim bem explicitado no estudo intitulado ‘La crisis del normativismo jurídico y la exigencia de una normatividad concreta’” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional...*, 2003, p. 151).

Por esse mesmo motivo deve-se entender que o magistrado com formação estribada na concepção de um direito essencialmente normativo terá sérias dificuldades em aplicar o atual Código Civil, eis que este traz em seu bojo uma enorme carga valorativa e fática. Essa forma de compreensão aplica-se de forma primária ao princípio da função social dos contratos e também a conceitos correlatos, caso do princípio da boa-fé objetiva, do princípio da função social da propriedade, da lesão e do abuso de direito, entre outros.

Entra em cena, nesse *Direito Civil Contemporâneo*, a valorização do *nós*, do coletivo, em detrimento do *eu*, do individual. Encontramo-nos *na terceira fase do direito moderno*, conforme ensina Miguel Reale, em que se faz presente a influência do mundo digital, da informática, da computação, da cibernética. As relações ganharam mais um espaço, além do físico: o espaço virtual, imaterial e incorpóreo.

Nessa realidade, tudo se transformou em *modelo*, sendo *estandardizado*. No mundo negocial, vivemos em um momento denominado *império dos contratos modelo*, pela prevalência dos contratos de adesão. Necessária nessa situação, muito distante daquela sob a qual foi concebido o Código Civil de 1916, uma interpretação sociológica do direito, a partir também das experiências pelas quais já passaram as pessoas, os governantes, os juristas.

Nunca é demais frisar que as cláusulas gerais que constam da nova codificação, a serem delineadas pela jurisprudência e pela comunidade jurídica, devem ser baseadas nas experiências pessoais dos aplicadores e dos julgadores, que também devem estar atualizados de acordo com os aspectos temporais, locais e subjetivos que envolvem a questão jurídica que lhes é levada para

apreciação. Ilustrando, o aplicador do direito deve estar atento à evolução tecnológica, para não tomar decisões totalmente descabidas, como a de determinar o bloqueio de todos à Internet, visando a proteger a imagem individual de determinada pessoa.

A experiência do julgador entra em cena para a aplicação da equidade e das regras de razão. Seguindo essa linha, da recente experiência jurisprudencial paulista, tem-se aplicado a *teoria tridimensional realena* para determinar que o Estado forneça gratuitamente medicamentos para pacientes sob risco de morte. Entre os vários julgados, dois merecem destaque:

“Mandado de segurança. Impetrante portador de diabetes mellitus. Tipo 2. Fornecimento gratuito de medicamentos e insumos. Liminar deferida. Ordem concedida. Apelo do Estado. Ilegitimidade passiva afastada. Solidariedade entre os entes da federação. Argumentos inconvincentes. Prescrição médica atestando a necessidade do uso dos medicamentos. Ponderação de valores e princípios constitucionais. Prevalência do dever estatal de atendimento à saúde. Aplicação do direito pela lógica do razoável, tendo por substratos a teoria tridimensional e o conceito de situação jurídica subjetiva. Reexame necessário desacolhido e apelo desprovido” (TJSP, Apelação com revisão 733.801.5/4, Acórdão 3377066, Lins, 9.^a Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 26.11.2008, *DJESP* 26.01.2009).

“Mandado de segurança. Impetrante portador de ‘mieloma múltiplo’. Fornecimento gratuito de medicamento. Liminar deferida para fornecimento do remédio pleiteado. Ordem concedida. Apelo do Estado. Argumentos inconvincentes. Ponderação de valores e princípios constitucionais. Prevalência do dever estatal de atendimento à saúde. Aplicação do direito pela lógica do razoável, tendo por substratos a teoria tridimensional e o conceito de situação jurídica subjetiva. Prescrição médica atestando a necessidade do uso do medicamento. Reexame desacolhido e apelo desprovido” (TJSP, Apelação com revisão 719.416.5/4, Acórdão 3376758, Campinas, 9.^a Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 26.11.2008, *DJESP* 26.01.2009).

Relativamente às categorias jurídicas, as cláusulas gerais diferenciam-se dos conceitos legais indeterminados e dos princípios pela sua função integradora. Por meio desse mecanismo é que o juiz acaba criando o direito, dando concretude ou operabilidade às normas jurídicas.

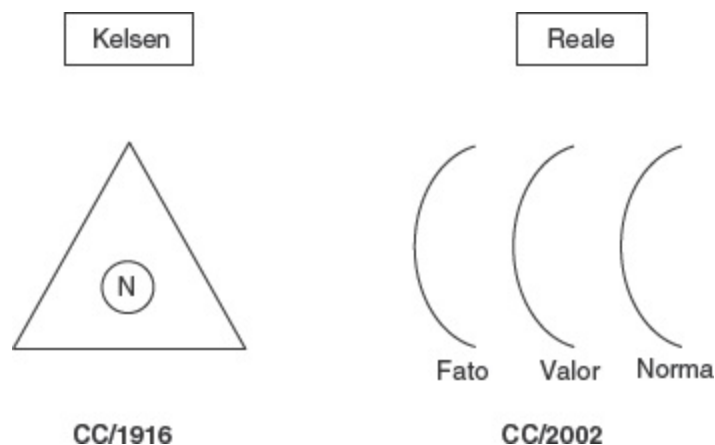
Essa é a tendência do direito atual, sendo dela decorrente a tão conhecida emergência dos direitos difusos e coletivos, bem como a crescente ingerência que a esfera pública passou a exercer sobre a esfera privada.

Assim deverá entender o julgador quando, por exemplo, deparar-se com contratos que tragam onerosidade excessiva ou desproporções negociais. Aquela velha interpretação pela qual o que foi pactuado deve ser rigorosamente cumprido não merece mais espaço em um *Direito Civil Contemporâneo*, concebido à luz da *ontognoseologia jurídica* de Miguel Reale. Cresce a liberdade do juiz para afastar o que foi pactuado entre os negociantes, mitigando a empoeirada regra da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*).

Uma coisa é certa, essa teoria foi inserida no Código Civil, principalmente no capítulo que trata do Direito das Obrigações. Assim sendo, deve-se encarar essa nova visualização como realidade,

sabendo-se com ela trabalhar, buscando sempre o *preceito máximo de Justiça*, o *dar a cada um o que é seu* ou *suum cuique tribuere*, consagrado pelo Direito Romano.

Encerrando, os desenhos a seguir demonstram muito bem a confrontação entre o Código Civil de 1916, concebido à luz da teoria positivista de Hans Kelsen, e o Código Civil de 2002, sob a teoria tridimensional de Miguel Reale:



Como se nota, a visão *kelseniana* é de uma pirâmide de normas, um sistema fechado e estático. Assim era o civilista da geração anterior, moderno. Privilegiava-se o apego à literalidade fechada da norma jurídica, prevalecendo a ideia de que a norma seria suficiente.

A visão *realeana* é de três subsistemas: dos fatos, dos valores e das normas. O sistema é aberto e dinâmico, em constantes diálogos. Assim é o civilista da atual geração, pós-moderno. Privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso.

Visualizada a lógica do *Novo Direito Civil*, passa-se ao estudo de uma nova disciplina ou novo caminho metodológico, denominado *Direito Civil Constitucional*.

2.6 DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO. AMPLITUDE DA EXPRESSÃO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A existência das grandes dicotomias em direito sempre permitiu que houvesse uma sistematização do ponto de vista da análise do próprio âmbito jurídico, concebido, de forma analítica, como um conjunto de normas. Contudo, diante da superabundância dessas normas, uma organização teórica do direito que assegure uma definição genérica e lógica dos assuntos jurídicos fica bastante prejudicada, para não dizer inviabilizada. O *Big Bang Legislativo*, conforme simbologia criada por Ricardo Lorenzetti, dificultou o trabalho do aplicador do direito na busca de uma sistematização.

A distinção entre Direito Público e Direito Privado não é apenas um método de classificação, de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos, mas sim um poderoso instrumento de sistematização. Tal distinção remonta ao *Digesto*, 1.1.1.2, no *Corpus Juris Civilis* de Ulpiano, que dividiu o direito em *jus publicum* e *jus privatum*. Os critérios utilizados para que fosse feita essa distinção se baseavam na *utilidade* da lei: se fosse de utilidade pública, tratar-se-ia de uma lei de Direito Público; se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado.

Esse critério de *utilidade estrita* desde logo foi contestado e chegou-se à conclusão de que, em verdade, o critério para classificação da lei era baseado na *utilidade preponderante da lei*, uma vez que as *utilidades* de uma norma não ficam circunscritas a um único interesse, do Estado ou do particular, mas acabam se entrelaçando, de modo que a norma de uma natureza exerce influência em outra de natureza diversa.

Em princípio, o Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança geral, enquanto o Direito Privado rege-se pela liberdade e pela igualdade. Enquanto no Direito Público somente seria válido aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado tudo aquilo que não está proibido pela norma seria válido. Mas essa dicotomia não é um obstáculo intransponível e a divisão não é absoluta, como nada é absoluto nos nossos dias atuais.

Nesse sentido, é interessante tecer alguns comentários sob a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, o que faz com que surja, para muitos, uma nova disciplina ou caminho metodológico, denominado *Direito Civil Constitucional*, da qual este autor é adepto e entusiasta. Recentemente, nossas reflexões sobre o Direito Civil Constitucional foram ampliadas e aprofundadas, em artigo escrito em coautoria com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e José Fernando Simão, ambos professores da Universidade de São Paulo (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002..., *Os 20 anos...*, 2009, p. 463-519).

A utilização da expressão Direito Civil Constitucional encontra raízes na doutrina italiana de Pietro Perlingieri (*Perfis do direito civil...*, 2002). No início de sua obra, Perlingieri aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois “O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora” (*Perfis do direito civil...*, 2002, p. 5).

No Brasil essa visão unificada do sistema ganhou força na escola carioca, capitaneada pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza. No Paraná, Luiz Edson Fachin também faz escola com o ensino do Direito Civil Constitucional, na Universidade Federal do Paraná. No Nordeste é de se mencionar o trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo, também adepto dessa visão de sistema. Em São Paulo, destacam-se as escolas de Renan Lotufo, na PUC/SP, e da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Titular na USP.

A palavra *constituição* – em si – significa um conjunto de elementos essenciais de alguma coisa, o seu modo de ser, de se organizar, enfim, de existir. A *Constituição* de um Estado, por sua vez, também tem esse sentido de estruturação. No pensamento de José Afonso da Silva, a expressão Constituição do Estado “consiste num sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação” (*Manual da Constituição de 1988...*, 2002, p. 13).

Por outro lado, em uma visão clássica, o Código Civil – como pedra fundamental do Direito Privado – disciplina não o Estado, mas sim os particulares, de forma concreta, não abstrata e

genérica. Contudo, as distâncias entre os dois diplomas – e entre os próprios direitos público e privado – foram sendo encurtadas, em razão, mormente, do fenômeno da busca do *Estado Social*.

Nada obstante, o momento histórico em que se circunscreve cada um desses diplomas legais possui particularidades que não podem ser deixadas de lado pelo intérprete. O Código Civil de 1916, por exemplo, foi fruto do Código Napoleônico e das codificações do século XIX. Nesse momento histórico, a relação entre indivíduo e propriedade era o centro do universo do direito privado. Além disso, cumpria um papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas, não sofrendo ingerência do Poder Público e a ele contrapondo-se, aspirando uma completude que, em verdade, era impossível. Essa relevância preponderante do individualismo fez com que fosse dado extremo valor à garantia do livre desenvolvimento da atividade econômica privada e também ao conceito de propriedade. Em certo sentido, por tudo isso, pode-se dizer que o Direito Civil Brasileiro ficou *impopular*, pois distante do cidadão comum.

Por sua vez, a Constituição brasileira de outubro de 1988 foi influenciada decisivamente pela busca da democracia, pela *constitucionalização* de temas que, a rigor, não seriam por assim dizer constitucionais, mas que tal tratamento tiveram em razão dos ares de liberdade que sopravam na sociedade brasileira recém-saída de um regime autoritário que perdurou pouco menos de 20 anos.

A Constituição de um Estado e o seu Código Civil, partindo das premissas acima expostas, têm distinções do ponto de vista da sua gênese. A primeira é resultado de um ato de desvinculação com o passado, ou seja, uma ruptura com a ordem anterior e um novo ponto de partida. Já o Código Civil não tem esse caráter de desvinculação, tendo até certa dose de conservadorismo, uma vez que a norma civil se desenvolve pouco a pouco, sendo resultado de um amadurecimento social e econômico segundo exigências que surgiram das experiências da coletividade, do meio social.

E mesmo dentro da sistemática normativa essa distinção é clara, uma vez que a principal diferença entre Constituição e a codificação privada está justamente na estruturação do direito positivo. Dentro dessa lógica, Gustavo Tepedino critica a codificação emergente, com certa razão, no sentido de que se perdeu uma grande oportunidade de a mesma descrever e explicar os princípios constitucionais, “de modo a dar maior densidade e concreção normativa”, trabalho que agora caberá ao intérprete e não mais ao legislador e que justifica muito bem a terminologia *direito civil constitucional* (*Crise...*, 2003, p. XXI). Todavia, apesar da crítica, esse trabalho de dar sentido ao texto constitucional vem sendo bem desempenhado pela doutrina, mormente aquela filiada à tendência de *constitucionalização do Direito Civil*.

O próprio conceito de *Direito Civil Constitucional*, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido *lato* – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma *visão unitária do ordenamento jurídico* (TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais...*, 2007). Ao tratar dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho também fala em unidade da ordem jurídica, havendo uma interação entre o Direito privado e a Constituição, mesmo que em tom cético (*Estudos sobre direitos...*, 2004, p. 95).

Para o mesmo Gustavo Tepedino, um dos principais idealizadores desse novo caminho metodológico, é “imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição” (Premissas metodológicas..., *Temas...*, 2004, p. 1). Assim, “reconhecendo a

existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas...*, p. 13).

Outro grande defensor do *Direito Civil Constitucional* é Paulo Luiz Netto Lôbo, um dos maiores civilistas brasileiros da atualidade. Ao comentar a *constitucionalização do Direito Privado*, explica esse autor que:

“Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica” (*Teoria geral...*, 2005, p. 2).

Concorda-se integralmente com as palavras dos citados professores, que definem muito bem o que seria essa nova disciplina.

Na realidade, não se trata, ainda, de um novo ramo do direito. Como afirma José Afonso da Silva, trata-se de uma *variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a Lei Civil em confronto com a Lei Maior*. De acordo com as palavras do professor da USP, “a Constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de Constituição não se obterá se a considerarmos desgarrada da totalidade da vida individual, sem conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas entre sujeitos e instituições sociais e políticas”. E completa dizendo que “certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir da comunidade, formando os elementos constitucionais do grupo social que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais” (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade...*, 1998, p. 32-37).

Em suma, o Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa *uma atitude bem pensada*, que tem contribuído para o crescimento do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas.

Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso.

Nos dizeres de Judith Martins-Costa, vivemos o “modelo da comunicação e da complementaridade” em detrimento do antigo “modelo da incomunicabilidade” entre direito civil e direito constitucional (*Direito civil e Constituição...*, *Série Cadernos do CEJ*, v. 20, Conselho da Justiça Federal).

E, assim sendo, Direito Constitucional e Direito Civil são interpretados dentro de um todo e não isoladamente. Há, assim, não uma invasão do Direito Constitucional sobre o Civil, mas sim uma

interação simbiótica entre eles, funcionando ambos para melhor servir o todo *Estado + Sociedade*, dando as garantias para o desenvolvimento social, econômico e político, mas respeitadas determinadas premissas que nos identificam como seres coletivos.

Vislumbra-se o *Direito Civil Constitucional* como uma harmonização entre os pontos de intersecção do Direito Público e o Direito Privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de direito privado, mas que estão na Constituição, sobretudo em razão das mudanças sociais do último século e das transformações das sociedades ocidentais.

Os próprios constitucionalistas já reconhecem o fenômeno de interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar *neoconstitucionalismo*, ou *invasão da Constituição*. E, por certo, o movimento brasileiro é único, é autêntico. Ressalta Eduardo Ribeiro Moreira que “As outras inovações do direito civil-constitucional têm de ser esse ponto de encontro, os direitos fundamentais nas relações entre particulares, interação vital com a transposição e redução entre o espaço privado e o espaço público, garantizador. Dois pontos basilares do direito civil-constitucional que funcionam em prol da dignidade humana. Outro ponto a ser destacado é que, apesar de partir do direito civil italiano, o direito civil-constitucional brasileiro é uma expansão e produção autêntica” (*Neoconstitucionalismo...*, 2008, p. 114). Mais recentemente, o constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso demonstrou todo o seu entusiasmo em relação à visão civil-constitucional, tecendo comentários contundentes e elogiosos (BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, 2009, p. 366-372).

Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em *uma análise em mão dupla*, como quer Paulo Luiz Netto Lôbo.

Como será exposto, o Direito Público mantém uma relação direta com todo o Direito Civil. Por diversas vezes, faremos aqui um trabalho de interpretação civil-constitucional dos institutos privados, demonstrando, entre outras coisas, que os princípios que constam no Código Civil de 2002 têm fundamento constitucional. Sem dúvida que tal estudo e abordagem constituem um aspecto relevante dessa nova disciplina que surge. Todos os volumes da presente coleção estão amparados nos três princípios básicos do *Direito Civil Constitucional*, conforme as lições de Gustavo Tepedino (*Premissas metodológicas...*, *Temas...*, 2004, p. 1-22).

O primeiro deles, aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1.º, III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Trata-se do *superprincípio* ou *princípio dos princípios* como se afirma em sentido geral. A proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. Como bem afirma Rosa Maria de Andrade Nery, “o princípio da dignidade humana é o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante. Como não poderia deixar de ser, é o princípio mais importante do direito privado e é o que rege todos os outros princípios” (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução...*, 2008, p. 235).

O segundo princípio visa à solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme o art. 3.º, I, da CF/1988. Outros preceitos da própria Constituição trazem esse alcance, como no caso do seu art. 170, pelo qual: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*”. Aqui também reside o objetivo social de erradicação da pobreza, também previsto na Constituição Federal de 1988.

Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5.º, *caput*, da Lei Maior, eis que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte expressão, atribuída a Ruy Barbosa:

A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais.

Do texto acima, nota-se na sua primeira parte a consolidação do princípio da igualdade *stricto sensu* (*a lei deve tratar de maneira igual os iguais*), enquanto a segunda traz o princípio da especialidade (... *e de maneira desigual os desiguais*).

Essa concepção do princípio da isonomia é retirada da célebre *Oração aos Moços* de Ruy Barbosa, sendo interessante transcrever o seguinte trecho:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem” (*Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2006).

Como se verá, por diversas vezes, no presente trabalho, serão buscados esses princípios emergentes para solucionar polêmicas advindas da nova codificação, demonstrando uma dimensão do Direito Privado rompida com visão anterior, aliada a uma tendência de *personalização do direito privado*, de valorização da pessoa e da sua dignidade. A tríade *dignidade-personalidade-igualdade* dará o tom desta obra.

Encerrando a presente seção, não poderíamos deixar de comentar sobre a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, mecanismo já referenciado, que torna possível o *Direito Civil Constitucional*.

Essa *horizontalização dos direitos fundamentais* nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (*eficácia horizontal imediata*). Essa aplicação imediata está justificada, conforme nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet, pelo teor do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sobre o tema, para os devidos aprofundamentos, sugere-se a leitura da obra de referência do jurista citado (*A eficácia...*, 2005).

Para Daniel Sarmento, outro entusiasta da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, a referida aplicação “é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa” (*Direitos fundamentais...*, 2004, p. 223).

Por certo é que essa *eficácia horizontal* traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

Como exemplo de aplicação da tese, pode ser citado julgado do Supremo Tribunal Federal em que foi adotada, no sentido de assegurar direito à ampla defesa a associado que fora excluído do quadro de uma pessoa jurídica:

“A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição – v. *Informativos* n. 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa” (Supremo Tribunal Federal, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, RE 201.819).

É interessante verificar que, do julgado acima, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, retiramos outra grande lição, a de que “Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de ‘porta de entrada’ (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado”. Trata-se daquilo que se denomina *eficácia horizontal mediata*, pois há uma ponte infraconstitucional para as normas

constitucionais: as cláusulas gerais.

No plano das Cortes Estaduais também podem ser encontradas várias decisões que aplicam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas. Do Tribunal Paulista destaque-se julgado com o seguinte trecho: “uma vez reconhecida, pela própria seguradora, a incapacidade do devedor, em razão de um câncer, e efetuado o pagamento integral da dívida financiada pela seguradora, não resta motivo plausível para que o Banco credor negue o levantamento da garantia e conceda a documentação necessária para a transferência da propriedade do bem, providência que, aliás, é um DIREITO do apelante. Se o débito já se encontrava integralmente quitado, o simples fato de haver uma ação revisional em andamento não poderia impedir o levantamento da hipoteca. A postura do Banco se afasta da boa-fé objetiva, descumpra a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e afronta o princípio do solidarismo constitucional. Autor que se encontra acometido de doença maligna que possui tratamento reconhecidamente penoso para o paciente e custoso para sua família. Nada mais natural que possa, nesse momento de aflição e angústia, movimentar seu patrimônio da forma que bem entenda, seja para custear o tratamento, seja para dar melhor condição ao adoentado, pouco importa. Caberia aos apelantes receber a documentação necessária para a transmissão da propriedade do imóvel, uma vez que este já havia sido quitado pela seguradora. Evidente a ofensa moral causada, que comporta reparação. Considerando que o contrato de financiamento se encontra quitado DESDE 3 de maio de 2004, reconhecendo o próprio Banco que o sinistro é datado de 1.º de abril de 2003, permanecendo os apelantes até os dias atuais com a hipoteca pendendo sobre seu bem imóvel, deve ser fixada indenização por danos morais, em favor dos recorrentes, em quantia equivalente a R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), suficiente para reparar os danos causados e impingir ao Banco o dever de aprimorar a prestação de seus serviços” (TJSP, Apelação 9127680-34.2008.8.26.0000, Acórdão 6755404, Santos, Vigésima Câmara de Direito Privado, Rel.^a Des.^a Maria Lúcia Pizzotti, j. 20.05.2013, *DJESP* 12.06.2013).

Em conclusão, existe uma relação inafastável entre essa eficácia das normas que protegem a pessoa nas relações entre particulares e o sistema de cláusulas gerais adotado pela nova codificação. Em sintonia, com tudo o que foi aqui exposto, é preciso estudar a festejada tese do *diálogo das fontes*.

2.7 O DIÁLOGO DAS FONTES

Tivemos condições de demonstrar, em outras oportunidades, todo o nosso entusiasmo com relação à tese do *diálogo das fontes*, do jurista alemão Erik Jayme, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques e com grande aplicação ao Direito Privado.

A primeira justificativa que pode surgir para a sua aplicação refere-se à sua funcionalidade. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um *Big Bang legislativo*, como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desnorteado. O *diálogo das fontes* serve como leme nessa tempestade de complexidade.

Relativamente às razões filosóficas e sociais da aplicação da tese, Cláudia Lima Marques ensina que:

“Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de ‘le retour des sentiments’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘Zersplitterung’), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’ (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.)” (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código...*, 2004, p. 24. Trata-se de introdução da obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. e Benjamin e Bruno Miragem).

A primeira tentativa de aplicação da tese do *diálogo das fontes* se dá com a possibilidade de subsunção concomitante tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto do Código Civil a determinadas relações obrigacionais, sobretudo aos contratos. Isso diante da conhecida aproximação principiológica entre os dois sistemas, consolidada pelos princípios sociais contratuais, sobretudo pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos.

Em relação a essa aproximação, foi aprovado o Enunciado n. 167 na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2004, com a seguinte redação: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”. O autor do enunciado é o jovem magistrado e civilista Wladimir Alcebíades Marinho Falcão, professor da Universidade Federal da Paraíba. Não só fomos favoráveis ao referido enunciado quando participamos da *III Jornada de Direito Civil* como somos totalmente adeptos do seu conteúdo.

Como nossas conclusões sobre a aplicação dessa complementaridade dos dois sistemas específicos, pode-se dizer que a *primeira premissa* que deve ser utilizada é a de que o diálogo das fontes nunca poderá trazer ao consumidor uma situação de desvantagem em relação à situação em que a Lei 8.078/1990 poderia trazer caso fosse aplicada de forma isolada.

A *segunda premissa* é a de que não se pode esquecer que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social (art. 1.º da Lei 8.078/1990), além de ser norma principiológica, diante da proteção dos consumidores constante da Constituição Federal de 1988 (arts. 5.º, XXXII, e 170, V). Entretanto, lembre-se que o Código Civil do mesmo modo traz normas de ordem pública, principalmente aquelas que mantêm relação com o princípio da função social.

A *terceira premissa* é a de que não podem ser esquecidos os metacritérios comuns para as situações de antinomias ou de conflitos de normas, quais sejam: o critério hierárquico, o critério da

especialidade e o critério cronológico. Isso porque é comum a presença dessas lacunas de colisão quando se busca a aplicação concomitante de normas jurídicas. Tais clássicos critérios, muito bem construídos por Norberto Bobbio, ainda têm aplicação. No entanto, a tendência, olhando o Direito no futuro, é que sejam substituídos pelo *diálogo das fontes*.

A *quarta e última premissa* das conclusões deste autor sobre a referida interação é a de que não se pode esquecer a aplicação dos princípios constitucionais, particularmente aqueles que visam à proteção da dignidade humana e à solidariedade social. Em poucas palavras, é preciso também dialogar com a Constituição Federal, consolidando o *Direito Civil Constitucional*.

Pois bem, analisadas essas premissas, podemos trazer aqui alguns exemplos de aplicação da tese do diálogo das fontes (CDC *versus* CC). Deve ser mencionado que a obra coletiva de Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. e Benjamin e Bruno Miragem busca de maneira constante essa interação de complementaridade, esse diálogo inafastável. Esse livro coletivo foi o que nos inspirou a refletir de forma intensa sobre o tema e a buscar novos horizontes para o Direito Privado brasileiro.

Como primeiro exemplo de aplicação desse diálogo, pode ser mencionada a possibilidade de se aplicar tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor na formação de um negócio jurídico patrimonial, em um *diálogo de complementaridade*. Imagine-se o caso de uma compra de bem de consumo realizada pela Internet. Ora, para esse caso, serão aplicadas tanto as regras previstas para a formação do contrato constantes do Código Civil (art. 426 a 435) quanto as previstas para a oferta do CDC (art. 30 a 38).

Em relação à revisão judicial dos contratos por fatos supervenientes, sabe-se que o Código Civil consagra a *revisão contratual diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva*, nos seus arts. 317 e 478. No entanto, o CDC consagra a *revisão contratual por simples onerosidade excessiva* (art. 6.º, V). No último caso, a Lei Consumerista dispensa a prova de eventos imprevisíveis para motivar a revisão contratual. Pois bem, quando se fala em revisão judicial dos contratos civis, alguns doutrinadores demonstram a preocupação em analisar o fato imprevisto tendo como parâmetro não o mercado, mas sim as consequências para a parte contratante.

Esse entendimento consta dos Enunciados ns. 17 e 175 do Conselho da Justiça Federal, aprovados na *I e III Jornada de Direito Civil*, respectivamente, visando a tornar mais funcional a revisão do contrato civil. Com isso, procura-se aproximar a revisão contratual prevista no Código Civil da revisão contratual consolidada pelo Código de Defesa do Consumidor, em um *diálogo de conexão*.

No que concerne aos contratos de adesão, aqueles em que o conteúdo é predeterminado por uma das partes da avença, o Código Civil de 2002 traz normas de proteção do aderente que encontram correspondência no Código de Defesa do Consumidor. O art. 423 do Código Civil estatui que os contratos de adesão, na dúvida, devem ser interpretados da maneira mais favorável ao aderente, assim como o art. 47 do CDC prevê que os contratos de consumo devem ser interpretados da maneira mais favorável ao consumidor. O art. 424 do Código Civil enuncia que nos contratos de adesão serão nulas as cláusulas que implicam renúncia prévia pelo aderente a direito resultante da natureza do negócio. Equivale parcialmente este último dispositivo ao art. 51 do CDC, comando legal que traz um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de cláusulas abusivas aos contratos de consumo. Sendo o contrato, ao mesmo tempo, de consumo e de adesão, todas as normas podem ser aplicadas, em outro *diálogo de complementaridade*.

Outro exemplo que pode ser citado refere-se ao contrato de transporte de passageiros. Como é notório, trata-se de um contrato de consumo na grande maioria das vezes, eis que a pessoa transportada é destinatária final de um serviço oferecido por uma empresa. Aplica-se, portanto, o Código de Defesa do Consumidor, o que não obsta a incidência das regras especiais previstas para esse contrato típico no Código Civil (arts. 730 a 742). Nesse sentido, na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 369 com o seguinte teor: “Diante do preceito constante do art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este”. Uma das grandes defensoras do citado enunciado doutrinário foi justamente a professora Cláudia Lima Marques.

A mesma tese vale para o contrato de seguro. O contrato em questão é tratado de maneira detalhada pelo Código Civil (arts. 757 a 802). Porém, o art. 3.º da Lei 8.078/1990 prevê que serviço securitário pode ser enquadrado como serviço de consumo. A título de exemplo, cite-se o caso em que alguém celebra um contrato de seguro-saúde com uma empresa que presta esse tipo serviço. O contrato será regido pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 9.656/1998, lei específica que regulamenta essa figura contratual.

Superada essas exemplificações de diálogos entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor, é imperioso dizer que também são possíveis *diálogos* entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, particularmente entre o Código Civil e a legislação trabalhista, o que é totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável.

Para esse diálogo, de início, é importante apontar que o Direito do Trabalho é ramo do Direito Privado, assim como o é o Direito Civil. Quanto ao contrato de trabalho, a sua própria concepção é feita com vistas à proteção do vulnerável dessa relação privada, o empregado ou trabalhador. Há tempos que o Direito do Trabalho lida com a diferença existente no contrato em questão visando a tutelar camadas da população desprotegidas e desamparadas. Talvez a legislação trabalhista seja o primeiro exemplo de *dirigismo contratual*, de intervenção do Estado e da lei nos contratos.

Conforme art. 8.º da CLT, o direito comum e, logicamente, o Direito Civil são fontes subsidiárias do Direito do Trabalho. Na verdade, pela aplicação da tese do *diálogo das fontes*, o que se propõe é uma nova leitura desse comando legal. Não se deve mais considerar o Direito Civil como simples fonte subsidiária, mas, em alguns casos, como fonte direta do Direito do Trabalho.

Isso porque, em muitas situações atualmente comuns à prática trabalhista, não há normas de Direito do Trabalho regulamentando a matéria. Em casos tais é que as normas do Código Civil terão aplicação. Outro argumento interessante é que, quando a CLT entrou em vigor, não vivíamos esse momento de complexidade legislativa atual.

Trazendo clarividência a essa complexidade, anote-se que a Emenda Constitucional 45/2004 ampliou enormemente a competência da Justiça do Trabalho para tratar de casos que antes eram da competência da Justiça Comum, como a responsabilidade civil por acidente de trabalho ou em decorrência do contrato de trabalho. Como não há legislação trabalhista a tratar do tema, o aplicador do Direito deve procurar socorro nas normas do Código Civil que tratam da responsabilidade civil. A doutrina civilista preencherá as estantes do intérprete que atua na área trabalhista, para motivar o seu convencimento e os seus argumentos.

Pode-se dizer que o tema da responsabilidade civil é muito complexo, sendo alterado pelas mudanças na sociedade. O papel da doutrina e da jurisprudência é, portanto, relevante para a construção da matéria. Hoje, inclusive, tem-se buscado novos horizontes para a responsabilidade civil, o que pode ser percebido pelo conceito de *responsabilidade pressuposta* (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, 2005).

Encerrando, pode-se demonstrar uma relação direta entre o *diálogo das fontes*, a *constitucionalização do Direito Civil* (com o surgimento do *Direito Civil Constitucional*), a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, a *personalização do Direito Civil* e o sistema de cláusulas gerais construído pela *ontognoseologia realeana*.

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização).

Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A *porta de entrada*, dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (*eficácia horizontal mediata*), ou mesmo de forma direta (*eficácia horizontal imediata*).

Em síntese, percebe-se que todas essas teorias possibilitam a visão de um sistema unitário, em que há mútuos diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade. *Assim está sendo construído o Direito Civil Contemporâneo*.

2.8 RESUMO ESQUEMÁTICO

O Código Civil de 2002 – O atual Código Civil traz uma nova sistemática para o direito privado, totalmente rompida com a codificação anterior. Desse modo, é importante compreender as diretrizes de sua elaboração, bem como os seus três princípios básicos. Importante sempre conceber o direito privado como um sistema planetário, em que o Sol é a Constituição Federal de 1988, o planeta Terra o Código Civil e os satélites os *microssistemas jurídicos ou estatutos*, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

Diretrizes básicas de elaboração do novo Código Civil – Segundo Miguel Reale, principal idealizador da nova codificação (tanto que o novo Código pode ser denominado *Código Reale*), foram suas diretrizes básicas:

- a) Preservação do Código Civil anterior sempre que fosse possível, pela excelência do seu texto e diante da existência de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial já consubstanciado sobre os temas nele constantes.
- b) Alteração principiológica do direito privado, em relação aos ditames básicos que constavam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*.
- c) Aproveitamento dos estudos anteriores em que houve tentativas de reforma da lei civil.

- d) Firmar a orientação de somente inserir no Código Civil matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam a codificação privada, caso da bioética, do biodireito e do direito digital.
- e) Dar nova estrutura ao Código Civil, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas –, mas com nova organização da matéria, a exemplo das recentes codificações.
- f) Não realizar, propriamente, a unificação do direito privado, mas sim do direito das obrigações – de resto já uma realidade em nosso País –, em virtude do obsolescência do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um livro na parte especial, que se denominou *Direito de Empresa*.
- g) Valorização de um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor.

As cláusulas gerais – Podem ser conceituadas como *janelas abertas, que devem ser preenchidas pelo aplicador do direito, caso a caso*. Diferem-se em relação aos conceitos indeterminados e aos princípios pela função. A boa-fé, por exemplo, é um conceito legal indeterminado. Constitui uma cláusula geral, pois o magistrado deve preenchê-lo, situação por situação. Na ótica contratual, a boa-fé objetiva é ainda um princípio, regramento básico aplicado a todos os negócios patrimoniais.

Os princípios do Código Civil para Miguel Reale:

- a) *Princípio da eticidade* – significa a valorização da ética, da boa-fé objetiva, dos bons costumes. Qualquer conduta que viole essa eticidade constitui abuso de direito, nos termos do seu art. 187.
- b) *Princípio da socialidade* – significa o rompimento com o individualismo anterior. Pelo atual Código Civil, tudo tem função social, característica de todos os institutos privados.
- c) *Princípio da operabilidade* – visualizado no ponto de vista da facilitação do Direito Civil, também denominado princípio da simplicidade; bem como da efetividade ou concretude do Direito Privado, mediante a existência de um sistema de cláusulas gerais. Esse sistema de conceitos abertos, que devem ser preenchidos pelo juiz, é criticado por alguns autores. Assim, há a operabilidade/simplicidade e a operabilidade/efetividade, respectivamente.

Ontogenoseologia Jurídica de Miguel Reale – O Código Civil Brasileiro de 2002 foi concebido à luz da teoria do conhecimento jurídico do Professor Miguel Reale. Entram em cena o *culturalismo jurídico* e a *teoria tridimensional do direito*. Pelo *culturalismo*, a cultura, a experiência e a história, tanto do juiz quanto do meio social, irão orientar as decisões futuras. Pelo *tridimensionalismo*, o direito deve ser concebido à luz de normas, fatos e valores. Assim, o aplicador do direito deve ser jurista, sociólogo e filósofo na árdua tarefa de preencher as cláusulas gerais.

Direito Civil Constitucional – significa uma variação hermenêutica, em que se busca interpretar o Direito Privado, à luz do Código Civil e, sobretudo, da Constituição Federal e dos princípios constitucionais. Essa disciplina, da qual somos adeptos e entusiastas, está estribada em três princípios básicos, conforme Gustavo Tepedino:

- a) Valorização da dignidade da pessoa humana – art. 1.º, III, da CF/1988.
- b) Solidariedade social – art. 3.º, I, da CF/1988.
- c) Igualdade em sentido amplo, ou isonomia – art. 5.º, *caput*, da CF/1988.

Por diversas vezes serão utilizados tais princípios para solucionar questões práticas envolvendo o Código Civil de 2002 (tríade *dignidade-solidariedade-igualdade*).

Diálogo das fontes – Diante da explosão de leis que temos na atualidade, deve-se buscar, sempre que possível, uma interação entre as normas jurídicas, um *diálogo de complementaridade*. A tese foi trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, a partir dos ensinamentos de Erik Jayme. A primeira tentativa de diálogo ocorre em relação ao Código Civil de 2002 e ao Código de Defesa do Consumidor (Enunciado n. 167 do CJF/STJ). Também são possíveis diálogos entre o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho (Direito Civil x Direito do Trabalho).

Interações entre a constitucionalização do Direito Civil, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a personalização do Direito Civil e o sistema de cláusulas gerais construído pela ontognoseologia realeana – A constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização). Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação nas relações entre particulares. A porta de entrada dessas normas protetivas nas relações privadas pode se dar por meio das cláusulas gerais ou mesmo de forma direta (eficácia horizontal mediata). Em síntese, percebe-se que todas essas teorias possibilitam a visão de um sistema unitário, em que há mútuos diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade. Assim está sendo construído o Direito Civil Contemporâneo.

2.9 QUESTÕES CORRELATAS

1. (MP/GO – 2005) O atual Código Civil optou “muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados quer pelos juizes para a contínua atualização dos preceitos legais” (trecho extraído do livro *História do novo Código Civil*, de Miguel Reale e Judith Martins-Costa).

Considerando o texto, é correto afirmar que:

- (A) Cláusulas gerais são normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir, sendo que tais cláusulas restringem-se à Parte Geral do Código Civil.
- (B) Aplicando a mesma cláusula geral, o juiz não poderá dar uma solução em um determinado caso, e solução diferente em outro.
- (C) São exemplos de cláusulas gerais: a função social do contrato como limite à autonomia privada e que no contrato

devem as partes observarem a boa-fé objetiva e a probidade.

(D) As cláusulas gerais afrontam o princípio da eticidade, que é um dos regramentos básicos que sustentam a codificação privada.

2. (Procuradoria do Estado do Paraná – 2007) Qual a característica do regime dos direitos fundamentais em foco, quando se decide que um indivíduo não pode ser sumária e arbitrariamente excluído dos quadros associativos de entidade não estatal a que estava associado (STF, RE 158.215/RS; RE 201.819/RJ)?

(A) Impossibilidade de restrição.

(B) Irrenunciabilidade.

(C) Universalidade.

(D) Economicidade.

(E) Eficácia irradiante ou horizontal.

3. (Magistratura do Paraná – 2008) Assinale a alternativa correta:

(A) A doutrina da constitucionalização do Direito Civil preconiza uma diferenciação radical entre os direitos da personalidade e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em especial no seu âmbito de aplicação, uma vez que essa distinção seria fundante da dicotomia entre Direito Privado e Direito Público.

(B) É pacífico na doutrina o entendimento sobre a impossibilidade de se admitir colisão entre direitos da personalidade, de modo que, ainda que realizados em sua máxima extensão, um direito da personalidade jamais implicará em negação ou, mesmo, em restrição aos demais direitos da personalidade.

(C) A vedação legal à limitação voluntária de exercício dos direitos da personalidade revela que esses direitos, mesmo quanto ao seu exercício, não se submetem ao princípio da autonomia privada.

(D) É possível afirmar, mesmo à luz da doutrina que preconiza a constitucionalização do Direito Civil, que nem todo direito fundamental é direito da personalidade.

4. (Procurador do Município de Diadema – 2008) Quanto à teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, analise os itens:

I – A teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais analisa a possibilidade do particular, não somente o Poder Público, ser o destinatário direto das obrigações decorrentes desses direitos fundamentais;

II – O Brasil adotou, como discurso majoritário e influenciado pelo direito constitucional português, a não incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas;

III – O indivíduo que é expulso de cooperativa sem a observância da ampla defesa, visto que esse direito não está garantido pelo estatuto, sendo respeitado todo o normativo interno da entidade, não pode pleitear a anulação do ato perante o Poder Judiciário, visto que o indivíduo pactuou com o estatuto quando se filiou à cooperativa, sabendo que esse direito fundamental não era garantido;

IV – Aplicação direta e imediata do efeito externo dos direitos fundamentais tem por objetivo impedir que o indivíduo saia de uma condição de liberdades frente ao Estado e caia em uma relação de servidão com os entes privados.

Está(ão) correta(s) apenas a(s) assertiva(s):

(A) I e II;

(B) I e III;

(C) I e IV;

(D) II;

(E) III.

5. (Juiz de Direito – TJPR 2007) Sobre a constitucionalização do Direito Civil, é correto afirmar:

(A) As normas constitucionais que possuem estrutura de princípio se destinam exclusivamente ao legislador, que não pode contrariá-las ao criar as normas próprias do Direito Civil, não sendo possível, todavia, ao aplicador do Direito, empregar os princípios constitucionais na interpretação dessas normas de Direito Civil.

- (B) A constitucionalização do Direito Civil se restringe à migração, para o texto constitucional, de matérias outrora próprias do Direito Civil.
- (C) A doutrina que sustenta a constitucionalização do Direito Civil afirma a irrelevância das normas infraconstitucionais na disciplina das relações interprivadas.
- (D) A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja de forma indireta e mediata, seja de forma direta e imediata, é defendida pela doutrina que sustenta a constitucionalização do Direito Civil.

6. (Juiz de Direito – TJPR 2007) Sobre os princípios fundamentais do Direito Civil contemporâneo, assinale a alternativa correta:

- (A) A função social dos contratos, que não é sinônimo de função econômica dos contratos, é apontada, no Código Civil brasileiro, como um limite ao exercício da liberdade de contratar.
- (B) A regra do Código Civil que prevê que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis que realizar se refere diretamente à boa-fé objetiva.
- (C) É suficiente para concluir que uma propriedade rural está cumprindo sua função social a demonstração cabal e inequívoca de sua produtividade, uma vez que a Constituição proíbe expressamente a desapropriação de terras produtivas para fins de reforma agrária.
- (D) O princípio da igualdade entre os filhos se aplica ao tratamento dos filhos consanguíneos e adotivos, mas não se impõe quando se tratar de filiação socioafetiva.

7. (DPE/TO – CESPE – 2013) Acerca do Direito Civil, assinale a opção correta.

- (A) O princípio da eticidade, paradigma do atual direito civil constitucional, funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, tendo por base a equidade, boa-fé, justa causa e demais critérios éticos, o que possibilita, por exemplo, a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, quando o contrato estabelecer vantagens exageradas para um contratante em detrimento do outro.
- (B) Cláusulas gerais, princípios e conceitos jurídicos indeterminados são expressões que designam o mesmo instituto jurídico.
- (C) A operacionalidade do direito civil está relacionada à solução de problemas abstratamente previstos, independentemente de sua expressão concreta e simplificada.
- (D) Na elaboração do Código Civil de 2002, o legislador adotou os paradigmas da socialidade, eticidade e operacionalidade, repudiando a adoção de cláusulas gerais, princípios e conceitos jurídicos indeterminados.
- (E) No Código Civil de 2002, o princípio da socialidade reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, razão pela qual o direito de propriedade individual, de matriz liberal, deve ceder lugar ao direito de propriedade coletiva, tal como preconizado no socialismo real.

8. (Procurador do Departamento de Estradas e Rodagem/SP – 2.ª fase – 2004) Conceitue a “ontognoseologia jurídica” de Miguel Reale.

Resposta: Sugerimos que o leitor elabore dissertação própria, após leitura do capítulo que trata do tema, nessa obra.

9. (TJSP – Exame Oral – 2004) Diferencie conceito legal indeterminado, cláusula geral e princípio.

Resposta: Seguimos o entendimento pelo qual as diferenças referem-se à função de tais conceitos. De qualquer forma, não há unanimidade quanto à matéria.

- (A) Conceito legal indeterminado: conceito que consta na lei, sem definição. Exemplos: boa-fé, função social, bons costumes, justa causa etc.
- (B) Cláusula geral: janela aberta deixada pelo legislador, para que o aplicador do direito a preencha, de acordo com as regras de razão.
- (C) Princípios: fontes do direito (art. 4.º da Lei de Introdução), regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico. Os princípios são abstraídos das normas, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Os princípios não necessariamente devem estar expressos na lei. Exemplo é a função social do contrato que é princípio expresso no novo CC (art. 421) e implícito no CDC.

10. (Juiz Substituto/GO – 2.ª fase – 2005) Segundo a doutrina, o legislador brasileiro ao redigir o Código Civil

utilizou-se da modelagem denominada sistema aberto. Em face dessa afirmação, o que vem a ser “sistema aberto”? Ainda, na mesma ótica, identifique qual a importância desse paradigma utilizado pelo legislador do CCB vigente, dando sua opinião sobre a eficácia ou não desse “sistema” na busca da justiça. Exemplifique casos caracterizadores desse “sistema aberto” no vigente Código Civil.

Resposta: Acreditamos que o leitor também tem condições de responder a tal questionamento tendo como base o texto desse capítulo.

11. (Juiz Substituto/GO – 2.ª fase – 2005) Tendo em vista as inovações introduzidas pelo atual Código Civil, escreva sobre a boa fé como cláusula geral das obrigações, enfocando sua relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua importância no processo de construção de decisões justas. Tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva, comente a afirmação do Professor NELSON ROSENVALD: “Os três grandes paradigmas do novo Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade”.

Resposta: Mais uma vez sugerimos a elaboração de texto com base no presente capítulo. Interessante perceber que os examinadores estão citando o trabalho doutrinário de novos civilistas. Nelson Rosenvald é um dos grandes juristas da nova geração.

12. (Defensor Público/MG – 2.ª fase – 2004) Discorra sobre os princípios da eticidade, da sociabilidade e da operatividade, que informam o Código Civil de 2002.

Resposta: Sugerimos que o leitor elabore dissertação própria, após leitura do capítulo que trata do tema, nesta obra.

13. (Magistratura de Mato Grosso – 2.ª fase – 2006) Identifique a relação entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor e discorra sobre o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, considerando o conceito de relação de consumo.

Resposta: O candidato deve tratar dos seguintes temas:

- 1) A relação do CDC e do Código Civil de 1916.
- 2) A relação do CDC e do Código Civil de 2002.
- 3) Os conceitos de consumidor: arts. 2º, 17 e 29 do CDC.
- 4) O conceito de fornecedor: art. 3º do CDC.
- 5) O conceito de relação de consumo.

Comentários: Também deveria ser exposta a tese do diálogo das fontes, com a possibilidade de diálogo entre as referidas leis.

14. (179.º Concurso da Magistratura do Estado de São Paulo – 2006 – 2.ª Fase) Direito Civil – Dissertação. Plano de Saúde. Contratos que o estabelecem. Sua natureza e elementos característicos. Atos normativos que regulam as relações entre os contratantes. Coberturas obrigatórias e exclusões permitidas pela lei. Regras a serem obedecidas nas cláusulas restritivas e na interpretação dos contratos.

Resposta: A dissertação poderia estar baseada na tese do diálogo das fontes, com a menção do diálogo de complementaridade entre o Código Civil (regras do contrato de seguro), o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.656/1998. Quanto às cláusulas poderiam ser mencionados os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

GABARITO

01 – C

02 – E

03 – D

04 – C

05 - D

06 - A

07 - A

ANÁLISE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PARTE GERAL. DA PESSOA NATURAL

Sumário: 3.1 Da pessoa natural, humana ou física. Conceitos iniciais. Personalidade e capacidade. A situação jurídica do nascituro: 3.1.1 Os absolutamente incapazes; 3.1.2 Os relativamente incapazes; 3.1.3 Teoria geral da representação; 3.1.4 Da emancipação – 3.2 Os direitos da personalidade na concepção civil-constitucional: 3.2.1 Introdução. Conceito de direitos da personalidade; 3.2.2 Classificação e características dos direitos da personalidade; 3.2.3 Os direitos da personalidade e as grandes gerações ou dimensões de direitos; 3.2.4 Previsões legais de proteção aos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 – 3.3 Domicílio da pessoa natural – 3.4 Morte da pessoa natural: 3.4.1 Morte real; 3.4.2 Morte presumida sem declaração de ausência. A *justificação*; 3.4.3 Morte presumida com declaração de ausência; 3.4.4 Da comoriência – 3.5 O estado civil da pessoa natural. Visão crítica – 3.6 Resumo esquemático – 3.7 Questões correlatas.

3.1 DA PESSOA NATURAL, HUMANA OU FÍSICA. CONCEITOS INICIAIS. PERSONALIDADE E CAPACIDADE. A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

Como se sabe, a todo direito deve corresponder um sujeito, uma pessoa, que detém a sua titularidade. Por isso, prescreve o art. 1.º do Código Civil em vigor que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Ao contrário do Código Civil anterior, o atual prefere utilizar a expressão *pessoa* em vez de *homem*, constante do art. 2.º do Código de 1916, e tida como discriminatória, inclusive pelo texto da Constituição de 1988, que comparou homens e mulheres (art. 5.º, I). Esse mesmo dispositivo da atual codificação traz a ideia de pessoa inserida no meio social, com a sua dignidade valorizada, à luz do que consta no Texto Maior, particularmente no seu art. 1.º, III, um dos ditames do *Direito Civil Constitucional*.

Por outra via, pelo que prescreve o aludido comando legal, não se pode mais afirmar que a pessoa é sujeito de direitos e obrigações, mas de direitos e *deveres*. A expressão destacada é melhor tecnicamente, pois existem deveres que não são obrigacionais, no sentido patrimonial, caso dos deveres do casamento (art. 1.566 do CC). No volume específico que trata do Direito das Obrigações é comentado esse tratamento legal, particularmente quando do estudo dos conceitos de obrigação, de dever, de responsabilidade, de ônus e de estado de sujeição (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2014, v. 2).

O Código Civil de 2002, também ao contrário da codificação anterior, não traz mais uma disposição preliminar, cujo conteúdo era o principal objetivo da codificação, com a seguinte redação: “Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (art. 1.º do CC/1916). Tal previsão está implícita no atual art. 1.º da

atual norma geral privada, bem como nos princípios do atual Código Civil, analisados no capítulo anterior deste livro.

Observe-se que o conceito de pessoa natural exclui os animais, os seres inanimados e as entidades místicas e metafísicas, todos tidos, eventualmente, como objetos do direito.

Quanto à personalidade, essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a *personalidade jurídica plena* inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes. Não se exige, como em outras legislações, que o recém-nascido seja apto para a vida, conforme determina o Código Civil francês.

Pelo que consta no art. 2.º do CC/2002: “A personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Em complemento, prevalece o entendimento pelo qual o nascimento com vida, para fins legais, independe do corte do cordão umbilical, conforme dispõe a Lei de Registros Públicos (art. 53, § 2.º, da Lei 6.015/1973).

Ao prever o tratamento do nascituro, conceituado como *aquela que foi concebido, mas ainda não nasceu*, o artigo do Código Civil em questão traz uma dúvida: seria o nascituro uma pessoa, teria ele personalidade?

Para César Fiúza “o legislador parece um tanto quanto pleonástico (...). Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O Código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002” (*Código Civil anotado...*, 2004, p. 24).

É de se concordar com as palavras do jurista mineiro, sendo certo que alguns doutrinadores sustentam que a teoria natalista ainda continua sendo a regra de nosso ordenamento jurídico. A questão não é pacífica e seria solucionada se o legislador tivesse adotado expressamente uma das duas teorias.

Visando a esclarecer o assunto, este autor escreveu artigo científico, intitulado *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro (Questões controvertidas...*, 2007). Nesse trabalho de pesquisa, em que constam todas as referências bibliográficas, foram encontradas três correntes que procuraram justificar a situação do nascituro, que passam a ser expostas de forma pontual:

a) *Teoria natalista*

A *teoria natalista* prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera

expectativa de direitos.

Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final.

O grande problema da *teoria natalista* é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

Além disso, a *teoria natalista* está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno.

Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

b) *Teoria da personalidade condicional*

A *teoria da personalidade condicional* é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil.

Como entusiastas desse posicionamento cite-se Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua, supostamente. Diz-se *supostamente* quanto ao último jurista, pois, apesar de ter inserido tal teoria no Código Civil de 1916, afirmava que “parece mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código...*, v. I, 1940, p. 178). Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo segue o entendimento da teoria da personalidade condicional.

O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente *natalista*, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a

personalização do Direito Civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

c) *Teoria concepcionista*

A *teoria concepcionista* é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Em sua obra sobre a Parte Geral do Código Civil de 2002, lançada no ano de 2012, o Mestre Álvaro Villaça Azevedo também expõe que o correto é sustentar que a personalidade é adquirida desde a concepção (*Teoria...*, 2012, p. 10).

A maioria dos autores citados aponta que a origem da teoria está no *Esboço de Código Civil* elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do art. 1.º da sua Consolidação das Leis Civis, segundo a qual “As pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”. Ao considerar como nascidas as pessoas concebidas, o *Esboço de Teixeira de Freitas* atribui direitos ao nascituro. Como é notório, esse *Esboço* inspirou o Código Civil argentino, que adota expressamente a *teoria concepcionista*.

Para todos esses autores, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção. Quanto à Professora Maria Helena Diniz, há que se fazer um aparte, pois alguns doutrinadores a colocam como seguidora da *tese natalista*, o que não é verdade. A renomada doutrinadora, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material. A *personalidade jurídica formal* é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção, enquanto a *personalidade jurídica material* mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida. Mais à frente, a jurista diz que a razão está com a *teoria concepcionista*, filiando-se a essa corrente (*Código Civil...*, 2005, p. 10).

Em complemento, cite-se outro trecho da obra da renomada jurista em que se confirma a tese nos seguintes termos:

“O embrião ou o nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido” (DINIZ, Maria Helena, *O estado atual...*, 2002, p. 113).

Em reforço, com a entrada em vigor da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) ganha força a *teoria concepcionista*, na visão do presente autor, diante da proibição da engenharia genética em embrião humano. Isso é apontado, mais uma vez, pela própria Maria Helena Diniz, “uma vez que o

Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro, e, além disso, no art. 1.597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga. Com isso, protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro” (*Código Civil anotado...*, p. 10).

O art. 5.º da referida lei específica autoriza a utilização de células-tronco embrionárias para fins científicos e terapêuticos, desde que os embriões sejam considerados como inviáveis. Além dessa situação, é possível a utilização das células embrionárias nos casos de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou já congelados na data da publicação da norma, depois de completarem três anos, contados a partir da data do congelamento. A lei exige autorização dos *genitores* do embrião, para que sejam utilizados para tais fins. Nota-se que ao embrião são reconhecidos *pais*, e não *proprietários* ou *donos*.

O que se nota, pelos múltiplos requisitos, é que essa utilização não traduz regra, mas exceção. Em suma, reconhece-se a integridade física do embrião, como direito da personalidade. Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade do dispositivo, em ação declaratória de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República (ADIN 3510). Seguindo a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, por maioria de votos prevaleceu o entendimento de sua constitucionalidade, autorizando a pesquisa com células-tronco em nosso País.

Pois bem, voltando às lições de Maria Helena Diniz, a jurista diferencia o nascituro (com vida *intra uterina*) do embrião (com vida *ultra uterina*), constando proposta de incluir o embrião no art. 2.º do CC/2002 pelo antigo PL 6.960/2002, atual PL 699/2011. Vale dizer que a alteração do número do PL se deu pelo fato de em 31.01.2007, o PL 6.960/2002 ter sido arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles”).

A proposta de alteração segue parecer da doutrinadora. De qualquer modo, há quem iguale as duas figuras jurídicas, não concordando com essa distinção (Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny Chinellato). A questão é realmente polêmica. De início, no que tange aos direitos da personalidade, ficamos com as duas professoras da USP por último citadas, afirmando que juridicamente não há distinção entre o nascituro e o embrião, estando o último também protegido pelo art. 2.º do CC/2002. Mas, do ponto de vista dos direitos patrimoniais, como no que concerne ao Direito das Sucessões, o tratamento pode ser diferenciado, pois nascituro e embrião não estão na mesma situação fática. A questão está aprofundada no Volume 6 da presente coleção.

No que concerne novamente ao art. 5.º da Lei de Biossegurança, apesar da nossa filiação à tese concepcionista, somos favoráveis à sua constitucionalidade. Primeiro, porque a lei acaba trazendo uma presunção de morte dos embriões, autorizando a utilização de suas células-tronco se eles forem inviáveis à reprodução. Segundo, porque a partir de uma ponderação de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à utilização de células-tronco devem prevalecer sobre os interesses individuais relativos ao embrião. Ressalte-se que a utilização de células-tronco para fins de terapia representa uma *chama de esperança* para inúmeras pessoas que enfrentam doenças e problemas físicos. Em reforço, os critérios para a utilização das referidas células são rígidos, devendo ser respeitados, constituindo exceção.

Na verdade, parece mesmo inconcebível negar direitos da personalidade ao nascituro. Ciente disso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o nascituro tem direito à indenização por danos morais pela morte de seu pai ocorrida antes do seu nascimento:

“Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do *quantum*. Precedentes da Turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26.02.2002, DJ 15.04.2002 p. 232).

Anote-se que tal entendimento é confirmado por outros arestos mais recentes da mesma Corte Superior, que confirmam a teoria concepcionista (por todos: STJ, AgRg no AgRg no AREsp 150.297/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19.02.2013, DJe 07.05.2013). Na mesma esteira, *decisio* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que afirma, categoricamente, que o CC/2002 adotou a teoria concepcionista (TJDF, Recurso 2005.01.1.106085-3, Acórdão 431.797, Segunda Turma Cível, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, DJDFTE 13.07.2010, p. 143).

Igualmente adotando a teoria concepcionista – apesar de confusões no corpo do julgado –, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que cabe pagamento de indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito (DPVAT) pela morte do nascituro. Como se percebe, o feto foi tratado pelo acórdão como pessoa humana, o que é merecedor de elogios:

“Recurso Especial. Direito securitário. Seguro DPVAT. Atropelamento de mulher grávida. Morte do feto. Direito à indenização. Interpretação da Lei n.º 6194/74. 1 – Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 – Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 – Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intrauterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 – Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei n.º 6.194/74 (arts. 3.º e 4.º). 5 – Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido” (STJ, REsp 1.120.676/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 07.12.2010, DJe 04.02.2011).

Seguindo no estudo a respeito do nascituro, cabe ainda debater se ele tem também os direitos patrimoniais. Nas edições anteriores desta obra, o presente autor seguia o entendimento ainda majoritário, no sentido de lhe faltar a personalidade jurídica material, o que pode ser observado pelo

que consta do art. 542 do CC, pelo qual é possível a doação a nascituro. Percorrendo tal caminho, trata-se de uma doação condicional, que depende de um evento futuro e incerto, qual seja, o nascimento com vida da prole. Porém, este autor tende a mudar sua opinião, a fim de afirmar que o nascituro também tem direitos patrimoniais desde a concepção, assunto que está aprofundado no Volume 6 desta coleção.

Por tudo o que foi aqui exposto e também naquele artigo científico, não há dúvidas em afirmar que, na doutrina civilista atual brasileira, prevalece o entendimento de que o nascituro é pessoa humana, ou seja, que ele tem direitos reconhecidos em lei, principalmente os direitos existenciais de personalidade. Em suma, prevalece, pelos inúmeros autores citados, a *teoria concepcionista*. *As páginas que devem ser viradas são justamente aquelas que defendem as outras teses*.

A teoria concepcionista ganhou reforço com a entrada em vigor no Brasil da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como *Lei dos Alimentos Grávidicos*, disciplinando o direito de alimentos da mulher gestante (art. 1.º). Os citados *alimentos grávidicos*, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere como pertinentes (art. 2.º).

Em verdade, a norma emergente em nada inova, diante dos vários julgados que deferiam alimentos durante a gravidez ao nascituro. Entre as várias ementas, pode ser transcrita a seguinte, do Tribunal Mineiro:

“Direito civil. Alimentos. Provisórios. Redução. Inconveniência. Profissional liberal. Dificuldade na produção de prova robusta. Credora que aguarda nascimento do filho do devedor. Necessidade de assegurar conforto à mãe e ao nascituro. Tratando-se de profissional liberal, não se há exigir a produção de prova robusta a alicerçar a fixação dos alimentos sob pena de se inviabilizar o seu recebimento por aquele que deles necessita, isentando o devedor da obrigação que o ordenamento jurídico lhe impõe. A credora dos alimentos, que aguarda o nascimento de uma criança, filha do devedor, precisa de um mínimo de conforto material para que sua saúde e a do nascituro não sejam comprometidas. Logo, reduzir a verba alimentar que, em princípio, não se apresenta elevada, é colocar em risco a vida de duas pessoas. Nega-se provimento ao recurso” (TJMG, Agravo 1.0000.00.207040-7/000, Araxá, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 1.º.03.2001, *DJMG* 05.04.2001).

Destacam-se, igualmente, as manifestações doutrinárias de tutela dos direitos do nascituro, como é o caso da pioneira Silmara Juny Chinellato (CHINELLATO, Silmara J. *A tutela...*, 2001). Em obra mais atual, a Professora Titular da Universidade de São Paulo, uma das maiores especialistas no assunto em língua portuguesa, critica a criação do neologismo *alimentos grávidicos*, merecendo destaque as suas palavras para as devidas reflexões:

“A recente Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos grávidicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são

fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei” (CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil...*, 2009, p. 29).

Tem razão a jurista, uma vez que a norma novel despreza toda a evolução científica e doutrinária no sentido de reconhecer os direitos do nascituro, principalmente aqueles de natureza existencial, fundados na sua personalidade. Desse modo, seria melhor que a lei fosse denominada *lei dos alimentos do nascituro*, ou algo próximo.

Por tudo o que foi exposto a respeito do nascituro, eventuais questões de provas ou de concurso que não tragam esse reconhecimento estão na contramão da evolução da doutrina brasileira. A crítica já é preliminar: cabe anulação dessas eventuais questões que adotam aquelas teorias superadas.

Consigne-se que a conclusão pela corrente concepcionista consta do Enunciado n. 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, e que também consagra direitos ao natimorto, cujo teor segue: “art. 2.º a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

Quanto ao fim da personalidade, sabe-se que este ocorre com a morte, que será estudada oportunamente.

Superada a análise da situação jurídica do nascituro, é interessante lembrar que, quando se estuda a pessoa natural, um dos preceitos básicos mais importantes é o relacionado com a sua *capacidade*, conceituada em sentido amplo, como sendo a aptidão da pessoa para exercer direitos e assumir deveres na órbita civil (art. 1.º do CC).

A capacidade, que é elemento da personalidade, é a “medida jurídica da personalidade” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2002, v. I, p. 135). Ou ainda, como bem afirma Silmara Chinellato, “a personalidade é um *quid* (substância, essência) e a capacidade um *quantum*” (CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil...*, 3. ed., 2010. p. 27).

A capacidade civil, em sentido genérico, pode ser assim classificada:

- *Capacidade de direito* ou *de gozo* – é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1.º do CC).
- *Capacidade de fato* ou *de exercício* – é aquela relacionada com o exercício próprio dos atos da vida civil.

Toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência para o exercício dos atos de natureza privada. Desse modo, a capacidade de direito não pode, de maneira alguma, ser negada a qualquer pessoa, podendo somente sofrer restrições quanto ao seu exercício. Assim sendo, “A incapacidade consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que ‘a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção’” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, p. 12).

Quem tem as duas espécies de capacidade tem a *capacidade civil plena*. Quem só tem a capacidade de direito, tem capacidade limitada, devendo ser visualizada a fórmula abaixo:

É interessante deixar claro que não se pode confundir capacidade com *legitimação* e *legitimidade*.

A *legitimação* é uma condição especial para celebrar um determinado ato ou negócio jurídico. A título de exemplo, determina o art. 1.647 da atual codificação que, para determinados atos (vender imóvel, fazer doação, prestar fiança e aval), se casado for o celebrante, é necessária a autorização do cônjuge, a outorga conjugal (*uxória* – da mulher; ou *marital* – do marido). Não havendo respeito a essa legitimação, o negócio é anulável, desde que proposta ação pelo cônjuge, no prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do fim da sociedade conjugal (art. 1.649 do CC). Outro exemplo de legitimação que pode ser citado consta do art. 496 do CC, que consagra a anulabilidade da venda de ascendente a descendente, se não houver autorização dos demais descendentes e do cônjuge do alienante. Ilustrando, podem ser citados ainda os impedimentos matrimoniais, previstos no art. 1.521 do CC, que envolvem a *legitimação para o casamento*.

No que tange à *legitimidade*, esta interessa ao direito processual civil, sendo uma das condições da ação. Não havendo legitimidade para ser autor ou réu de uma demanda – legitimidade ativa e passiva, respectivamente –, deverá a ação ser julgada extinta sem a resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. A mesma lei processual aponta em seu art. 3.º que para propor ou contestar ação é preciso ter interesse e legitimidade, que são condições da ação.

Muitas vezes, contudo, as palavras legitimidade e legitimação são utilizadas como sinônimas, o que não acarreta maiores prejuízos. A título de exemplo, percebe-se que o art. 12, parágrafo único, do CC/2002 utiliza a expressão *legitimação*, quando o certo seria falar em *legitimidade*, pois as medidas ali mencionadas são essencialmente processuais.

Superada essa análise inicial, passa-se então a estudar o rol dos incapazes, aqueles que não possuem a *capacidade de fato*, previsto nos arts. 3.º e 4.º do Código Civil em vigor.

3.1.1 Os absolutamente incapazes

O rol taxativo dos absolutamente incapazes, constante no art. 3.º do CC/2002, envolve situações em que há proibição total para o exercício de direitos por parte da pessoa natural, o que pode acarretar, ocorrendo violação à regra, a nulidade absoluta do negócio jurídico eventualmente celebrado, conforme o art. 166, I, do mesmo diploma.

Os absolutamente incapazes possuem direitos, porém não podem exercê-los pessoalmente, devendo ser representados.

São absolutamente incapazes *três personagens jurídicos*, previstos no art. 3.º do CC, a saber:

a) *Os menores de 16 (dezesseis) anos.*

Nessa previsão é levado em conta o critério etário, devendo esses menores, denominados *menores impúberes*, ser representados por seus pais ou, na falta deles, por tutores nomeados. Aqui não houve qualquer inovação com a codificação emergente, entendendo o legislador que, devido a essa idade, a

pessoa ainda não atingiu o discernimento para distinguir o que pode ou não pode fazer na ordem privada.

Eventualmente, o ato praticado pelo menor absolutamente incapaz pode gerar efeitos. Esse é o teor do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento suficiente para tanto”. Pelo enunciado doutrinário, um contrato celebrado por menor impúbere, de compra de um determinado bem de consumo, pode ser reputado válido, principalmente se houver boa-fé dos envolvidos. Além disso, a vontade dos menores nessas condições é relevante para os casos envolvendo a adoção e a guarda de filhos, devendo eles opinar. Especificamente no tocante à adoção da pessoa com idade superior a doze anos, esta deverá manifestar sua concordância, conforme o art. 45, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990).

b) Pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

O comando legal em questão (art. 3.º, II, do CC) trata das pessoas que padeçam de doença ou deficiência mental, congênita ou adquirida em vida de caráter duradouro e permanente, e que não estão em condições de administrar seus bens ou praticar atos jurídicos de qualquer espécie. Por oportuno, nosso ordenamento não admite os chamados *intervalos lúcidos*, pelo fato de a incapacidade mental estar revestida desse caráter permanente.

Pois bem, para que seja declarada a incapacidade absoluta, em casos tais, é necessário um processo próprio de interdição – de natureza declaratória e cuja sentença deve ser registrada no Registro Civil da Comarca em que residir o interdito –, previsto entre os arts. 1.177 e 1.186 do CPC. Anote-se que a velhice ou senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, podendo ocorrer interdição em hipótese que a senectude originar de um estado patológico (TJMG, Acórdão 1.0701.00.006030-4/001, Uberaba, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Figueiredo, j. 1.º.06.2004, *DJMG* 25.06.2004). Por isso é correto afirmar que a incapacidade por deficiência mental não se presume.

O legislador da atual codificação entendeu que a expressão *loucos de todos os gêneros*, contida no Código de 1916, era discriminatória e violadora da dignidade humana, razão dessa alteração constante no art. 3.º, II, do CC. Entretanto, deve-se compreender que as duas expressões exprimem basicamente a mesma situação.

c) Pessoas que, mesmo por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade.

O art. 3.º, III, do atual Código Civil traz uma expressão ampla, que aumenta as hipóteses de incapacidade absoluta, incluindo também o surdo-mudo que não pode manifestar sua vontade, que constava na codificação anterior. Todavia, se o surdo-mudo puder exprimir sua vontade, será considerado relativamente incapaz ou até plenamente capaz, dependendo do grau de possibilidade de sua expressão. Entendemos que a hipótese que consta do art. 3.º, III, inclui ainda pessoas que perderam a memória, bem como aqueles que estão em coma. Quanto aos ébrios habituais e os viciados em tóxicos, será visto que são considerados relativamente incapazes, mas, dependendo da

situação em que se encontrarem, poderão ser tidos como absolutamente incapazes.

Interessante, outrossim, verificar que não deve mais ser considerado incapaz o *ausente*, como fazia a codificação anterior. Não há incapacidade por ausência, mas sim verdadeira inexistência da pessoa natural, por morte presumida. Conforme lembram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho havia um grande equívoco na codificação anterior, eis que não existia incapacidade por ausência, mas sim uma premência em proteger os interesses do ausente, devido à sua impossibilidade material de cuidar de seus bens e interesses e à incompatibilidade jurídica de conciliar o abandono do domicílio com a conservação de direitos (*Novo...*, 2003, v. I, p. 135).

Superada a análise das hipóteses de incapacidade absoluta, parte-se ao estudo da incapacidade relativa.

3.1.2 Os relativamente incapazes

Confrontada com a incapacidade absoluta, a incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar os atos da vida civil, desde que haja assistência. O efeito da violação desta norma é gerar a anulabilidade ou nulidade relativa do negócio jurídico celebrado, isso dependente de eventual iniciativa do lesado (art. 171, I, do CC). Em havendo incapacidade relativa, o negócio somente será anulado se proposta ação pelo interessado no prazo de 4 (quatro) anos, contados de quando cessar a incapacidade (art. 178 do CC).

São relativamente incapazes *quatro personagens jurídicos*, previstos no art. 4.º do CC, a saber:

a) *Maiores de 16 anos e menores de 18 anos.*

Percebe-se que a alteração substancial trazida pela atual codificação foi a de reduzir a idade para se atingir a maioridade civil, de 21 para 18 anos. Levando-se em conta a idade etária, esses menores são denominados *menores púberes* e somente poderão praticar certos atos se assistidos. No entanto, há atos que os menores relativamente incapazes podem praticar, mesmo sem a assistência, como se casar, necessitando apenas de autorização dos pais ou representantes; elaborar testamento; servir como testemunha de atos e negócios jurídicos; requerer registro de seu nascimento; ser empresário, com autorização; ser eleitor; ser mandatário *ad negotia* (mandato extrajudicial). Mais à frente serão estudados os casos de emancipação, situações em que a capacidade é antecipada. Em complemento, quanto aos menores púberes, vale citar dois dispositivos do Código Civil. O primeiro é o art. 180, pelo qual “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”. O outro é o art. 181 do CC/2002, *in verbis*: “ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”.

b) *Os ébrios habituais (aqueles que têm a embriaguez como hábito, no sentido de ser um alcoólatra), os toxicômanos (viciados em tóxicos), e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.*

Observe-se que *três* são as hipóteses constantes nesse inciso. A previsão do art. 4.º, II, do atual

Código Privado constitui novidade importante, pela qual se ampliam os casos de incapacidade relativa decorrente de causa permanente ou transitória. Aqui também deverá haver um processo próprio de interdição relativa, cabendo análise caso a caso da situação de incapacidade, se presente ou não. A respeito da situação do ébrio habitual, ilustre-se com decisão do Tribunal de Minas Gerais:

“Incapacidade relativa. Necessidade de comprovação da embriaguez habitual do vendedor. Desnecessidade de registro da promessa de compra e venda. Testemunhas não presentes quando da assinatura do contrato. Irrelevância. Acusações levianas. Dano moral configurado. A amizade da testemunha com a parte somente a torna suspeita para depor se se tratar de amizade íntima, entendida como aquela muito próxima, com laços de afinidade profundos. O vício de consumo de álcool implica incapacidade relativa da pessoa se a transforma em ébrio habitual, aquele que, pelo uso constante da bebida, tem seu discernimento permanentemente afetado pela embriaguez. Incomprovada a embriaguez habitual da pessoa e inexistindo interdição judicial, não se configura incapacidade. (...). Agravo retido e apelação não providos” (TJMG, Apelação Cível 0540383-93.2008.8.13.0470, Paracatu, 10.^a Câmara Cível, Rel. Des. Mota e Silva, j. 26.10.2010, *DJEMG* 17.11.2010).

Eventualmente, dependendo do teor do laudo médico, as pessoas elencadas podem ser enquadradas como absolutamente incapazes, em particular nos incisos II e III do art. 3.^o do CC. Exemplificando, um ébrio habitual que esteja em coma por grande lapso temporal será absolutamente incapaz. Em síntese, nem sempre tais pessoas serão relativamente incapazes.

c) Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

O art. 4.^o, III, do CC/2002 abrange os portadores de *síndrome de Down*, e outros portadores de anomalias psíquicas que apresentem sinais de desenvolvimento mental incompleto. Compreendemos que não havia a necessidade dessa previsão, eis que o inciso anterior já trata das pessoas com deficiência mental. A qualificação que consta nesse dispositivo depende de regular processo de interdição, podendo o excepcional ser também enquadrado como absolutamente incapaz (TJSP, Apelação com revisão 577.725.4/7, Acórdão 3310051, Limeira, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 21.10.2008, *DJESP* 10.12.2008). Destaque-se que o portador da *síndrome de Down* pode ser ainda plenamente capaz, o que depende da sua situação.

Relativamente aos surdos-mudos que não receberam educação adequada para a comunicação, e que conseqüentemente não podem exprimir sua vontade com exatidão, podem ser tidos também como relativamente incapazes (art. 4.^o, III, do CC), tese defendida por Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro...*, 2003, v. I, p. 93). Eventualmente, há também como enquadrá-los como pessoas com discernimento mental reduzido, sendo esta, para o presente autor, a melhor opção de enquadramento (art. 4.^o, II, do CC).

d) Os pródigos.

São aquelas pessoas que dissipam de forma desordenada e desregrada os seus bens ou seu

patrimônio, realizando gastos desnecessários e excessivos, sendo seu exemplo típico a pessoa viciada em jogatinas.

Os pródigos devem ser interditados, com a nomeação de um curador, ficando privados dos atos que possam comprometer o seu patrimônio, tais como emprestar dinheiro, transigir, dar quitação, alienar bens, hipotecar ou agir em juízo (art. 1.782 do CC). Todavia, poderá o pródigo exercer atos que não envolvam a administração direta de seus bens, como se casar ou exercer profissão. Ao contrário do que se possa pensar, não é imposto ao pródigo que se casa o regime da separação total de bens de origem legal ou obrigatória, pois ele não consta no art. 1.641 do CC, que traz rol taxativo ou *numerus clausus* de hipóteses que restringem a liberdade da pessoa.

Sobre os índios ou silvícolas, o Código Civil de 2002 não os considera mais como incapazes, devendo a questão ser regida por lei especial (art. 4.º, parágrafo único, do CC atual). A Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) coloca o silvícola e sua comunidade, enquanto não integrados à comunhão nacional, sob o regime tutelar, devendo a assistência ser exercida pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio). De acordo com os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a constante inserção social do índio na sociedade brasileira, com a consequente absorção de valores e hábitos (nem sempre sadios) da civilização ocidental, justifica a sua exclusão, no novo Código Civil, do rol de agentes relativamente incapazes” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 105).

Ainda no que tange ao sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil é de se anotar a crítica contundente formulada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, no sentido de que “detecta-se uma disparidade injustificável, verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a segundo plano os seus interesses existenciais. Daí a necessidade premente de dedicar-se a proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não pela ótica do que ela tem” (*Direito civil. Teoria geral...*, p. 198). Essa crítica procede, adaptada que está à concepção civil-constitucional do Direito Privado e à constante *personalização do Direito Civil*, escola a que também se filiam os professores citados.

A incapacidade termina, via de regra, ao desaparecerem as causas que a determinaram. A título de exemplo, nos casos de loucura, cessando a enfermidade que a gerou, cessa também a incapacidade civil. Em relação à menoridade, a incapacidade cessa quando o menor completar 18 anos. Dessa forma, torna-se apto a exercer pessoalmente todos os atos da vida civil sem necessidade de ser assistido por seus pais ou tutores. Entretanto, quanto aos menores, a cessação da incapacidade também pode se dar com a emancipação, que merecerá um estudo específico.

Por fim, anote-se que as incapacidades absoluta e relativa do menor são supridas pela representação e pela assistência, respectivamente, conforme prevê o art. 1.634, V, do CC/2002.

3.1.3 Teoria geral da representação

O Código Civil de 2002, ao contrário da codificação anterior, traz um capítulo específico a tratar da representação, concebendo uma teoria geral quanto à matéria. Esse tópico está inserido no tratamento do negócio jurídico (arts. 115 a 120), mas, para fins didáticos, ele será estudado na

presente seção.

Esses arts. 115 a 120 do CC disciplinam, na realidade, o poder de representação, que pode ser conceituado como sendo o poder de agir em nome de outrem. Esse atributo só existe quando o ordenamento jurídico expressamente o assegura, razão pela qual é oportuno e conveniente o estabelecimento de regras gerais sobre a matéria.

Como todas as regras que integram a Parte Geral da codificação, esses dispositivos terão aplicação em todos os livros da Parte Especial, sempre que casuisticamente estivermos tratando de representação, em qualquer uma das suas formas. Apesar dessa conclusão, esclarece Gustavo Tepedino que “a existência de um capítulo dedicado à representação permite concluir que a representação voluntária e o mandato constituem-se em institutos completamente distintos. De mais a mais, ‘o que se remete para a Parte Especial não é o instituto da representação voluntária como um todo ou mesmo a sua forma, mas tão somente os seus requisitos e os seus efeitos, de tal modo que nada no sistema do novo Código Civil impede que o intérprete extraia a essência da representação voluntária de dentro da disciplina do mandato e a utilize em outras espécies contratuais, previstas ou não pelo legislador de 2002’” (A técnica de representação..., 2006, p. 79).

Iniciando-se o estudo da *teoria geral da representação*, pelo art. 115 do CC/2002, os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. No primeiro caso haverá a denominada *representação legal*, no segundo, a *convencional* ou *voluntária*. Essas expressões também são utilizadas para a classificação do mandato. Eventualmente, caso a nomeação se dê em ação judicial, por determinação do juiz, tem-se a *representação judicial*, que pode assumir tanto uma quanto outra forma.

De acordo com o art. 116 do CC, a manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado. Regra semelhante existe para o mandato, bem como para outros contratos em que age em nome de outrem, sendo certo que o instrumento negocial delimita essa atuação nos casos de representação voluntária. Essa atuação do representante acaba por vincular, em regra, o representado, em nome de quem se atua.

Enuncia o interessante art. 117 do CC que “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”, o denominado autocontrato. Para tais efeitos, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos, conforme o parágrafo único do dispositivo.

O dispositivo legal em questão, novidade da atual codificação, acaba por permitir o mandato em causa própria (mandato *in rem propriam* ou *in rem suam*). Em casos tais, o mandante outorga poderes para o mandatário, constando a autorização para que o último realize o negócio consigo mesmo. Ilustrando, alguém outorga poderes para que um mandatário venda um imóvel, constando autorização para que o próprio mandatário seja o comprador.

Comentando o dispositivo, elucida Gustavo Tepedino que “o art. 117 do Código Civil de 2002, em seu *caput*, prevê o autocontrato com *causa objetiva de anulabilidade* do negócio, estabelecendo uma presunção de conflito de interesses. O dispositivo ressalva somente duas hipóteses em que será válido o negócio jurídico celebrado pelo representante consigo mesmo, a saber, a permissão da lei ou aquiescência específica do representado. Nada disto, porém, exclui a possibilidade de

demonstração concreta de um conflito de interesses na celebração do autocontrato, sobretudo naquelas hipóteses em que a relação entre as partes não é paritária” (A técnica de representação..., 2006, p. 77).

Conforme está no volume específico dos contratos (Volume 3), este autor entende que não há no mandato em causa própria uma *autocontratação perfeita*, pois a alteridade está presente na outorga de poderes. Para esse volume remete-se aquele que queira se aprofundar quanto ao tema (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2014, v. 3).

Como não há prazo fixado em lei para o ingresso da ação anulatória, não havendo a referida autorização, deve ser aplicado o art. 179 do CC, ou seja, a ação correspondente deve ser proposta no prazo decadencial de dois anos, contados da celebração ou conclusão do negócio.

De acordo com o art. 118 da codificação privada, 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. Esse dispositivo consagra a responsabilidade do representante em relação a terceiros e equivale parcialmente ao art. 1.305 do CC/1916, que previa regra semelhante para o mandato (“O mandatário é obrigado a apresentar o instrumento do mandato às pessoas, com que tratar em nome do mandante, sob pena de responder a elas por qualquer ato, que lhe exceda os poderes”). O atual comando legal traz, ainda, como conteúdo, a boa-fé objetiva e a valorização da eticidade, presentes na conduta exigida em relação ao representante.

O art. 119 do CC/2002 regula mais um caso de anulabilidade, do 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. O parágrafo único da norma consagra prazo decadencial específico para o ingresso da ação anulatória, de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade. Na linha do que lecionam Jones Alves Figueirêdo e Mário Luiz Delgado, opinamos que o conflito de interesses entre representante e representado pode decorrer da falta ou do abuso no poder na representação (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 87). Para Gustavo Tepedino, trata-se de *causa subjetiva de anulabilidade*, conjugando-se a existência do conflito de interesses com o fato de o terceiro ter ou não dever ter conhecimento de tal conflito (A técnica de representação..., 2006, p. 77).

Encerrando essa *teoria geral da representação*, enuncia o art. 120 do Código de 2002 que os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas anteriores, enquanto os da representação voluntária ou convencional são os da parte especial.

3.1.4 Da emancipação

A emancipação pode ser conceituada como sendo o ato jurídico que antecipa os efeitos da aquisição da maioridade, e da consequente capacidade civil plena, para data anterior àquela em que o menor atinge a idade de 18 anos, para *fins civis*. Com a emancipação, o menor deixa de ser incapaz e passa a ser capaz para os limites do Direito Privado. Deve ser esclarecido, contudo, que ele não deixa de ser menor.

Tanto isso é verdade que, conforme o Enunciado n. 530, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*,

evento realizado em 2013, “A emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Sendo assim, a título de exemplo, um menor emancipado não pode tirar carteira de motorista, entrar em locais proibidos para crianças e adolescentes ou ingerir bebidas alcoólicas. Tais restrições existem diante de consequências que surgem no campo penal, e a emancipação somente envolve fins civis ou privados.

A emancipação, regra geral, é definitiva, irretroatável e irrevogável. De toda sorte, conforme se depreende de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de novembro de 2011, a emancipação por concessão dos pais ou por sentença do juiz está sujeita a desconstituição por vício de vontade (Enunciado n. 397). Desse modo, é possível a sua anulação por erro ou dolo, por exemplo.

Trata-se, geralmente, de ato formal e solene, eis que o Código Civil de 2002 passou a exigir instrumento público, como regra, sendo certo que a codificação anterior possibilitava a emancipação por instrumento particular.

De acordo com o Código Civil, a emancipação poderá ocorrer nas seguintes situações (art. 5.º, parágrafo único) – rol esse que é taxativo (*numerus clausus*):

- a) *Emancipação voluntária parental* – por concessão de ambos os pais ou de um deles na falta do outro. Em casos tais, não é necessária a homologação perante o juiz, eis que é concedida por instrumento público e registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. Para que ocorra a emancipação parental, o menor deve ter, no mínimo, 16 anos completos.
- b) *Emancipação judicial* – por sentença do juiz, em casos, por exemplo, em que um dos pais não concordar com a emancipação, contrariando um a vontade do outro. A decisão judicial, por razões óbvias, afasta a necessidade de escritura pública. Tanto a emancipação voluntária quanto a judicial devem ser registradas no Registro Civil das pessoas naturais, sob pena de não produzirem efeitos (art. 107, § 1.º, da Lei 6.015/1973 – LRP). A emancipação legal, por outro lado, produz efeitos independentemente desse registro, conforme aponta a doutrina (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2007, p. 194; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil...*, 2007, p. 110).
- c) *Emancipação legal matrimonial* – pelo casamento do menor. Consigne-se que a idade núbil tanto do homem quanto da mulher é de 16 anos (art. 1.517 do CC), sendo possível o casamento do menor se houver autorização dos pais ou dos seus representantes. O divórcio, a viuvez e a anulação do casamento não implicam no retorno à incapacidade. No entanto, entende parte da doutrina que o casamento nulo faz com que se retorne à situação de incapaz, sendo revogável em casos tais a emancipação, o mesmo sendo dito quanto à inexistência do casamento. Para outra corrente, como no caso de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, tratando-se de nulidade e de anulabilidade do casamento, a emancipação persiste apenas se o matrimônio for contraído de boa-fé (hipótese de casamento putativo). Em situação contrária, retorna-se à incapacidade (*Novo...*, 2003, v. I, p. 113). As duas correntes estão muito bem fundamentadas. A última delas segue o entendimento de que o ato anulável também tem efeitos retroativos (*ex tunc*), conforme será abordado mais adiante e com o qual se concorda.
- d) *Emancipação legal, por exercício de emprego público efetivo* – segundo a doutrina, a regra deve ser interpretada a incluir todos os casos envolvendo cargos ou empregos públicos,

desde que haja nomeação de forma definitiva (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado...*, 2005, p. 21). Estão afastadas, assim, as hipóteses de serviços temporários ou de cargos comissionados.

- e) *Emancipação legal, por colação de grau em curso de ensino superior reconhecido* – para tanto, deve ser o curso superior reconhecido, não sendo aplicável à regra para o curso de magistério, antigo curso *normal*. A presente situação torna-se cada vez mais difícil de ocorrer na prática.
- f) *Emancipação legal, por estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, obtendo o menor as suas economias próprias, visando a sua subsistência* – necessário que o menor tenha ao menos 16 anos, revelando amadurecimento e experiência desenvolvida. No entanto, na prática, há dificuldade para se provar tal *economia própria*.

Em relação a essa última hipótese (art. 5.º, parágrafo único, V) e que constitui novidade, é preciso aprofundar, por importante *diálogo* que surge com o Direito do Trabalho.

Para definir o que seja *economia própria*, José Affonso Dallegrave Neto aponta que “há que se apoiar em critério jurídico objetivo, qual seja o art. 7.º, IV, da CF, que estabelece o salário mínimo como sendo capaz de atender à subsistência do trabalhador e de sua família” (Nulidade..., *O impacto...*, 2003, p. 111). O critério legal pode parecer fantasioso, mas é o único existente, devendo ser seguido.

Mais especificamente, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que parece “razoável afirmar que as normas da Consolidação das Leis do Trabalho e leis extravagantes anteriores à edição do CC/2002, que limitam a manifestação de vontade do menor entre dezesseis e dezoito anos, estejam tacitamente revogadas, uma vez que seria um contrassenso imaginar que tal trabalhador teria alcançado a maioridade civil – que lhe autoriza praticar todos os atos jurídicos no meio social – mas não possa firmar, por exemplo, um Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho” (Novo..., 2003, v. I, p. 117).

Os doutrinadores referem-se, inicialmente, ao art. 439 da CLT segundo o qual “é lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento de salário. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, a quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida”. Ainda podem ser mencionados o art. 408 da CLT, que permite a rescisão do contrato de trabalho pelo responsável do menor em caso de prejuízos morais ou físicos ao mesmo ; e o art. 424 da CLT, que determina o afastamento do menor quando houver redução do seu tempo de repouso ou de estudos, decisão esta que cabe aos seus responsáveis.

Entretanto, outra corrente entende de forma diferente.

José Affonso Dallegrave Neto opina que os referidos artigos da CLT não foram revogados ou atingidos pelo Código Civil de 2002. Primeiro, porque o Direito Civil somente deve ser considerado fonte subsidiária do Direito do Trabalho (art. 8.º da CLT). Segundo, porque os dispositivos da CLT visam à tutela do empregado menor, conforme ordena a Constituição em seu art. 227. Terceiro, porque o art. 5.º, parágrafo único, V, do CC “contempla uma situação jurídica trabalhista que irradia efeitos apenas para os atos civis” (Nulidade..., *O impacto...*, 2003, p. 112).

Pois bem, utilizando-se a tese do *diálogo das fontes*, é possível conciliar as duas leis (CC e CLT) na questão que envolve o menor empregado. Em suma, é possível um *diálogo de complementaridade* entre as duas normas.

Por regra, continua sendo exigida a atuação do representante para firmar recibo pelo menor, aplicando-se também os arts. 408 e 424 da CLT. Essa necessidade de atuação é descartada somente nos casos em que o menor for emancipado, diante do fato de obter economias próprias para a sua subsistência decorrentes do seu trabalho. Quanto aos dois dispositivos citados que visam a proteger o menor empregado, continuam em vigor diante da tutela do vulnerável que consta do Texto Maior (critério hierárquico).

Seguindo em parte essa tentativa de diálogo, mencione-se o teor da Portaria MTE/SRT n. 1, de 25 de maio de 2006, da Secretaria de Relações do Trabalho, no sentido de que “Não é necessária a assistência por responsável legal, na homologação da rescisão contratual, ao empregado adolescente que comprove ter sido emancipado”. Como se pode perceber, a portaria se refere ao art. 439 da CLT, aqui transcrito.

Superado esse ponto controvertido, no que concerne à influência da redução da maioridade civil em relação ao Direito Previdenciário, deve ser acatado o teor do Enunciado n. 3 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual “A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei 8.213/1991, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial”.

O dispositivo legal referenciado pelo enunciado doutrinário tem a seguinte redação: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”. Como a referida lei é norma especial anterior, acaba prevalecendo sobre o Código Civil, que é norma geral posterior (*antinomia de segundo grau aparente*, envolvendo os critérios cronológico e da especialidade, prevalecendo o último). Consigne-se que o entendimento de prevalência da norma previdenciária sobre a civil é amplamente aplicado pela jurisprudência nacional (por todos: TJMG, Apelação Cível 9549455-28.2008.8.13.0024, Belo Horizonte, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Botelho, j. 24.06.2010, *DJEMG* 23.09.2010 e TJSP, Apelação 994.08.205612-4, Acórdão 4468873, Campinas, 7.^a Câmara de Direito Público C, Rel. Des. Aléssio Martins Gonçalves, j. 30.04.2010, *DJESP* 31.05.2010).

A encerrar a presente seção, concorda-se totalmente com a professora Maria Helena Diniz, quando aponta ainda estar vigente a emancipação legal do menor militar, que possui 17 anos e que esteja prestando tal serviço, nos termos do art. 73 da Lei 4.375/1964, reproduzido pelo art. 239 do Decreto 57.654/1966 (*Curso...*, 2002, v. 1, p. 179).

3.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONCEPÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

3.2.1 Introdução. Conceito de direitos da personalidade¹

Conforme destacado por Pietro Perlingieri, o estudo do direito não pode deixar de lado a análise da sociedade na sua historicidade local e universal. Isso porque somente com tal análise se poderá individualizar o papel e o significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil...*, 2002, p. 1). A ordem jurídica é um todo harmônico e os grandes princípios e garantias ditados pela Constituição Federal devem ter os contornos e características que a lei ordinária lhes der, sem infringi-los ou restringi-los.

Como é notório afirmar, os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística. Como bem ensina Claus-Wilhelm Canaris, “os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas do direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui, os direitos fundamentais desempenham as funções ‘normais’, como proibições de intervenção e imperativos de tutela” (*Direitos...*, 2003, p. 36). O que é referenciado pelo doutrinador citado é justamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos que protegem a pessoa às relações privadas (*eficácia horizontal*).

Orlando Gomes, citando Karl Larenz, lembra que em face do menosprezo e do desprezo à dignidade humana por parte do Estado, somados à multiplicação dos atentados perpetrados contra a personalidade por particulares em razão dos progressos técnicos da era moderna, foram incentivados os tribunais da Alemanha pós-guerra a agir em proteção da pessoa humana utilizando-se de artigos da Constituição, em uma forma de “direito geral de personalidade” (*Direitos da personalidade..., Novos temas...*, 1983, p. 251-252).

Nessa seara, Rubens Limongi França nos ensina que por muito tempo os sistemas jurídicos somente cuidaram dos direitos da personalidade do ponto de vista do Direito Público, servindo “para mostrar a importância desses direitos, pois muitos deles integram as Declarações de Direitos que servem como garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado” (*Instituições...*, 1999, p. 936).

Mas tais direitos são de tal forma importantes não só para os indivíduos, como também para o Estado Democrático de Direito, que devem ser tutelados tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado, em complementação, em constante diálogo dentro da ideia de visão unitária do sistema jurídico.

A esse propósito, aponte-se que alguns direitos da personalidade, quando analisados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e constantes no ordenamento positivo, recebem o nome de *liberdades públicas*, sendo, contudo, os mesmos direitos do ponto de vista de sua tipificação, mas examinados em planos distintos. Os primeiros estão no relacionamento de uma pessoa diante de outra, isto é, nas relações privadas (direitos da personalidade); e os últimos perante o Estado (liberdades públicas), acrescidos de outros direitos econômicos, sociais e políticos (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil...*, 1991, p. 3).

O Título II da Constituição de 1988, sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas são também fundamentais ao ser humano e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver. Nunca se pode esquecer a vital importância do art. 5.º da

CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as *cláusulas pétreas*, que são direitos fundamentais deferidos à pessoa.

Tais preceitos garantem, ainda, que os direitos ali elencados não só estão formalmente reconhecidos, mas também serão concreta e materialmente efetivados. Essa efetivação, no caso do indivíduo sujeito de direitos com relação a determinados bens, é feita pelo reconhecimento da existência dos direitos da personalidade.

Para tal efetivação, numa concepção civil-constitucional, Gustavo Tepedino, com base em Pietro Perlingieri, defende a existência de uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*. São suas palavras:

“Com efeito, 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 § 2.º do art. 5.º, no sentido de 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 como valor máximo pelo ordenamento” (A tutela..., *Temas de direito civil...*, 2004, tomo I, p. 50).

Adotando a tese de Pietro Perlingieri e de Gustavo Tepedino, na *IV Jornada de Direito Civil*, evento de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 274 do CJP/STJ, um dos mais importantes enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*. A primeira parte da ementa prevê que “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição Federal”. O enunciado também traz como conteúdo o belo trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes sobre o tema (O princípio da dignidade..., 2006). Entre os contemporâneos, também são entusiastas dessa *cláusula geral de proteção da personalidade* Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, apontando o direito à vida digna como pressuposto dos direitos da personalidade (*Direito civil. Teoria Geral...*, 2006, p. 109).

Mas, afinal, o que seriam então os *direitos da personalidade*?

Segundo Rubens Limongi França, trata-se de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos” (*Instituições...*, 1996, p. 1.033). Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade “são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)” (*Curso de direito civil...*, 2002, v. 1, p. 135). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com a didática que lhes é peculiar, conceituam os direitos da personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 144).

Pelos conceitos transcritos, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os

atributos específicos da personalidade, sendo *personalidade* a qualidade do ente considerado *pessoa*. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte. Esse, na opinião deste autor, é o seu melhor conceito.

Em síntese, pode-se afirmar que *os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade* (art. 1.º, III, da CF/1988). Ademais, é interessante associar os direitos da personalidade com cinco grandes ícones, colocados em prol da pessoa no atual Código Civil e visualizados a seguir:

- a) Vida e integridade físico-psíquica, estando o segundo conceito inserido no primeiro, por uma questão lógica.
- b) Nome da pessoa natural ou jurídica, com proteção específica constante entre os arts. 16 a 19 do CC, bem como na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).
- c) Imagem, classificada em *imagem-retrato* – reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e *imagem-atributo* – soma de qualificações de alguém ou *repercussão social da imagem* (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 43).
- d) Honra, com repercussões físico-psíquicas, subclassificada em *honra subjetiva* (autoestima) e *honra objetiva* (repercussão social da honra).
- e) Intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5.º, X, da CF/1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Não se olvide que a exposição acima foi inspirada na doutrina de Rubens Limongi França, que divide os direitos da personalidade em *três grandes grupos*. O primeiro deles está relacionado ao *direito à integridade física*, englobando o direito à vida e ao corpo, vivo ou morto. O segundo grupo é afeito ao *direito à integridade intelectual*, abrangendo a liberdade de pensamento e os direitos do autor. Por fim, há o direito à *integridade moral*, relativo às liberdades política e civil, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade pessoal, familiar e social (FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições...*, 4. ed., 1996. p. 939-940). Essa divisão influenciou muitos estudiosos do Direito Privado brasileiro, caso de Maria Helena Diniz, Giselda Hironaka, Álvaro Villaça Azevedo, Silmara Chinellato, Francisco Amaral e Nestor Duarte.

Pois bem, na concepção *civil-constitucional*, conforme os ensinamentos de Gustavo Tepedino (*A tutela...*, *Temas de direito civil...*, 2004, t. I), esses ícones devem ser relacionados com três princípios básicos constitucionais, a saber:

- Princípio de proteção da *dignidade* da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da CF/1988).
- Princípio da *solidariedade* social, outro dos objetivos da República Federativa do Brasil (construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” – art. 3.º, I, da CF/1988), visando também à erradicação da pobreza (art. 3.º, III, da CF/1988).
- Princípio da *igualdade lato sensu* ou isonomia, eis *que* “todos são iguais perante a lei, sem

distinção de qualquer natureza” (art. 5.º, *caput*, da CF/1988).

Didaticamente, pode-se aqui trazer uma *regra de três*, afirmando que, *na visão civil-constitucional, assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal*. Justamente por isso é que o Enunciado n. 274 da *IV Jornada de Direito Civil* prevê que o rol dos direitos da personalidade previsto entre os arts. 11 a 21 do CC é meramente exemplificativo (*numerus apertus*). Aliás, mesmo o rol constante da Constituição não é taxativo, pois não exclui outros direitos colocados a favor da pessoa humana.

A título de exemplo de direito da personalidade que não consta de qualquer norma jurídica, cite-se o *direito ao esquecimento*, tão debatido na atualidade por doutrina e jurisprudência. No campo doutrinário, tal direito foi reconhecido pelo Enunciado n. 531, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em 2013, com o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. De acordo com as justificativas da proposta, “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destaque-se decisão prolatada pela sua Quarta Turma, no Recurso Especial 1.334.097/RJ, julgado em junho de 2013. O acórdão reconheceu o *direito ao esquecimento* de homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária e que foi retratado pelo extinto programa “Linha Direta”, da TV Globo, mesmo após a absolvição criminal. A emissora foi condenada a indenizar o autor da demanda, por danos morais, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

De acordo com o relator da *decisão*, Ministro Luis Felipe Salomão, “Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado”. Nesse contexto, aduz o julgador que “Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo de folha de antecedentes, assim também à exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação, por maiores e melhores razões, aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos”.

De fato, o direito ao esquecimento deve ser reconhecido como um verdadeiro direito da personalidade. Todavia, tal conclusão não afasta a necessidade de sua ponderação, como outros direitos da personalidade e com valores fundamentais.

Nesse contexto, com conteúdo prático fundamental para a compreensão da tendência da constitucionalização do Direito Civil, esse mesmo Enunciado n. 274 da *IV Jornada* dispõe na sua segunda parte que em caso de colisão entre os direitos da personalidade deve-se adotar a *técnica de ponderação*. O desenvolvimento dessa técnica, no Direito Comparado, é atribuído a Robert Alexy, jurista alemão (*Teoria...*, 2008).

Pela *técnica de ponderação*, em casos de difícil solução (*hard cases*) os princípios e direitos

fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução. A técnica exige dos aplicadores uma ampla formação, inclusive interdisciplinar, para que não conduza a situações absurdas. O presente autor é grande entusiasta da utilização dessa técnica, de imensa carga valorativa, como também são os autores do Direito Civil Constitucional e parcela considerável dos constitucionalistas. Por diversas vezes essa técnica será na presente obra utilizada para a solução de casos práticos de conteúdo bem interessante. Para ilustrar de imediato a incidência da ponderação, vejamos outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, que trata de caso concreto bem peculiar (*Informativo n. 467 do STJ*):

“Indenização. Danos materiais e morais. Exame involuntário. Trata-se, na origem, de ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais contra hospital no qual o autor, recorrente, alegou que preposto do recorrido, de forma negligente, realizou exame não solicitado, qual seja, anti-HIV, com resultado positivo, o que causou enorme dano, tanto material quanto moral, com manifesta violação da sua intimidade. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador de HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade) sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida longa e saudável. Esse direito somente se revelou possível ao autor da ação com a informação, involuntária é verdade, sobre o seu real estado de saúde. Logo, mesmo que o indivíduo não queira ter conhecimento da enfermidade que o acomete, a informação correta e sigilosa sobre o seu estado de saúde dada pelo hospital ou laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como no caso, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção de um direito maior. Assim, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso” (REsp 1.195.995/SP, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, j. 22.03.2011).

Analisadas tais construções introdutórias, passa-se à classificação e principais características dos direitos da personalidade consagradas pelo Código Civil de 2002. Esclareça-se, de antemão, que a codificação privada tratou especificamente dos direitos da personalidade entre os seus arts. 11 e 21. Com se extrai da obra de Anderson Schreiber, alguns dos novos comandos apresentam problemas técnicos, pois houve um tratamento excessivamente rígido da matéria (*Direitos...*, 2011, p. 12). Como aponta o jurista, “muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, como se verá adiante, não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade” (*Direitos...*, 2011, p. 12).

3.2.2 Classificação e características dos direitos da personalidade

A classificação dos direitos da personalidade não tem na doutrina uma conceituação global, divergindo os autores sobre o tema. Contudo, em contrapartida, não há como negar que os direitos da personalidade são aqueles que invariavelmente estão ligados à pessoa humana, ainda que com suas emanções e prolongamentos, pois representam os direitos mais íntimos e fundamentais do ser humano. O Código Civil de 2002 também relaciona os direitos da personalidade às pessoas jurídicas, pela redação do seu art. 52, dispositivo que vem despertando grandes discussões, justamente porque os direitos da personalidade, para parcela considerável dos estudiosos, seriam

apenas inerentes à pessoa humana.

Pois bem, os direitos da personalidade são, em suma, aquelas qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça. O direito objetivo autoriza a defesa dos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos subjetivos da pessoa de usar e dispor daquilo que lhe é próprio, ou seja, um poder da vontade do sujeito somado ao dever jurídico de respeitar aquele poder por parte de outrem.

Tratando-se assim de direitos subjetivos, inerentes à pessoa (inatos), os direitos da personalidade são permissões jurídicas dadas pela norma que, no caso, é o Código Civil. Porém, se analisarmos concretamente o Código de 2002, percebe-se que muitos dos *bens* da personalidade, dentro das características expostas, deixaram de ser abordados pelo legislador, como aqueles relacionados com a bioética e o biodireito. Sobre tais temas, repise-se, prevê o Enunciado n. 2 do CJF/STJ que “sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2.º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”, o que confirma as palavras do próprio Miguel Reale de que não cabe à codificação privada tratar desses assuntos, típicos da legislação especial. Esse estatuto próprio, pelo menos parcialmente, é a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

Da análise do texto legal nota-se que a vida, o nome, a integridade físico-psíquica, a honra, a imagem, a produção intelectual e a intimidade foram cobertos pelo manto da nova codificação privada, enquanto outros deixaram de ser devidamente abordados, caso da opção sexual da pessoa humana. De qualquer modo, conforme já afirmado, não se pode dizer que os direitos da personalidade tratados pelo Código Civil são os únicos admitidos (Enunciado n. 274 do CJF/STJ). Há uma *cláusula geral de tutela humana*, prevista na CF/1988 (art. 1.º, III), que admite outros direitos da pessoa.

Relativamente ao tema, Gustavo Tepedino demonstra a existência de duas grandes correntes que procuram justificar a existência dogmática de tal proteção, nos seguintes termos: “o debate que se propõe mostra-se, pois, de grande atualidade, em razão de o Código Civil de 2002 ter dedicado um capítulo específico ao tema, que deve ser interpretado à luz do art. 1.º, III, da Constituição Federal. Tem-se como indubitável que as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não lograram êxito em tutelar de forma exaustiva todas as manifestações da personalidade. Diante disso, tornam-se superadas tanto as teorias pluralistas, segundo as quais os chamados direitos de personalidade se encontram tipificados nos textos legislativos, quanto as teorias monistas, que sustentam a existência de um único direito de personalidade, originário e geral, capaz de conter todas as multifacetadas situações existenciais” (Texto de Apoio para o Curso à Distância em *Direito Civil Constitucional*, oferecido pela PUC/MG, out. 2004. Enviado por mensagem eletrônica).

Seguindo as palavras de Tepedino, será demonstrada uma forte tendência de *despatrimonialização e personalização do Direito Privado* (alguns preferem utilizar a expressão *repersonalização*, caso de Luiz Edson Fachin), o que repercute na análise de vários institutos de Direito Civil, com relevante função prática. Por certo é que, sob o prisma constitucional, os direitos da personalidade não podem estar enquadrados em um rol taxativo de situações. Aliás, mesmo o rol de direitos constante da Constituição não é taxativo, pois não exclui outros direitos colocados a favor da pessoa humana. Como outro exemplo, cite-se o direito à opção sexual, que não consta expressamente da Constituição

Federal. Concretizando tal direito, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de reparação imaterial em decorrência da utilização de apelido em notícia de jornal, com o uso do termo “bicha”. Vejamos a ementa da decisão, que resolve a questão pelo abuso de direito, instituto que ainda será estudado.

“Direito civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – ‘apelido’ – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os consequentes danos morais. Recurso especial provido” (STJ, REsp 613.374/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 17.05.2005, DJ 12.09.2005, p. 321).

Retornando ao atual Código Civil, esse traz características dos direitos inerentes a pessoas de forma tímida, prevendo o seu atual art. 11 que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

O antigo Projeto 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, atual Projeto 699/2011, pretende alterar tal dispositivo, passando o art. 11 do CC a ter a seguinte redação:

“Art. 11. O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”.

Inicialmente, conforme reconhecia o próprio Deputado Fiuza, consta no texto acima um erro de digitação. Onde se lê a expressão natos deverá constar *inatos*, que significa *inerentes à pessoa, insitos à sua qualidade, originários do sujeito*. Muitos doutrinadores associam a expressão à concepção ou ao nascimento da pessoa. Todavia, a melhor compreensão de *inato* retira tal requisito, pois existem direitos da personalidade que não surgem em tais momentos, caso dos direitos de autor (por todos, ver: CHINELLATO, Silmara Juny. *Direito...*, 2008, p. 222-223).

Observa-se que o antigo Projeto Fiuza pretende ampliar o texto atual, trazendo tentativa de conceituar tais direitos, bem como as suas principais características. Em obra em que comentou as principais inovações do Código Civil de 2002, o Deputado Ricardo Fiuza expunha algumas críticas em relação a tal mudança. A mais contundente foi formulada pelo saudoso Miguel Reale, para quem “conceber o direito da personalidade como direito inato nos reconduz ao mais superado dos jusnaturalismos. Não tem cabimento declarar que os direitos da personalidade não podem ser expropriados” (FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil...*, 2003, p. 36).

Por tal crítica, fica em dúvida a proposta de mudança.

Primeiro porque não fica claro se a alteração esgota as características de tais direitos, o que não

parece ser a intenção. Se assim for, não é bem-vinda a proposta diante do que ensina a maior parte da doutrina, e pelo teor do Enunciado n. 274 da *IV Jornada de Direito Civil*. Segundo, pelas palavras do próprio Miguel Reale, que aqui foram transcritas. Em resumo, acredita-se que, quando da tramitação do projeto, tais pontos deverão ser discutidos de maneira exaustiva, o que deve ser acompanhado pela sociedade e pela civilística nacional.

Mesmo sendo inicialmente contrários à mudança no ponto de vista científico, para fins didáticos, cabe apontar e discutir as características dos direitos da personalidade, pelo texto do antigo Projeto Ricardo Fiuza (PL 6.960/2002, atual PL 699/2011). É o que será feito a partir de então.

3.2.2.1 *Direitos inatos, ilimitados e absolutos*

Para afastar qualquer dúvida quanto ao sentido da expressão *inato*, é interessante expor o que consta no moderno *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*: “inato. 1 que pertence ao ser desde o seu nascimento; inerente, natural, congênito (talento. i)”.

Dessa forma, por ser o direito da personalidade decorrente da natureza da pessoa, é indeclinável o seu caráter ilimitado, “ante a impossibilidade de se imaginar um número fechado de direitos da personalidade” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2002, v. 1, p. 121). Além disso, os direitos da personalidade têm também caráter absoluto, com eficácia *erga omnes* (contra todos), principalmente se confrontados com os direitos pessoais puros, caso dos direitos obrigacionais e contratuais.

Entretanto, por uma questão lógica, tal regra pode comportar exceções, havendo, eventualmente, relativização desse caráter ilimitado e absoluto. Prevê o Enunciado n. 4 do CJP/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Em complemento, foi aprovado outro enunciado doutrinário, de número 139, na *III Jornada de Direito Civil*, segundo o qual “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes”.

Pelo teor desses dois enunciados da doutrina civil, a *limitação voluntária* constante do art. 11 do Código Civil seria somente aquela não permanente e que não constituísse abuso de direito, nos termos da redação do art. 187 da mesma codificação, que utiliza as expressões *boa-fé* e *bons costumes*. Essa possibilidade de limitação, que será ainda estudada, já representa exceção à suposta natureza absoluta de tais direitos.

Em reforço, o art. 15 do CC/2002 parece ser expresso em trazer limitações aos direitos da personalidade. De acordo com tal dispositivo, ninguém pode ser constrangido, sob risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, consagrando o Código Civil os direitos do paciente. Alguns exemplos práticos podem ser analisados à luz desse último comando legal.

No primeiro, um determinado paciente está à beira da morte, necessitando de uma cirurgia. Mas esta intervenção lhe trará também alto risco, ficando a dúvida se o médico deve ou não intervir. Pelo que consta no Novo Código de Ética Médica (art. 41 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina), e em decorrência da responsabilidade civil dos profissionais liberais da área da saúde (art. 951 do CC), não há dúvidas de que a intervenção deve ocorrer, sob pena de

responsabilização do médico, nas esferas civil, penal e administrativa. O que se nota, nesse contexto, é que o art. 15 do Código não pode permitir uma conclusão que sacrifique a vida, valor fundamental inerente à pessoa humana.

Quanto a essa situação, aliás, foi muito debatida e criticada a Resolução 1.805 do Conselho Federal de Medicina, de 9 de novembro de 2006, que possibilita aos profissionais da área de saúde que deixem de empregar técnicas médicas em casos de pacientes terminais, o que se denomina *ortotanásia*. É a íntegra da referida resolução:

“Art. 1.º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1.º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2.º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3.º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2.º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”.

Destaque-se que o ato de vontade do paciente de não querer se submeter a determinado tratamento é denominado *testamento vital* ou *biológico*. Isso, apesar de não ser propriamente um *testamento*, pois a disposição é feita para gerar efeitos antes da morte.

Sem qualquer hipocrisia, a resolução só acaba regulamentando situações que já ocorriam na prática médica. De qualquer forma, fica em dúvida se ela extrapola os limites da autonomia privada do indivíduo, da sua liberdade como valor constitucional, diante da mitigação da proteção da vida.

A questão é tão intrincada que, em outubro de 2007, a 14.ª Vara Federal do Distrito Federal afastou os efeitos da referida resolução, por meio de antecipação de tutela. Em seus argumentos, aduz o magistrado Roberto Luis Luchi Demo:

“Pois bem. A lide cinge-se à legitimidade da Resolução CFM n.º 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis. Impende salientar, inicialmente, que a questão é complexa e polêmica, como se infere da petição inicial desta ação civil pública, que tem nada menos que 129 folhas, vindo instruída com os documentos de fls. 133-296, bem assim das informações preliminares do Réu, que têm 19 folhas e são instruídas com os documentos encartados em dois volumes de autos, totalizando mais de 400 folhas. Na verdade, trata-se de questão imensamente debatida no mundo inteiro. Lembre-se, por exemplo, da

repercussão do filme espanhol ‘Mar Adentro’ e do filme americano ‘Menina de Ouro’. E o debate não vem de hoje, nem se limita a alguns campos do conhecimento humano, como o Direito ou a Medicina, pois sobre tal questão há inclusive manifestação da Igreja, conforme a ‘Declaração sobre a Eutanásia’ da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovada em 05 de maio de 1980, no sentido de que ‘na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo’. Entretanto, analisada a questão superficialmente, como convém em sede de tutela de urgência, e sob a perspectiva do Direito, tenho para mim que a tese trazida pelo Conselho Federal de Farmácia nas suas informações preliminares, no sentido de que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família, não elide a circunstância segundo a qual tal conduta parece caracterizar crime de homicídio no Brasil, nos termos do art. 121 do Código Penal. E parece caracterizar crime porque o tipo penal previsto no sobredito art. 121, sempre abrangeu e parece abranger ainda tanto a eutanásia como a ortotanásia, a despeito da opinião de alguns juristas consagrados em sentido contrário. Tanto assim que, como bem asseverou o representante do Ministério Público Federal, em sua bem-elaborada petição inicial, tramita no Congresso Nacional o ‘anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, colocando a eutanásia como privilégio ao homicídio e descriminando a ortotanásia’ (fl. 29).

Desse modo, a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores da sociedade. Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento, havendo inclusive projeto de lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional.

Em última análise, para suprir a ausência de lei específica, a glosa pode ser ‘judicializada’ mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, ajuizada em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e na qual se discute se ocorre crime de aborto no caso de anencéfalo.

Registro, para efeito de documentação, a ementa do acórdão proferido em questão de ordem na referida ação constitucional, *litteris*: (...). À luz dessas considerações, o aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal é bastante para reconhecer a relevância do argumento do Ministério Público Federal. Dizer se existe ou não conflito entre a resolução e o Código Penal é questão a ser enfrentada na sentença. Mas a mera aparência desse conflito já é bastante para impor a suspensão da Resolução CFM n.º 1.805/2006, mormente quando se considera que sua vigência, iniciada com a publicação no *DOU* do dia 28 de novembro de 2006, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a prática da ortotanásia, ou seja, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida essa que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada

judicialmente. Do exposto, *defiro a antecipação de tutela* para suspender os efeitos da Resolução CFM n.º 1.805/2006”.

A problemática é muito polêmica, merecendo reflexões profundas. Atente-se ao fato de que existem projetos de lei para regulamentar a prática do chamado *testamento vital*, caso do PL 524/2009, em curso no Senado Federal. Indiretamente, pode-se dizer que o art. 41, parágrafo único, do novo Código de Ética Médica acaba por permitir a prática, ao enunciar que “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”. Mais recentemente, a Resolução 1.955/2012, do Conselho Federal de Medicina, passou a estabelecer que a vontade do paciente é soberana, prevalecendo em relação à vontade do representante legal. Anote-se, por oportuno, que na *V Jornada de Direito Civil* (2011) foi aprovado enunciado doutrinário possibilitando juridicamente o chamado *testamento vital ou biológico* (Enunciado n. 527). Em suma, constata-se a sua ampla admissão entre os juristas.

Superado esse ponto, surge então um outro *hard case*, um caso de difícil solução, tipicamente brasileiro. No mesmo exemplo antes exposto, se o paciente sob risco de morte, por convicções religiosas, negar-se à intervenção cirúrgica, mesmo assim deve o médico efetuar a operação? Tal questão foi enfrentada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, apontando tais autores que “nenhum posicionamento que se adotar agradará a todos, mas parece-nos que, em tais casos, a cautela recomenda que as entidades hospitalares, por intermédio de seus representantes legais, obtenham o suprimento da autorização judicial pela via judicial, cabendo ao magistrado analisar, no caso concreto, qual o valor jurídico a preservar” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 163).

Com todo o respeito em relação a posicionamento em contrário, conclui-se que, em casos de emergência e de real risco de morte, deverá ocorrer a intervenção cirúrgica, eis que o direito à vida merece maior proteção do que o direito à liberdade, particularmente quanto àquele relacionado com a opção religiosa. Em síntese, fazendo uma ponderação entre direitos fundamentais – *direito à vida X direito à liberdade ou opção religiosa* –, o primeiro deverá prevalecer.

Deve ficar claro que esse exemplo não visa a captar opiniões sobre o tema *religião*, mas somente demonstrar que um direito da personalidade pode ser relativizado se entrar em conflito com outro direito da personalidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem seguido o posicionamento que aqui foi defendido, afastando eventual direito à indenização do paciente que, mesmo contra a sua vontade, recebeu a transfusão de sangue:

“Indenizatória – Reparação de danos – Testemunha de Jeová – Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação – Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida – Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos – Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora – Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece ser

acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante – Recurso não provido” (TJSP, Ap. Cív. 123.430-4 – Sorocaba – 3.^a Câmara de Direito privado – relator Flávio Pinheiro – 07.05.2002 – v.u.).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser extraída decisão no mesmo sentido, dispensando até a necessidade de autorização judicial para a cirurgia, em casos de risco à vida do paciente. Na verdade, o julgado reconhece que sequer há interesse de agir do hospital em casos tais:

“Apelação cível. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Recusa de tratamento. Interesse em agir. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido” (TJRS, Apelação Cível 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 22.08.2007).

Não há como discordar das duas decisões aqui transcritas, que parecem traduzir o entendimento majoritário da jurisprudência e do senso comum. Por oportuno, esclareça-se que há corrente de respeito que entende pela prevalência da vontade do paciente. Nessa linha, entende Anderson Schreiber que “intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma ‘crença’, apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. (...). A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro” (*Direitos...*, 2011, p. 52).

Igualmente adotando o entendimento pela prevalência da vontade do paciente por convicções religiosas, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário: “O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5.º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante” (Enunciado n. 403). Essa também é a opinião, por exemplo, de Álvaro Villaça Azevedo e Nelson Nery Jr., conforme pareceres dados sobre o caso, cujos conteúdos chegaram ao conhecimento deste autor.

Com o devido respeito, repise-se, não se filia à conclusão adotada pelo enunciado doutrinário e pelos juristas citados, pois as convicções religiosas manifestadas pela autonomia privada não podem prevalecer sobre a vida e a integridade física.

3.2.2.2 *Direitos intransmissíveis e indisponíveis*

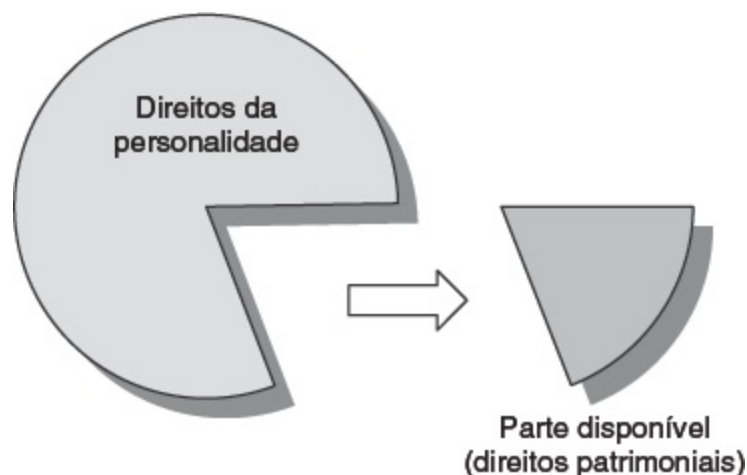
Conforme consta no próprio art. 11 do CC/2002, os direitos da personalidade são intransmissíveis, não cabendo, por regra, cessão de tais direitos, seja de forma gratuita ou onerosa. Daí por que não podem ser objeto de alienação (direitos inalienáveis), de cessão de crédito ou débito (direitos incessíveis), de transação (intransacionáveis) ou de compromisso de arbitragem. No último caso, consta previsão expressa no art. 852 do CC em vigor, que veda o compromisso para solução de questões que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Porém, tanto doutrina quanto jurisprudência, pelo teor do que consta do Enunciado n. 4 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, aqui transcrito, reconhecem a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade. A título de exemplo, podem ser citados os casos que envolvem a cessão onerosa dos direitos patrimoniais decorrentes da imagem, que não pode ser permanente. Também ilustrando, cite-se a cessão patrimonial dos direitos do autor, segundo o art. 28 da Lei 9.610/1998, pelo qual “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. A cessão gratuita também é possível, como no caso de cessão de partes do corpo, desde que para fins científicos ou altruísticos (art. 14 do CC).

Vale o esclarecimento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, no sentido de que o direito da personalidade não é disponível no sentido estrito, sendo transmissíveis apenas as expressões do uso do direito da personalidade (*Disponibilidade...*, 2005, p. 11). Em outras palavras, existem aspectos patrimoniais dos direitos da personalidade que podem ser *destacados* ou transmitidos, desde que de forma limitada.

Também ilustrando, pode-se dizer que um atleta profissional tem a liberdade de celebrar um contrato com uma empresa de material esportivo, para a exploração patrimonial de sua imagem, como é comum. Entretanto, esse contrato não pode ser vitalício, como ocorre algumas vezes na prática, principalmente em casos de contratos celebrados entre jogadores de futebol brasileiros e empresas multinacionais. Esses contratos, geralmente, são celebrados no estrangeiro, mas se fossem constituídos no Brasil seriam nulos, por ilicitude de seu objeto, pois a cessão de uso dos direitos da personalidade é permanente (art. 166, II, do CC e Enunciado n. 4 do CJF/STJ).

Todas essas hipóteses constituem exceções à regra da intransmissibilidade e indisponibilidade, que confirmam a tendência de relativização de princípios, direitos e deveres, realidade atual da órbita constitucional e privada. Concluindo sobre o tema, o desenho a seguir demonstra que existe uma *parcela* dos direitos da personalidade que é disponível (*disponibilidade relativa*), aquela relacionada com direitos subjetivos patrimoniais.



Na verdade, o desenho serve para explicar não só a presente característica dos direitos da personalidade, mas outras que seguirão neste capítulo da obra.

3.2.2.3 *Direitos irrenunciáveis*

Pelo que consta no sempre citado art. 11 do Código Civil Brasileiro de 2002 os direitos da personalidade não podem ser objeto de renúncia por seu titular (direitos irrenunciáveis). Esse caráter realça a natureza cogente, ou de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção, particularmente as que constam desse capítulo específico da codificação.

Como aplicação prática desse dispositivo, entende-se que não terá validade, sendo nulo (nulidade absoluta), o chamado *contrato de namoro*. Por esse contrato, pessoas que mantêm união estável entre si renunciam aos efeitos patrimoniais e pessoais dela decorrentes. Sobre o tema em questão, indaga e conclui Pablo Stolze Gagliano: “nesse contexto o ‘contrato de namoro’ poderia ser considerado como uma alternativa para aqueles casais que pretendessem manter a sua relação fora do âmbito da incidência das regras da união estável? Poderiam, pois, por meio de um documento, tornar firme o reconhecimento de que aquela união é apenas um namoro, sem compromisso de constituição de família? Em nosso pensamento, temos a convicção de que tal contrato é completamente desprovido de validade jurídica. A união estável é um fato da vida, uma situação fática reconhecida pelo Direito de Família que se constitui durante todo o tempo em que as partes se portam como se casados fossem, e com indícios de definitividade” (*Contrato de namoro...*, Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>, Seção *artigos de convidados*. Acesso em: 2 de março de 2005).

A jurisprudência já afastou os efeitos do chamado contrato de namoro, em decisão da 7.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Proc. 70006235287, data de julgamento: 16.06.2004). Segundo o magistrado, “Esses abortos jurídicos que andam surgindo por aí, que são nada mais que o receio de que um namoro espontâneo, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acaba se transformando em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início”.

Estamos filiados aos magistrados citados, por três razões básicas.

Primeiro, porque a união estável envolve direitos existenciais de personalidade, que não podem ser renunciados. Em reforço lembre-se de que o próprio Código Civil consagra a irrenunciabilidade dos alimentos, conforme previsão do seu art. 1.707, revelando o contrato de namoro um afastamento natural dessa última regra.

A *segunda razão* está relacionada com o fato de que são normas de ordem pública que irão apontar, dependendo de análise pelo aplicador, a configuração ou não da entidade familiar, que constitui um fato jurídico e social. Assim, há no contrato de namoro uma fraude à lei imperativa, causa de nulidade absoluta, conforme o art. 166, VI, do CC.

Terceiro, porque a autonomia privada (antiga autonomia da vontade) manifestada em um contrato encontra limitações nas normas de ordem pública e nos preceitos relacionados com a dignidade da pessoa humana, melhor expressão do princípio da função social do contrato, um dos baluartes da nova codificação (art. 421). Essa conclusão pode ser percebida pelo teor do Enunciado n. 23 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual “a função social do contrato, prevista no art. 421

do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. A proteção dos direitos da personalidade em sede contratual constitui um dos aspectos da eficácia interna da função social dos contratos, entre as partes contratantes. Outro enunciado, de número 360, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, reconhece a eficácia interna do novo princípio contratual.

A mesma tese vale para os contratos assinados pelos participantes de *reality shows*, caso do programa *Big Brother Brasil*, veiculado pela TV Globo. Em programas dessa natureza, é comum a celebração de um contrato em que o participante renuncia ao direito a qualquer indenização a título de dano moral, em decorrência da edição de imagens. O contrato de renúncia é nulo, sem dúvida, aplicação direta dos arts. 11 e 166, VI, do CC. Por outro lado, concorda-se com Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado quando afirmam que o programa, em si, não traz qualquer lesão a direitos da personalidade (*Código Civil...*, 2005, p. 23). No entanto, por outro lado, saliente-se que pode o participante ter a sua honra maculada pelo programa televisivo, dependendo da forma como as imagens são expostas, cabendo medidas judiciais de proteção em casos tais (art. 12 do CC).

Também não exclui o direito à indenização o contrato assinado por atleta profissional com o clube ou outra entidade, em que assume todos os riscos da atividade por ele desempenhada, eximindo o último. Logicamente, se as regras do esporte e os limites do bom senso não são respeitados, haverá dever de indenizar – desde que presentes os elementos da responsabilidade civil –, como no caso do clube de futebol que tem conhecimento, por meio de sua diretoria e prepostos, de estado de saúde crítico que acomete um jogador de futebol. Ainda ilustrando, pode responder um promotor de lutas pela conduta desmedida de um lutador profissional, fora das regras do jogo.

Superada a presente discussão, passa-se ao estudo da imprescritibilidade dos direitos da personalidade.

3.2.2.4 *Direitos imprescritíveis*

Não restam dúvidas de que os direitos da personalidade, por envolverem a aclamada ordem pública, são imprescritíveis, segundo aponta com maestria parcela respeitável da doutrina. Leciona Francisco Amaral que os direitos da personalidade são “imprescritíveis no sentido de que não há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo seu não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo” (*Direito civil – introdução...*, 2003, p. 252). No mesmo sentido, esse também é o entendimento de Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil...*, 2002, v. 1, p. 120), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (*Novo...*, 2003, v. I, p. 156).

No sentido técnico, contudo, diante da adoção da teoria de Agnelo Amorim Filho pelo novo Código Civil, melhor seria considerar que tais direitos não estão sujeitos à prescrição do que usar a expressão *direitos imprescritíveis*. Isso porque, conforme será visto, não é o direito que prescreve, mas a pretensão (art. 189 do CC). De qualquer forma continuaremos a utilizar tal expressão, corriqueira que é na doutrina e na jurisprudência. Em suma, a utilização atende a fins didáticos, de facilitação.

Diante dessa característica, fica a dúvida: a ação ou pretensão para reparar danos decorrentes de lesão a direito da personalidade, em casos de flagrante lesão à dignidade humana, é imprescritível,

ou prescreve em três anos, pelo que consta no art. 206, § 3.º, V, do CC? Duas correntes doutrinárias surgem da indagação.

Para a primeira, já demonstrada e com a qual se concorda, não há qualquer prazo prescricional, por envolver a matéria ordem pública. Esse posicionamento, mais condizente com a valorização da dignidade da pessoa humana constante no texto constitucional (art. 1.º, III, da CF/1988) e com o previsto no art. 5.º, V e X, da mesma Lei Maior, cresce na jurisprudência. Nesse sentido, cite-se precedente do Superior Tribunal de Justiça que entendeu ser imprescritível a ação indenizatória fundada em tortura cometida por policial: “O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática” (STJ, REsp 379.414/PR, rel. Min. José Delgado, *DJ* 17.02.2003).

Reforçando esse entendimento, colaciona-se outro julgado, do mesmo Egrégio STJ, que trata da matéria:

“Conforme restou concluído por esta Turma, por maioria, no julgamento do Recurso Especial 602.237/PB, de minha relatoria, em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, que, na ocasião, nos termos do artigo 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos. Recurso especial provido, para afastar a ocorrência da prescrição quinquenal do direito aos danos morais e determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que sejam analisadas as demais questões de mérito” (STJ, REsp 462.840/PR; Recurso Especial 2002/0107836-5, Rel. Ministro Franciulli Netto (1117), Segunda Turma, j. 02.09.2004, *DJ* 13.12.2004 p. 283).

Essa tendência é reconhecida pelo mesmo saudoso Ministro Franciulli Netto, em outra decisão, nos seguintes termos: “No que toca aos danos patrimoniais, os efeitos meramente patrimoniais do direito devem sempre observar o lustro prescricional do Decreto n. 20.910/32, pois não faz sentido que o erário público fique sempre com a espada de Dâmocles sobre a cabeça e sujeito a indenizações ou pagamentos de qualquer outra espécie por prazo demasiadamente longo. Daí por que, quando se reconhece direito deste jaez, ressalva-se que quaisquer parcelas condenatórias referentes aos danos patrimoniais só deverão correr nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Mas, para aforar esta, em se tratando de direitos fundamentais, das duas uma, ou deve a ação ser tida como imprescritível ou, quando menos, ser observado o prazo comum prescricional do direito civil, a menos que se queira fazer tábula rasa do novo Estado de Direito inaugurado, notadamente, a partir da atual Constituição Federal” (STJ, REsp 602.237/PB; Recurso Especial 2003/0191209-6 Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, j. 05.08.2004, *DJ* 28.03.2005, p. 245).

Mais recentemente, o mesmo Superior Tribunal de Justiça associou expressamente e mais uma vez a imprescritibilidade da demanda à proteção da dignidade humana, em caso relacionado com a repressão do período militar. A ementa é longa, mas merece ser transcrita e lida:

“Prescrição. Ação. Tortura. Regime militar. Discutiu-se acerca da prescritibilidade da ação tendente a reparar a violação dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais da pessoa humana (indenização lastreada no art. 8.º, § 3.º, do ADCT da CF/1988) causada pela prisão e tortura por delito de opinião durante o regime militar de exceção, se aplicável o prazo prescricional quinquenal do art. 1.º do Dec. 20.910/1932, tal como entendeu o juízo singular. Quanto a isso, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, firmou que a proteção da dignidade da pessoa humana (direito inato, universal, absoluto, inalienável e imprescritível, conforme a doutrina), como corroborado pelas cláusulas pétreas constitucionais, perdura enquanto subsistente a própria República Federativa, pois se cuida de seu fundamento, de um de seus pilares, e, como tal, não há que se falar em prescrição da pretensão tendente a implementá-la, quanto mais se a Constituição Federal não estipulou lapso prescricional ao direito de agir correspondente àquele direito à dignidade. Asseverou que o art. 14 da Lei 9.140/1995 previu ação condenatória correspondente a essas violações da dignidade humana durante o período de supressão das liberdades públicas, mas não previu prazo prescricional para o caso. Assim, concluiu que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, arredada a aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto 20.910/1932 ao caso. Por fim, determinou o retorno dos autos à origem para que se dê prosseguimento ao feito, obstado pela decretação da prescrição. Precedentes citados do STF: HC 70.389-SP, DJ 10.08.2001; HC 80.031-RS, DJ 14.12.2001; do STJ: REsp 529.804-PR, DJ 24.05.2004; REsp 449.000-PE, DJ 03.06.2003, e REsp 379.414-PR, DJ 17.02.2003” (STJ, REsp 816.209-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.04.2007, *Informativo STJ 316*, 2 a 13 de março de 2007).

Mas há um segundo posicionamento, pelo qual o direito é imprescritível, mas a pretensão ou ação prescreve, no prazo assinalado pela lei. Entre aqueles que defendem essa teoria está Carlos Roberto Gonçalves, para quem a pretensão à reparação ao dano moral decorrente de lesão a direito da personalidade “está sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos em lei, por ter caráter patrimonial” (*Direito civil...*, 2003, v. I, p. 158). Lembra o doutrinador que esse é o posicionamento que tem prevalecido na jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, o que realmente é um fato, infelizmente.

Entretanto, a este autor parece que há uma tendência de se seguir o caminho da imprescritibilidade em casos tais, mesmo no STJ. Como adepto do Direito Civil Constitucional, o desejo é para que essa tendência se confirme nos próximos anos.

3.2.2.5 *Direitos impenhoráveis e inexpropriáveis*

A encerrar a análise das principais características dos direitos da personalidade, não se pode afastar a impenhorabilidade desses direitos.

Desse modo, tais direitos não podem sofrer constrição judicial, visando à satisfação de uma dívida, seja ela de qualquer natureza. Assevera Luiz Edson Fachin que “jurisprudência e legislação vão, progressivamente, reconhecendo que a base dos valores nucleares do sistema jurídico suscita soluções diferenciadas no tratamento do acervo patrimonial. A noção de impenhorabilidade é um desses traços contemporâneos. Sem invalidar o legítimo interesse dos credores, a impenhorabilidade

desloca do campo dos bens a tutela jurídica, direcionando-a para a pessoa do devedor, preenchidas as condições prévias necessárias” (*Estatuto jurídico...*, 2001, p. 220).

Nesse brilhante trabalho, sobre o *patrimônio mínimo*, que será objeto de tratamento no capítulo de estudo dos bens (Capítulo 5), Fachin fornece ao estudioso do direito uma nova dimensão do conceito de patrimônio, seguindo tendência de valorização da pessoa, de *personalização do direito privado*, diante da *despatrimonialização do direito civil*.

Desse modo, a impenhorabilidade sempre esteve associada aos direitos da personalidade, sendo afastada qualquer situação que coloque em risco a proteção da pessoa. É imperioso lembrar, nesse sentido, que os alimentos e os instrumentos de trabalho são considerados impenhoráveis, sem prejuízo do rol que consta do art. 649 do CPC. Esse dispositivo foi recentemente alterado pela Lei 11.382/2006. É a sua atual redação:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

- I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;
- V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;
- VI – o seguro de vida;
- VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X – até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança”.

No que concerne à última previsão, de que não se pode penhorar valor depositado em caderneta de poupança de até quarenta salários mínimos, a este parece que o intuito foi justamente assegurar à pessoa o *mínimo patrimonial ou existencial*, para que tenha uma vida digna.

Também a impenhorabilidade do bem de família, prevista nos arts. 1.711 a 1.722 do CC e na Lei 8.009/1990, representa a transposição do direito pessoal e fundamental à moradia – reconhecido no art. 6.º da CF/1988 –, para o campo patrimonial.

De acordo com o magistério de Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são “necessários e inexpropriáveis pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana. Daí serem vitalícios; terminam, em regra, com o óbito do seu titular, por serem indispensáveis enquanto viver, mas tal aniquilamento não é completo, uma vez que certos direitos sobrevivem” (*Curso de direito civil...*, 2002, v. 1, p. 120). Sendo inexpropriáveis, não podem ser objeto de arrematação, adjudicação pelo credor ou desapropriação pelo Estado. Nesse sentido, cite-se mais uma vez o Código de Processo Civil que em seu art. 648 preleciona: “Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”, caso dos direitos aqui estudados.

3.2.3 Os direitos da personalidade e as grandes gerações ou dimensões de direitos

Adquirindo a personalidade – que consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa, sendo a aptidão para deter direitos e assumir deveres –, a pessoa humana ganha a possibilidade de defender o que lhe é próprio, como sua vida, sua integridade físico-psíquica, seu próprio corpo, sua carga intelectual, sua moral, sua honra subjetiva ou objetiva, sua imagem, sua intimidade.

Desse modo, não se pode esquecer que os direitos da personalidade são os relacionados com a dignidade da pessoa humana e com as *três grandes gerações* ou *dimensões* de direitos decorrentes da Revolução Francesa, a seguir expostas:

- *Direitos de primeira geração ou dimensão: princípio da liberdade.*
- *Direitos de segunda geração ou dimensão: princípio da igualdade em sentido amplo (lato sensu) ou da isonomia.*

Nunca é demais repetir que dentro desse princípio maior, da isonomia, está inserido o princípio da especialidade. O princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, é consubstanciado na seguinte oração, atribuída a Ruy Barbosa: *A lei deve tratar de maneira igual os iguais (princípio da igualdade stricto sensu), e de maneira desigual os desiguais (princípio da especialidade).*

- *Direitos de terceira geração ou dimensão: princípio da fraternidade. Surgem os direitos relacionados com a pacificação social, os direitos do consumidor, o direito ambiental e os direitos do trabalhador.*

Pontue-se que a referida divisão das gerações de direitos foi idealizada pelo jurista tcheco Karel Vasak, em 1979, em exposição feita em aula inaugural no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, França.

Pelo que foi demonstrado, percebe-se o porquê de se afirmar que *os direitos da personalidade são a herança da Grande Revolução* (Revolução Francesa). À medida que o ser humano evolui, vão se desdobrando as gerações de direitos. Muitos doutrinadores, por outro lado, preferem utilizar a expressão *dimensão* em vez de *geração*, eis que esta última expressão dá a ideia de que tais direitos surgiram de forma sucessiva, o que não é verdade.

Hoje até se concebem os *direitos de quarta geração ou quarta dimensão*, relacionados com o patrimônio genético do indivíduo, os números de identificação do DNA da pessoa natural. Dessa forma, a pessoa tem o direito de não revelar tais números, em caso de eventual investigação de paternidade, não cabendo condução coercitiva para tal fim. Trata-se do direito fundamental à intimidade genética.

Justamente com base nesses *direitos de quarta geração, dimensão ou era* é que a professora Silmara Juny Chinellato, da Universidade de São Paulo, propõe a possibilidade de o nascituro ser adotado, o que consta no antigo Projeto 6.960/2002, atual PL 699/2011 (Adoção de nascituro..., *Questões controvertidas...*, 2003, p. 355 a 372).

Também já afirma a doutrina existirem os *direitos de quinta geração ou quinta dimensão*, relacionados com a proteção do ambiente ou intimidade virtual, existente no âmbito da Internet e do mundo cibernético. Cite-se o direito ao esquecimento como verdadeiro direito da personalidade, tema antes abordado no presente capítulo.

Igualmente a ilustrar, no volume que trata da Responsabilidade Civil (Volume 2), estão comentados conceitos relacionados com o direito eletrônico ou digital e a proteção de direitos da personalidade, mais especificamente o enquadramento do SPAM, envio de *e-mail* indesejado, como abuso de direito (art. 187 do CC).

Em continuidade, no volume de Direito de Família (Volume 5), discorreremos sobre a *infidelidade virtual*, sem que sequer haja contato sexual.

No volume dos Contratos (Volume 3) estudamos a formação do contrato pela via eletrônica, pela Internet (contratos eletrônicos ou digitais).

Esses temas são essencialmente de Direito Privado e, portanto, devem ser estudados pela civilística nacional. Representam assuntos contemporâneos, da pós-modernidade, inimagináveis juridicamente até pouco tempo atrás.

3.2.4 Previsões legais de proteção aos direitos da personalidade no Código Civil de 2002

Os direitos da personalidade estão previstos no Capítulo II do Título I do Código Civil de 2002, nos arts. 11 a 21, que traçam as diretrizes básicas para a aplicação da defesa da personalidade. Não obstante o Código ter feito referência a apenas três características desses direitos, a doutrina entende que a melhor interpretação é a de que foram abarcadas todas as características inerentes aos direitos da personalidade outrora analisadas, ou seja, são direitos absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados. Mesmo assim, esse rol não é taxativo, diante da *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, concebida por Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, entre outros.

Não são somente as *peças naturais* – expressão mais adequada do que *peças físicas* – possuem direitos da personalidade. A pessoa jurídica possui bens patrimoniais corpóreos e incorpóreos, além de bens extrapatrimoniais. E são justamente esses bens extrapatrimoniais os direitos da personalidade da pessoa jurídica. Essa visão baseia-se no fato de que, para a ciência do direito, a noção de pessoa é, sobretudo, uma noção jurídica e não filosófica ou biológica. Ademais, o art. 52 do CC dispõe que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, confirmando o entendimento consubstanciado anteriormente na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça pelo qual a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Por razões óbvias, esse dano moral somente pode atingir a honra objetiva da pessoa jurídica, a sua reputação. Não há que se falar em lesão à honra subjetiva, pois a pessoa jurídica não tem

sentimentos. Conforme se extrai do intelecto de Adriano De Cupis, “A tutela da honra também existe para as pessoas jurídicas. Embora não possam ter o ‘sentimento’ da própria dignidade, esta pode sempre refletir-se na consideração dos outros. O bem da honra configura-se, portanto, também relativamente a elas” (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...*, 1961, p. 111).

Apesar do entendimento sumulado de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes entendem ser melhor utilizar a expressão *danos institucionais*, “conceituados como aqueles que, diferentemente dos danos patrimoniais ou morais, atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação” (*Código Civil interpretado...*, 2004, v. I, p. 135). Por isso é que na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 268 quanto ao art. 52 do CC, estabelecendo que “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

O enunciado doutrinário aprovado acaba contrariando o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual, expressamente, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. O teor da súmula, e não do enunciado do Conselho da Justiça Federal, é que deve ser considerado como majoritário pela comunidade jurídica nacional.

Pois bem, a proteção dos direitos da personalidade pode se dar tanto pelo âmbito civil quanto pelo âmbito penal, dependendo de como é atacado o bem jurídico da personalidade. No que interessa ao presente estudo, a proteção civil dos direitos da personalidade se verifica pela indenizabilidade material e moral, pelo dano causado (*tutela indenizatória*); ou, sendo possível, por medidas preventivas visando evitar o dano (*tutela inibitória*).

Nos casos de reparação, o dano será material quando houver uma perda ou prejuízo decorrente de uma lesão a um bem patrimonial, isto é, houver a possibilidade de verificar economicamente o dano sofrido. Os danos materiais podem ser classificados em *danos emergentes* – o que a pessoa efetivamente perdeu –, e *lucros cessantes* – o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar.

Por outra via, o dano será moral quando a agressão ocorrer a um direito da personalidade e não houver a possibilidade de verificação do conteúdo econômico dessa lesão. Nossa atual jurisprudência vem apontando outras modalidades de danos, caso do dano estético. O Superior Tribunal de Justiça acabou consolidando a possibilidade de cumulação de danos materiais, morais e estéticos, conforme a sua recente Súmula 387, de setembro de 2009 (“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”). Tal tendência é justamente o reconhecimento de novos danos, como está aprofundado no Volume 2 da presente coleção, onde estão tratados os danos coletivos, o dano social ou difuso e o dano por perda de uma chance.

Nesse contexto, a lesão de um bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a intimidade, a dignidade, a imagem, o bom nome, entre outros, e que acarrete ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, é reparável mediante a indenização por um dano moral que é, nos dizeres de Rubens Limongi França, “aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos” (RT 631/31).

O art. 12, *caput*, do CC, consagra a *tutela geral da personalidade*, trazendo os *princípios da prevenção* e da *reparação integral de danos*, que podem ser exercidos por meios judiciais e

extrajudiciais. É a redação do dispositivo: “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”.

No que concerne à *prevenção*, prevê o Enunciado n. 140 do CJF, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* (dez. 2004), que “a primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se a técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada como resultado extensivo”. Desse modo, cabe multa diária, ou *astreintes*, em ação cujo objeto é uma obrigação de fazer ou não fazer, em prol dos direitos da personalidade. Essa medida será concedida de ofício pelo juiz (*ex officio*), justamente porque a proteção da pessoa envolve ordem pública. Há aqui um belo exemplo de aplicação do *Direito Processual Constitucional*, que também visa à proteção da dignidade humana na tutela instrumental. Anote-se que essa linha processual, quiçá, será adotada pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional. Em boa hora, o art. 1.º da proposta legislativa enuncia expressamente que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

A título de exemplo, se uma empresa lança um álbum de figurinhas de um jogador de futebol, sem a devida autorização, caberá uma ação específica tanto para vedar novas veiculações quanto para retirar o material de circulação (obrigação de fazer e de não fazer). Nessa ação caberá a fixação de uma multa diária, ou de uma multa única, bem como a busca e apreensão dos álbuns. Tudo isso, repita-se, de ofício pelo juiz.

No caso de lesão a tais direitos, continua merecendo aplicação a Súmula 37 do STJ, do ano de 1992, com a cumulação de pedido de reparação por danos materiais e morais. Em outras palavras, aquela Corte Superior admite, há muito tempo, a *cumulação dupla* de danos reparáveis.

Entretanto, conforme foi dito, essa súmula merece uma nova leitura, eis que também são cumuláveis os danos estéticos (*cumulação tripla*), destacados pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como uma nova modalidade de prejuízo (Súmula 387). Entre os precedentes mais antigos que geraram a súmula, destaque-se: “Dano moral e estético. Cumulação. 1. Conforme a jurisprudência da Corte, é possível cumular as parcelas relativas a danos morais e estéticos decorrentes do mesmo fato. 2. Agravo desprovido” (STJ, REsp 473.848/RS, j. 15.05.2003, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 23.06.2003).

O parágrafo único do mesmo art. 12 do CC acaba por reconhecer direitos da personalidade ao morto, cabendo legitimidade para ingressar com a ação correspondente aos *lesados indiretos*: cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau. Em casos tais, tem-se aquilo que a doutrina denomina dano indireto ou *dano em ricochete*. Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria do Professor Gustavo Tepedino, tais legitimados agem por direito próprio em casos tais (Enunciado n. 400).

Injustificadamente, o art. 12, parágrafo único, do CC não faz referência ao companheiro ou convivente, que ali também deve ser incluído por aplicação analógica do art. 226, § 3.º, da CF/1988. Justamente por isso, o Enunciado n. 275 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, prevê que “O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, também compreende o companheiro”.

Pelo que consta do próprio enunciado, frise-se que, no caso específico de lesão à imagem do

morto, o art. 20, parágrafo único, do CC também atribui legitimidade aos *lesados indiretos*, mas apenas faz menção ao cônjuge, aos ascendentes e aos descendentes, também devendo ser incluído o companheiro pelas razões antes demonstradas.

De fato, pelo que consta expressamente da lei, os colaterais até quarto grau não teriam legitimação para a defesa de tais direitos, conclusão a que chegou o Enunciado n. 5 do CJP/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, cujo teor segue, de forma destacada:

“Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regradar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12”.

Pelo teor do último enunciado transcrito, que consubstancia o entendimento majoritário da doutrina, pode ser concebido o seguinte quadro esquemático:

Lesão à personalidade do morto (art. 12, parágrafo único, do CC)	Lesão à imagem do morto (art. 20, parágrafo único, do CC)
São legitimados, pela atual redação do Código Civil, os ascendentes, descendentes, o cônjuge e os colaterais até quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos e primos) . Não há menção ao companheiro, injustificadamente.	São legitimados, pela atual redação do Código Civil, os ascendentes, os descendentes e o cônjuge. Injustificadamente, não há menção ao companheiro e aos colaterais.

A questão é controversa, pois afinal de contas o conceito de imagem (incluindo a imagem-retrato e a imagem-atributo) encontra-se muito ampliado. Nesse contexto, haverá enormes dificuldades em enquadrar a situação concreta no art. 12 ou no art. 20 do Código Civil. Não obstante, pode-se até entender que os dispositivos trazem apenas relações exemplificativas dos legitimados extraordinariamente para os casos de lesão à personalidade do morto. Assim, é forçoso concluir que os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, comunicam-se entre si. Comentando o último comando, leciona Silmara Chinellato, à quem se filia, que “anoto que a legitimação aqui é menos extensa do que naquele parágrafo, já que omite os colaterais. É sustentável admitir a legitimação também a eles, bem como aos companheiros, uma vez que o art. 12 se refere genericamente à tutela dos direitos da personalidade, entre os quais se incluem os previstos pelo art. 20” (CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil...*, 3. ed., 2010, p. 46-47).

Esse último entendimento afasta a rigidez do quadro exposto. Adotando essa ideia de flexibilização, independente da ordem de vocação hereditária, transcreve-se julgado do Tribunal Mineiro, que analisou lesão à personalidade do morto pela violação de sepultura:

“Direito administrativo. Apelações. Violação de sepultura em cemitério municipal. Violação

de urna funerária. Responsabilidade objetiva do Estado. Situação causadora de dano moral. Irmão do morto. Legitimidade. Dano moral de natureza gravíssima. Majoração da indenização. Possibilidade. Multa diária. Previsão legal. Juros. Percentual. Honorários advocatícios. Redução. Possibilidade. Recursos parcialmente providos. O artigo 12, parágrafo único, do Código Civil, autoriza qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, a pleitear indenização por danos morais, quando se tratar de reflexos de direitos da personalidade do morto, sendo que o dispositivo não condiciona o ajuizamento da ação à observância da ordem de vocação hereditária a violação de sepultura e de urna funerária configura dano moral de natureza grave, de forma que, se as violações ocorreram por ordem de servidor público municipal, nas dependências de cemitério público municipal, é certo que o município responde objetivamente pelos danos morais causados ao irmão do morto” (TJMG, Apelação cível 1.0699.07.071912-4/0021, Ubá, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 05.02.2009, *DJEMG* 27.02.2009).

Ato contínuo, por bem, adotando a flexibilidade da ordem prevista nos comandos, na *V Jornada de Direito Civil* (novembro de 2011), aprovou-se o enunciado proposto pelo Professor André Borges de Carvalho Barros, com o seguinte teor: “As medidas previstas no artigo 12, parágrafo único, do Código Civil, podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma” (Enunciado n. 398).

Partindo para a prática, um dos julgados mais conhecidos a respeito da tutela da personalidade do morto é o relativo ao livro *Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha*, em que se tutelou os direitos das filhas do jogador, reparando-as por danos morais sofridos em decorrência de afirmações feitas na publicação. Vejamos a ementa:

“Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido” (STJ, REsp 521.697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 16.02.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 276).

Mais recentemente, em 10 de abril de 2012, sentença de primeira instância da 7.^a Vara Cível de Aracaju, Sergipe, proibiu a vinculação do livro *Lampião – o mata sete*, estudo histórico realizado pelo advogado Pedro de Moraes que afirma que Lampião era homossexual e constantemente traído por sua mulher, Maria Bonita. A ação foi proposta pela única filha do casal, Expedida Ferreira

Nunes, concluindo o magistrado Aldo Albuquerque de Melo que, “conjugando o art. 5.º, X, da Constituição Federal com o art. 20, parágrafo único do Código Civil, verifica-se facilmente a ilicitude da conduta do requerido em pretender divulgar e publicar uma biografia de Lampião, sem autorização dos titulares do direito de imagem, no caso, a requerente” (processo n. 201110701579). Como as figuras relatadas no livro são históricas, fica em xeque a ponderação realizada pelo julgador, uma vez que há um interesse coletivo no estudo realizado pelo advogado e escritor. Com o devido respeito, *a priori*, o presente autor não se filia à decisão prolatada.

O art. 13 do CC/2002 e seu parágrafo único preveem o direito de disposição de partes separadas do próprio corpo em vida para fins de transplante, ao prescrever que, “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”.

O dispositivo em questão serve *como uma luva* para os casos de correção ou adequação de sexo do transexual. Como se sabe, o transexualismo é reconhecido por entidades médicas como sendo uma patologia, pois a pessoa tem “um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ao autoextermínio” (Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina). O transexual constitui uma forma de *wanna be*, pois a pessoa *quer ser* do outro sexo, havendo choques psíquicos graves atormentando-a. A Resolução do CFM não considera ilícita a realização de cirurgias que visam à adequação do sexo, geralmente do masculino para o feminino, autorizando a sua realização em nosso País.

Na verdade, quanto à eventual adequação de sexo do indivíduo, à luz do artigo do Código Civil transcrito, podem ser feitas duas interpretações. A primeira, mais liberal, permite a mudança ou adequação do sexo masculino para o feminino, eis que muitas vezes a pessoa mantém os referidos choques psicológicos graves, havendo a necessidade de alteração, até para evitar que a mesma se suicide (ALVES, Jones Figueirêdo; Delgado, Mário Luiz. *Código Civil anotado...*, 2005, p. 27).

Entretanto, a segunda parte do dispositivo veda a disposição do próprio corpo se tal fato contrariar os *bons costumes*, conceito legal indeterminado. De acordo com uma visão mais conservadora, a mudança de sexo estaria proibida. Assim entende, por exemplo, Inácio de Carvalho Neto (*Curso de direito civil...*, v. I, p. 134).

Relativamente a tal discussão, este autor é adepto da primeira corrente, inclusive pelo reconhecimento, de acordo com o Enunciado n. 6 do CJF/STJ também da *I Jornada*, que o bem-estar mencionado no dispositivo pode ser físico ou psicológico do disponente. Mais especificamente, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 276, prevendo que:

“O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Essa alteração do prenome e do registro civil é reconhecida pela jurisprudência estadual de forma ampla, em prol da proteção da dignidade humana. Por todos esses julgados, podem ser transcritos os seguintes, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Retificação de registro civil (assento de nascimento) – Transexualismo (ou disforia de gênero) – Sentença que autorizou a modificação do prenome masculino para feminino – Controvérsia adstrita à alteração do sexo jurídico no assento de nascimento – Admissibilidade – Cirurgia autorizada diante da necessidade de adequação do sexo morfológico e psicológico – Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a negativa de alteração do sexo originalmente inscrito na certidão – Evidente, ainda, o constrangimento daquele que possui o prenome ‘VANESSA’, mas que consta no mesmo registro como sendo do sexo masculino – Ausência de prejuízos a terceiros – Sentença que determinou averbar nota a respeito do registro anterior – Decisão mantida – Recurso improvido” (TJSP, Ap. Cív. com Revisão n. 439.257-4/3-00, Relator Salles Rossi, data do registro: 10.05.2007).

“Registro civil. Retificação. Assento de nascimento. Transexual. Alteração na indicação do sexo. Deferimento. Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar. Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inserto na certidão de nascimento. Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental. Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual. Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts. 1.º, III, e 3.º, IV, da CF. Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo” (TJSP, Ap. Cív. 209.101-4, Espírito Santo do Pinhal, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elliot Akel, j. 09.04.2002 – v.u.).

A questão se consolidou de tal forma até chegar ao Superior Tribunal de Justiça, que em 2009 passou a entender na mesma linha. Assim, do *Informativo* n. 415 daquele Tribunal, colaciona-se, mencionando precedente anterior, publicado no seu *Informativo* n. 411:

“Registro civil. Retificação. Mudança. Sexo. A questão posta no REsp cinge-se à discussão sobre a possibilidade de retificar registro civil no que concerne a prenome e a sexo, tendo em vista a realização de cirurgia de transgenitalização. A Turma entendeu que, no caso, o transexual operado, conforme laudo médico anexado aos autos, convicto de pertencer ao sexo feminino, portando-se e vestindo-se como tal, fica exposto a situações vexatórias ao ser chamado em público pelo nome masculino, visto que a intervenção cirúrgica, por si só, não é capaz de evitar constrangimentos. Assim, acentuou que a interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos confere amparo legal para que o recorrente obtenha autorização judicial a fim de alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, ou seja, o pretendido nome feminino. Ressaltou-se que não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial, como fez o Tribunal *a quo*, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. Afirmou-se que se deter o julgador a uma codificação generalista, padronizada,

implica retirar-lhe a possibilidade de dirimir a controvérsia de forma satisfatória e justa, condicionando-a a uma atuação judicante que não se apresenta como correta para promover a solução do caso concreto, quando indubitável que, mesmo inexistente um expresse preceito legal sobre ele, há que suprir as lacunas por meio dos processos de integração normativa, pois, atuando o juiz *supplendi causa*, deve adotar a decisão que melhor se coadune com valores maiores do ordenamento jurídico, tais como a dignidade das pessoas. Nesse contexto, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais expressos da Constituição de 1988, especialmente os princípios da personalidade e da dignidade da pessoa humana, e levando-se em consideração o disposto nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução, decidiu-se autorizar a mudança de sexo de masculino para feminino, que consta do registro de nascimento, adequando-se documentos, logo facilitando a inserção social e profissional. Destacou-se que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações feitas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar, nas certidões do registro público competente, nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco de que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, evitando, assim, a exposição do recorrente a situações constrangedoras e discriminatórias” (STJ, REsp 737.993/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.11.2009. Ver *Informativo n. 411*).

Na verdade a adequação de sexo para o transexual é uma verdadeira *necessidade*, não um mero capricho ou anseio pessoal. Trata-se da cura para uma doença, para uma patologia; uma adequação social. Por isso, na visão civil-constitucional, que busca a preservação da dignidade humana, não pode ser afastada essa adequação (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade...*, 2005, p. 190 a 192). Insta lembrar que a situação do transexual não se confunde com a do homossexual (que tem atração sexual por pessoas do mesmo sexo) ou do bissexual (que tem atração por pessoas do mesmo sexo e do sexo oposto, de forma concomitante). Também a situação do hermafrodita, aquele que tem dupla manifestação sexual, deve ser analisada à parte.

Ainda sobre o art. 13 do CC/2002, na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, foi aprovado enunciado doutrinário com teor bem interessante, dispondo que não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica. Isso, desde que a manifestação de vontade tenha sido livre e esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais (Enunciado n. 401).

Na *VI Jornada de Direito Civil*, evento promovido em 2013, o comando voltou a ser debatido, aprovando-se o Enunciado n. 532, *in verbis*: “É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil”. O enunciado doutrinário visa a possibilitar pesquisas com seres humanos, sendo as suas justificativas: “pesquisas com seres humanos vivos são realizadas todos os dias, sem as quais não seria possível o desenvolvimento da medicina e de áreas afins. A Resolução CNS n. 196/1996, em harmonia com o Código de Nuremberg e com a Declaração de Helsinque, dispõe que pesquisas envolvendo seres

humanos no Brasil somente podem ser realizadas mediante aprovação prévia de um Comitê de Ética em Pesquisa – CEP, de composição multiprofissional, e com a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE pelo participante da pesquisa, no qual devem constar informações claras e relevantes acerca do objeto da pesquisa, seus benefícios e riscos, a gratuidade pela participação, a garantia de reparação dos danos causados na sua execução e a faculdade de retirada imotivada do consentimento a qualquer tempo sem prejuízo para sua pessoa”.

Em suma, a viabilidade do reconhecimento legal e jurídico de tais pesquisas com seres humanos estaria fundada nos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002, sempre de forma gratuita.

De acordo com o art. 14 da atual codificação é possível, com objetivo científico ou altruístico (doação de órgãos), a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, podendo essa disposição ser revogada a qualquer momento.

A retirada *post mortem* dos órgãos deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica e depende de autorização de parente maior, da linha reta ou colateral até o 2.º grau, ou do cônjuge sobrevivente, mediante documento escrito perante duas testemunhas (art. 4.º da Lei 9.434/1997 e Lei 10.211/2001). A primeira norma, em sintonia com o que consta do art. 13, parágrafo único, do atual Código Civil, regulamenta questões relacionadas com os transplantes de órgãos.

Quanto a essa retirada, interessante ainda dizer que a nossa legislação adota o *princípio do consenso afirmativo*, no sentido de que é necessária a autorização dos familiares do disponente. A Lei 10.211/2001 veio justamente a afastar a presunção que existia de que todas as pessoas eram doadores potenciais, o que era duramente criticado pela comunidade médica e jurídica.

Contudo, para deixar claro que a decisão de disposição é um ato personalíssimo do disponente, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 277 do CJF/STJ, prevendo que: “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4.º da Lei 9.434/1997 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”. Realmente, o enunciado doutrinário é perfeito. O ato é pessoal do doador, mantendo relação com a liberdade, com a sua autonomia privada. Caso se entendesse o contrário, toda a legislação quanto ao tema seria inconstitucional, por lesão à liberdade individual, uma das especializações da dignidade humana (art. 1.º, inc. III, da CF/1988).

No que diz respeito à revogação dessa autorização, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado elucidativo a respeito dos incapazes, a saber: “O art. 14, parágrafo único, do Código Civil, fundado no consentimento informado, não dispensa o consentimento dos adolescentes para a doação de medula óssea prevista no art. 9.º, § 6.º, da Lei n.º 9.434/97 por aplicação analógica dos arts. 28, § 2.º (alterado pela Lei 12.010/2009), e 45, § 2.º, do ECA” (Enunciado n. 402). Para os fins de esclarecimento, dispõe o art. 9.º, § 6.º, da Lei 9.434/1997 que “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 para a sua saúde”.

Superadas tais questões, como foi exposto, o art. 15 do atual Código consagra os direitos do paciente, valorizando o *princípio da beneficência e da não maleficência*, pelo qual se deve buscar

sempre o melhor para aquele que está sob cuidados médicos ou de outros profissionais de saúde.

Assinale-se que os profissionais da área de saúde assumem, em regra, uma obrigação de meio, o que justifica a sua responsabilização mediante culpa (*responsabilidade subjetiva*), conforme o art. 951 do CC e o art. 14, § 4.º, do CDC. Entretanto, alguns profissionais dessa área, caso do médico cirurgião plástico estético, assumem obrigação de resultado, sendo a sua responsabilidade independente de culpa (*responsabilidade objetiva*), conforme o entendimento constante em alguns julgados (STJ, REsp 81.101/PR, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 13.04.1999, DJ 31.05.1999, p. 140). Todavia, esclareça-se, há quem entenda que, em casos tais, a obrigação de resultado gera culpa presumida, tema que está aprofundado no Volume 2 da presente coleção.

Ainda no que diz respeito ao art. 15 da atual codificação, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013), foi aprovado o Enunciado *n.* 533, segundo o qual “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.

De acordo com as justificativas do enunciado doutrinário, “o crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O ‘risco de vida’ será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão”.

O enunciado acaba por propiciar, por exemplo, a elaboração do testamento vital ou biológico, conforme antes exposto. Sendo assim, em regra, filia-se ao teor da ementa doutrinária transcrita, com a ressalva de que a autonomia privada do paciente deve ser ponderada com outros direitos e valores. Isso deve ocorrer, por exemplo, nos casos de não submissão do paciente a tratamento médico por razões religiosas, tema aqui também outrora analisado.

Os arts. 16 a 19 do CC/2002 tutelam o direito ao nome, sinal ou pseudônimo que representa uma pessoa natural perante a sociedade, contra atentado de terceiros, principalmente aqueles que expõem o sujeito ao desprezo público, ao ridículo, acarretando dano moral ou patrimonial. Sendo o nome reconhecido como um direito da personalidade, as normas que o protegem também são de ordem pública.

Pelo art. 16 todos os elementos que fazem parte do nome estão protegidos:

- o prenome, nome próprio da pessoa (v.g. *Flávio, Enzo, Laís*);

- o sobrenome, nome, apelido ou patronímico, nome de família (v. g. *Monteiro, Tartuce, Silva*);
- a partícula (*da, dos, de*);
- o agnome, que visa perpetuar um nome anterior já existente (*Júnior, Filho, Neto, Sobrinho*).

A proteção de todos esses elementos consta expressamente no art. 17 pelo qual “o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória”. Deve ficar claro, como bem pondera Silmara Chinellato, que a tutela do nome cabe mesmo sendo este utilizado indevidamente, sem que exponha a pessoa ao desprezo público. Por isso, a jurista considera a dicção do preceito um retrocesso, o que é seguido por este autor (CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil...*, 3. ed., 2010, p. 44).

O nome também não pode ser utilizado, sem autorização, para fins de publicidade ou propaganda comercial (art. 18 do CC). Nos dois casos, tratados pelos arts. 17 e 18 do CC, em havendo lesão, caberá reparação civil, fundamentada nos arts. 186 e 927 da codificação privada. Sendo possível, cabem ainda medidas de prevenção do prejuízo.

Nesse sentido, dispõe o Enunciado n. 278, também da *IV Jornada de Direito Civil*, que “A publicidade que venha a divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade”. Para ilustrar, aplicando expressamente o enunciado doutrinário, destaque-se julgado do Tribunal Paulista, que condenou curso de línguas a indenizar o apresentador de televisão Cazé Peçanha no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), pela utilização de sua imagem por meio de sósia: “Utilização simulada de imagem do autor em publicidade. Dano moral configurado. Adequação do valor dos danos morais” (TJSP, Apelação 994.03.015985-0, Acórdão 4402991, São Paulo, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antonio Vilenilson, j. 02.02.2010, *DJESP* 22.04.2010).

O art. 19 do CC/2002 trata da proteção do pseudônimo, nome atrás do qual se esconde um autor de obra artística, literária ou científica. Essa proteção não constitui novidade, pois já constava no art. 24, II, da Lei 9.610/1998, que elenca os direitos morais do autor. Aliás, prevê o art. 27 dessa lei específica que os “direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. Apesar da falta de previsão, deve-se concluir que a proteção constante no art. 19 do Código Civil atinge também o cognome ou alcunha, nome artístico utilizado por alguém, mesmo não constando esse no registro da pessoa. Aplicando tal premissa para uma dupla sertaneja, do Tribunal de São Paulo:

“Medida cautelar. Cautelar inominada. Utilização de nome artístico do autor em nova dupla sertaneja. Impedimento. Requisitos legais. Presença. Pseudônimo adotado para atividades lícitas que goza da mesma proteção dada ao nome. Artigo 19, do Código Civil. Recurso improvido” (TJSP, Agravo de Instrumento 4.021.314/3-00, São Paulo, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Osni de Souza, j. 13.12.2005).

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) traz tratamento específico quanto ao nome. Estabelece o art. 58 dessa lei especial que “o prenome é definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios”. A experiência demonstra, na verdade, que é mais fácil a alteração do prenome do que do sobrenome, sendo certo que o nome, com todos os seus

elementos, envolve tanto preceitos de ordem pública como de ordem privada.

A alteração do nome, mediante ação específica, cuja sentença deve ser registrada no cartório de registro das pessoas naturais, pode ocorrer nos seguintes casos:

- a) Substituição do nome que expõe a pessoa ao ridículo ou a embaraços, inclusive em casos de homônimas (nomes iguais). Exemplos: Jacinto Aquino Rego, Sum Tim Am, João Um Dois Três de Oliveira Quatro, Francisco de Assis Pereira (nome do *Maníaco do Parque*).
- b) Alteração no caso de erro de grafia crasso, perceptível de imediato. Exemplos: Frávio, Orvardo, Cráudio.
- c) Adequação de sexo, conforme entendimento jurisprudencial transcrito.
- d) Introdução de alcunhas ou cognomes. Exemplos: Lula, Xuxa, Tiririca.
- e) Introdução do nome do cônjuge ou convivente.
- f) Introdução do nome do pai ou da mãe, havendo reconhecimento posterior de filho ou adoção.
- g) Para tradução de nomes estrangeiros como John (João) e Bill (Guilherme).
- h) Havendo coação ou ameaça decorrente da colaboração com apuração de crime (proteção de testemunhas), nos termos da Lei 9.807/1999.
- i) Para inclusão do sobrenome de um familiar remoto, conforme o entendimento jurisprudencial (TJMG, Acórdão 1.0024.06.056834-2/001, Belo Horizonte, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, j. 04.09.2007, *DJMG* 19.09.2007). Essa inclusão pode ser necessária para a obtenção de cidadania de outro País. Anote-se, contudo, que a questão não é pacífica na jurisprudência nacional.
- j) Para inclusão do nome de família do padrasto ou madrasta por enteado ou enteada, havendo motivo ponderável para tanto e desde que haja expressa concordância dos primeiros, sem prejuízo de seus apelidos de família (art. 57, § 8.º, da Lei 6.015/1973, incluído pela Lei 11.924/2009, de autoria do falecido Deputado Clodovil Hernandes). Cumpre destacar a existência de decisões judiciais aplicando a louvável inovação (por todos: TJSP, Apelação Cível 0206401-04.2009.8.26.0006, Rel. Des. João Pazine Neto, 3.ª Câmara de Direito Privado, j. 27.08.2013; e TJSC, Acórdão 2010.020381-0, Videira, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 14.07.2011, *DJSC* 03.08.2011, p. 139).

Frise-se que o rol descrito é meramente ilustrativo, pois inúmeras outras situações podem surgir, visando à proteção da identidade da pessoa. A título de exemplo, cite-se o comum entendimento do Superior Tribunal de Justiça em admitir a alteração do registro de nascimento, para nele constar o nome de solteira da genitora, adotado após o divórcio. Conforme a ementa de um dos arestos, “a dificuldade de identificação em virtude de a genitora haver optado pelo nome de solteira após a separação judicial enseja a concessão de tutela judicial a fim de que o novo patronímico materno seja averbado no assento de nascimento, quando existente justo motivo e ausentes prejuízos a terceiros, ofensa à ordem pública e aos bons costumes. É inerente à dignidade da pessoa humana a necessidade de que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, de modo que, havendo lei que autoriza a averbação, no assento de nascimento do filho, do novo patronímico materno em virtude de casamento, não é razoável admitir-se óbice, consubstanciado na

falta de autorização legal, para viabilizar providência idêntica, mas em situação oposta e correlata (separação e divórcio)” (STJ, REsp 1.041.751/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 20.08.2009, *DJe* 03.09.2009. No mesmo sentido: REsp 1.072.402/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 04.12.2012, *DJe* 1.º.02.2013).

Ainda no que concerne ao nome, surge questão controvertida interessante. Isso porque o art. 56 da Lei de Registros Públicos prevê prazo de um ano, contado de quando o interessado atingir a maioria civil, para que o nome seja alterado, desde que isso não prejudique os apelidos da família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

A questão é justamente saber se esse prazo ainda se aplica, eis que o nome constitui um direito da personalidade, o que geraria a imprescritibilidade da pretensão à mudança em alguns casos.

Muito acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela possibilidade de se alterar o nome mesmo após esse prazo, desde haja um motivo plausível para tanto. Vejamos dois julgados nesse sentido:

“Civil. Recurso especial. Retificação de registro civil. Alteração do prenome. Presença de motivos bastantes. Possibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Admite-se a alteração do nome civil após o decurso do prazo de um ano, contado da maioria civil, somente por exceção e motivadamente, nos termos do art. 57, *caput*, da Lei 6.015/73. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 02.12.2004, *DJ* 21.02.2005 p. 170).

“Registro civil. Nome. Alteração pretendida mediante supressão dos patronímicos. Inviabilidade. Após o decurso do primeiro ano da maioria, só se admitem modificações do nome em caráter excepcional e mediante comprovação de justo motivo, circunstâncias não configuradas no caso” (STJ, REsp 439.636/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 15.10.2002, *DJ* 17.02.2003 p. 288).

O art. 20, *caput*, do CC tutela o direito à imagem e os direitos a ele conexos, confirmando a previsão anterior do art. 5.º, V e X, da CF, que assegura o direito à reparação moral no caso de lesão à imagem. Destaque-se, a respeito dos danos morais, que o Superior Tribunal de Justiça editou, em novembro de 2009, a Súmula 403, prevendo que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Assim, tem prevalecido a tese de que em casos tais, de uso indevido de imagem com fins econômicos, os danos morais são presumidos ou *in re ipsa*.

Pois bem, é a redação do dispositivo da codificação civil: “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” (art. 20, *caput*, do CC/2002).

Esclarecendo essa confusa redação, para a utilização da imagem de outrem é necessária autorização, sob pena de aplicação dos princípios da prevenção e da reparação integral dos danos.

Mas essa autorização é dispensável se a pessoa interessar à ordem pública ou à administração da justiça, pelos exatos termos da lei.

Logicamente, o enquadramento da pessoa nessas categorias depende de apreciação pelo magistrado, caso a caso. Nota-se, no art. 20 do CC, a presença de cláusulas gerais em relação aos conceitos de *necessárias à administração da justiça e manutenção da ordem pública*, dentro da ideia da *ontognoseologia jurídica* de Miguel Reale. Nesse sentido, deverá o magistrado aplicar a norma, tendo com base fatos (repercussões sociais da pessoa) e valores (da sociedade e próprios).

Lembre-se, mais uma vez, que a imagem da pessoa pode ser classificada em *imagem-retrato* – a fisionomia de alguém, o que é refletido no espelho – e *imagem-atributo* – a soma de qualificações do ser humano, o que ele representa para a sociedade. Ambas as formas de imagem parecem estar protegidas no *criticável* art. 20 do CC.

Criticável, pois deve ficar claro que esse artigo não exclui o direito à informação e à liberdade de expressão, protegidos no art. 5.º, IV, IX e XIV, da CF/1988. Nesse sentido, comentam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes que “o dispositivo há de ser interpretado sistematicamente, admitindo-se a divulgação de outro direito fundamental, especialmente o direito à informação – compreendido a liberdade de expressão e o direito a ser informado. Isto porque tal direito fundamental é também tutelado constitucionalmente, sendo essencial ao pluralismo democrático. Daqui decorre uma presunção de interesse público nas informações veiculadas pela imprensa, justificando, em princípio, a utilização da imagem alheia, mesmo na presença de finalidade comercial, que acompanha os meios de comunicação no regime capitalista” (*Código Civil interpretado...*, 2004, v. I, p. 53). Além disso, como relata Anderson Schreiber, há no art. 20 do Código Civil uma restrição muito rígida, com privilégio excessivo à vontade do retratado (*Direitos...*, 2011, p. 103).

Partilhando dessas ideias, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 279 do CJP/STJ, no seguinte sentido:

“A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

De acordo com o enunciado doutrinário, recomenda-se prudência na análise das questões envolvendo a divulgação de notícias sobre determinadas pessoas, sendo interessante ponderar os direitos protegidos no caso concreto (*técnica de ponderação*). De qualquer forma, deve-se dar prevalência à divulgação de imagens que sejam verdadeiras, desde que elas interessem à coletividade. Pode-se falar, assim, em *função social da imagem*.

Partindo para a prática da ponderação relativa ao dilema (*direito à imagem x direito à informação*), concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada no seu *Informativo* n. 396, que “Há, na questão, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5.º, IV), bem como a livre manifestação desse pensamento (art. 5.º, IX) e o acesso à informação (art. 5.º, XIV). Esses direitos salvaguardam

a atividade da recorrente. No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhe sejam causados (art. 5.º, X). Para a solução do conflito, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora. (...) Na hipótese, constata-se que a reportagem da recorrente, para sustentar essa sua afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia-crime e a opinião de um procurador da República. Ademais, os autos revelam que o próprio repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulgava-se em cadeia nacional. Acresça-se a isso que o próprio recorrido revela que uma de suas empresas foi objeto de busca e apreensão. Ao público, foram dadas as duas versões do fato: a do acusador e a do suspeito. Os elementos que cercaram a reportagem também mostravam que havia fatos a serem investigados. O processo de divulgação de informações satisfaz o verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. Desse modo, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado altere-se. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, mostre-se improcedente. Por esses motivos, deve-se concluir que a conduta da recorrente foi lícita, havendo violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002. (...)” (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009).

Mais recentemente, com base na doutrina de Anderson Schreiber, o mesmo STJ aduziu os critérios que devem ser levados em conta para a correta ponderação nos casos envolvendo a imprensa e a divulgação de informações: “O Min. Relator, com base na doutrina, consignou que, para verificação da gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser analisados: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação. De outra parte, o direito de informar deve ser garantido, observando os seguintes parâmetros: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida” (REsp 794.586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.2012. Publicação no *Informativo* n. 493 do STJ). Os pontos destacados pela *decisio* servem como complemento ao mencionado Enunciado n. 279, da *IV Jornada de Direito Civil*, antes destacado.

Na verdade, com a declaração de inconstitucionalidade por não recepção da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal (*Informativo* n. 544 do STF), as questões civis relativas à vinculação de notícias e de informações devem ser resolvidas pelo caminho da técnica de ponderação, o que traz grandes desafios para os aplicadores do Direito em geral.

Partindo para outra concreção relativa à matéria, no que concerne à pessoa notória, um artista

famoso, por exemplo, a notícia pode até ser vinculada, desde que isso não gere uma devassa ou arruíne a sua vida. Presente prejuízo à dignidade humana, serão aplicados os princípios da prevenção e da reparação integral, também constantes no art. 20 do CC.

De toda sorte, nos últimos anos de vigência da lei geral privada, têm-se colocado em xeque a incidência do seu art. 20, pois o conteúdo da norma tem implicado verdadeira censura, notadamente de obras biográficas de figuras históricas e que despertam o interesse coletivo.

Nessa realidade, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o referido dispositivo, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação é no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, “para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo”. A petição inicial é acompanhada de parecer muito bem construído pelo Professor Gustavo Tepedino, contando com o apoio deste autor.

Em sentido próximo, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, em maio de 2013, o texto do Projeto de Lei 393/2011. A proposição tende a acrescentar outro parágrafo ao art. 20 do CC/2002, dispondo que “a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade”.

Seguindo na análise dos seus preceitos, o Código Civil tutela, em seu art. 21, o direito à intimidade prescrevendo que a vida privada da pessoa natural é inviolável (art. 5.º, X, da CF/1988). De qualquer forma, esse direito não é absoluto, devendo ser ponderado com outros valores, sobretudo constitucionais. Como bem leciona Anderson Schreiber, “a norma diz pouco para o seu tempo. Como já se enfatizou em relação aos direitos da personalidade em geral, o desafio atual da privacidade não está na sua afirmação, mas na sua efetividade. A mera observação da vida cotidiana revela que, ao contrário da assertiva retumbante do art. 21, a vida privada da pessoa humana é violada sistematicamente. E, às vezes, com razão” (*Direitos...*, 2011, p. 136-137). Logo a seguir, o jurista cita o exemplo da necessidade de se passar a bagagem de mão no raio-x dos aeroportos, por razão de segurança.

Em havendo lesão ou excesso, caberá medida judicial, devendo o Poder Judiciário adotar as medidas visando a impedir ou cessar a lesão. Eventualmente caberá reparação civil integral, conforme o art. 12 do diploma civil e a Súmula 37 do STJ, anteriormente analisados. Em suma, o dispositivo também consagra a prevenção e a reparação integral.

O conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo o segundo um conceito maior e gênero, como demonstra Silmara Juny Chinellato. Assim sendo, de acordo com as lições da Professora Titular da USP, as categorias podem ser expostas por círculos concêntricos, havendo ainda um círculo menor constituído pelo *direito ao segredo* (CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil...*, 2010, p. 47).

Em relação ao direito ao segredo, conforme pontua Adriano De Cupis, “O direito ao segredo constitui um aspecto particular do direito ao resguardo. Certas manifestações da pessoa destina-se a conservar-ser completamente inacessíveis ao conhecimento de outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito o divulgar tais manifestações, mas também o tomar delas conhecimento, e o revelá-las, não importa a quantas pessoas”. (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...*, 1961, p. 147).

Nas páginas seguintes, a clássica obra italiana analisa a questão do segredo na *correspondência epistolar* – por carta –, sob três perspectivas: *a)* o direito de propriedade material sobre a carta a favor de seu destinatário; *b)* o eventual direito de autor do remetente; *c)* o direito ao segredo epistolar, relativo tanto ao remetente quanto ao destinatário (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...*, 1961, p. 147-157). Atualizando tal estudo, tais conclusões servem para as mensagens eletrônicas enviadas pela internet.

Como não poderia ser diferente, a intimidade envolve questões polêmicas, principalmente no que concerne à dificuldade em saber até que ponto vai a privacidade da pessoa e quais seriam as suas limitações.

Exemplificando, cite-se o acórdão do TST, do ano de 2005, que legitimou o empregador a fiscalizar o e-mail corporativo, aquele colocado à disposição do empregado no ambiente de trabalho:

“Prova ilícita. *E-mail* corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, somando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito

de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à Internet e sobre o próprio provedor. Insta estar presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5.º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento” (Tribunal Superior do Trabalho, RR 613/2000-013-10-00, DJ 10.06.2005, Primeira Turma, Rel. João Oreste Dalazen).

O julgado transcrito, na verdade, divide a comunidade jurídica. Fica clara a aplicação da técnica de ponderação. Alguns entendem que deve prevalecer o direito à intimidade do empregado, outros que prevalece o direito de propriedade do empregador. Ressalte-se que tanto a privacidade quanto a propriedade são protegidas pela Constituição Federal. A questão é delicada justamente por envolver a ponderação entre direitos fundamentais. Alterando-se os fatores fáticos, obviamente a ponderação deve ser feita de forma distinta, na esteira das lições de Robert Alexy a respeito do tema.

Demonstrando como a questão é polêmica e como os fatores fáticos podem alterar a ponderação, em 2012, o mesmo Tribunal Superior do Trabalho confirmou a premissa da possibilidade de fiscalização. Todavia, asseverou o novo acórdão que “a fiscalização sob equipamentos de computador, de propriedade do empregador, incluído o correio eletrônico da empresa, podem ser fiscalizados, desde que haja proibição expressa de utilização para uso pessoal do equipamento, nos regulamentos da empresa. Nesta hipótese, temos a previsão do poder diretivo, com base no bom senso e nos estritos termos do contrato de trabalho, com respeito à figura do empregado como pessoa digna e merecedora de ter seus direitos personalíssimos irrenunciáveis e inalienáveis, integralmente resguardados pelo Estado Democrático de Direito. Ainda a título de ilustração, registramos que a doutrina tem entendido que o poder diretivo do empregador decorre do direito de propriedade (art. 5.º, XXII, da CF). Este poder, no entanto, não é absoluto, encontra limitações no direito à intimidade do empregado (art. 5.º, X, da CF), bem como na inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefonemas (art. 5.º, XII, da CF), igualmente garantias constitucionais, das quais decorre o direito de resistência a verificação de sua troca de dados e navegação eletrônica” (TST, RR – 183240-61.2003.5.05.0021, Segunda Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 05.09.2012).

Como no caso analisado a reclamada apropriou-se de computador de sua propriedade – que se encontrava mediante comodato, sob a guarda e responsabilidade de empregado seu, que exercia poderes especiais em nome do empregador –, julgou-se que houve excesso por parte do empregador, que “agiu com abuso de direito, não respeitando o bem jurídico ‘trabalho’, a função social da

propriedade, a função social do contrato do trabalho, dentre outros valores contemplados pela Constituição Federal de 1988”. *In casu*, o empregado foi indenizado em R\$ 60.000,00 pelos prejuízos imateriais sofridos em decorrência do ato do empregador.

Seguindo no estudo do tema, anote-se que na *V Jornada de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados bem interessantes a respeito da proteção da intimidade e de *dados sensíveis*. O primeiro tem o seguinte conteúdo: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas” (Enunciado n. 404). O segundo foi assim elaborado: “As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular” (Enunciado n. 405).

Encerrando a presente seção, é preciso deixar consignado que a proteção aos direitos da personalidade está intimamente ligada à honra da pessoa humana, que também tem classificação interessante no âmbito jurídico:

- a) *honra subjetiva*: a autoestima, o que o sujeito pensa de si;
- b) *honra objetiva*: a repercussão social, o que os outros pensam de alguém. Conceito similar à imagem-atributo.

A divisão segue a ideia concebida por Adriano De Cupis, para quem “A honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal” (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade...*, 1961, p. 111).

Repise-se mais uma vez que os arts. 11 a 21 do CC/2002 são normas de ordem pública e interesse social. As matérias ali deduzidas não poderão ser afastadas por força de contrato ou outro negócio jurídico. Dessa forma, poderá o juiz, de ofício, declarar tal proteção em eventual ação que tem como objeto direito inerente à dignidade da pessoa humana.

3.3 DOMICÍLIO DA PESSOA NATURAL

As regras quanto ao domicílio da pessoa natural constam entre os arts. 70 a 78 do CC. O tema traz algumas confusões, sendo necessários esclarecimentos conceituais.

Inicialmente o domicílio pode ser definido como o local em que a pessoa pode ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, definindo Maria Helena Diniz como sendo “a sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos” (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 106).

A concepção do domicílio, dessa forma, relaciona-se com outros conceitos, como o de residência e de moradia (este último também conceituado como habitação). O domicílio, em regra, é o local em que a pessoa se situa, permanecendo a maior parte do tempo com ânimo definitivo. Por regra, pelo que consta do art. 70 do CC o domicílio da pessoa natural é o local de sua residência. No domicílio

há dois elementos: um *subjetivo*, formado pelo ânimo de permanência; e outro *objetivo*, constituído pelo estabelecimento da pessoa.

Por outra via, a habitação ou moradia é o local em que a pessoa é eventualmente encontrada, não correspondendo sempre à sua residência ou domicílio. A título de exemplo, um turista a passeio no Brasil não tem aqui o seu domicílio ou residência, mas apenas uma moradia provisória, tendo em vista a sua breve partida. Não há o elemento subjetivo, o que afasta a caracterização como residência. Aliás, o domicílio de uma pessoa que não tenha residência física (um circense, um cigano, um peregrino, um nômade) é o local em que ela for encontrada, ou seja, o local de sua habitação ou moradia (art. 73 do CC).

Eventualmente, de acordo com o art. 71 do Código em vigor, a pessoa pode possuir dois ou mais locais de residência, onde alternadamente viva, considerando-se seu domicílio qualquer um desses locais. O Código de Processo Civil tem regra que mantém estreita ligação com tal preceito, pela previsão do seu art. 94, § 1.º, nos seguintes termos: “Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles”.

Conforme será visto, o elemento residência é primordial para a caracterização do bem de família legal, previsto pela Lei 8.009/1990, sendo certo que é impenhorável o único imóvel, urbano ou rural, utilizado como residência da entidade familiar (art. 1.º da referida lei). Como exceção, havendo dois imóveis utilizados para residência, à luz do que consta no art. 71 da codificação, estará protegido o de menor valor (art. 5.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald não se pode desassociar o domicílio da questão da dignidade da pessoa humana, eis que “na visão civil-constitucional, reforça-se a grande importância do domicílio em face da grande ameaça da vida ‘tornar-se pública’, passando a casa a representar o ‘refúgio dos refúgios’, acobertada pela inarredável característica da inviolabilidade, tornando-se uma ‘fortaleza da privacy’, verdadeiro templo das coisas íntimas” (*Direito Civil. Teoria Geral...*, 2006, p. 213). Concorde-se com suas palavras, sendo pertinente lembrar a proteção da intimidade, que consta do art. 21 do CC. Por certo que o domicílio inclui também o endereço eletrônico, o *e-mail*, que, do mesmo modo, merece ampla proteção, inclusive como um direito de personalidade.

A pluralidade domiciliar também está reconhecida pelo que consta no art. 72 do CC, pois o local em que a pessoa exerce a sua profissão também deve ser tido como seu domicílio (*domicílio profissional*). Se a pessoa exercitar a sua profissão em vários locais, todos também serão tidos como domicílios, o que amplia mais ainda as possibilidades antes vistas.

De acordo com essa inovação, e porque a grande maioria das pessoas tem uma residência e outro local onde exerce sua profissão ou trabalha, em regra, a pessoa tem dois domicílios e não somente um como outrora, interpretação essa que era retirada do que constava no Código Civil de 1916.

Segundo o art. 74, *caput*, do atual Código Civil, cessando os elementos objetivo e subjetivo do domicílio, ocorre a sua mudança, desde que haja *animus* por parte da pessoa. Enuncia esse dispositivo que “Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar”. A prova dessa intenção será feita pelas declarações da pessoa às municipalidades dos lugares que deixa ou para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem (art. 74, parágrafo único, do CC). Exemplificando, a alteração

de domicílio eleitoral, como regra, vale como prova. Acredita-se que o parágrafo único do art. 74 traz uma presunção legal *iuris tantum*, aquela que eventualmente admite prova em contrário por outros meios.

Finalizando o presente tópico, quanto à origem, é interessante vislumbrar a seguinte classificação do domicílio da pessoa natural:

- a) *Domicílio voluntário*: é aquele fixado pela vontade da pessoa, como exercício da autonomia privada, tendo em vista as regras anteriormente estudadas.
- b) *Domicílio necessário ou legal*: é o imposto pela lei, a partir de regras específicas que constam no art. 76 do Código Civil. Deve ficar claro que o domicílio necessário não exclui o voluntário, sendo as suas hipóteses de imposição normativa:
 - o domicílio dos absolutamente e relativamente incapazes (arts. 3.º e 4.º do CC) é o mesmo dos seus representantes;
 - o domicílio do servidor público ou funcionário público é o local em que exercer, com caráter permanente, as suas funções;
 - o domicílio do militar é o do quartel onde servir ou do comando a que se encontrar subordinado (sendo da Marinha ou da Aeronáutica);
 - o domicílio do marítimo ou marinheiro é o do local em que o navio estiver matriculado;
 - o domicílio do preso é o local em que cumpre a sua pena.
- c) *Domicílio contratual ou convencional*: é aquele previsto no art. 78 do CC, pelo qual, “nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”. A fixação desse domicílio para um negócio jurídico acaba repercutindo para a questão do foro competente para apreciar eventual discussão do contrato, razão pela qual se denomina tal previsão como *cláusula de eleição de foro*.

Relativamente à *cláusula de eleição de foro*, muito comum nos contratos bancários e de natureza financeira, algumas palavras devem ser ditas. No caso de contratos de consumo, sendo reconhecido o direito dos consumidores proporem ações de responsabilidade civil ou de outra natureza (conforme jurisprudência) em seu domicílio, nos termos do art. 101, I, da Lei 8.078/1990, não vale previsão em contrário inserida na dita cláusula, que deve ser tida como cláusula abusiva, nos termos do art. 51, IV e XV, do mesmo CDC.

Ao lado dessa previsão, há muito tempo se discutia na jurisprudência a validade da cláusula de eleição de foro quando se tratasse de um contrato de adesão que não assumia a forma de contrato de consumo. Anote-se que o contrato de adesão é aquele que tem o conteúdo imposto unilateralmente por uma das partes, conceito que não se confunde necessariamente com o contrato de consumo, cuja construção é retirada dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990.

Com todo o respeito que merecia eventual posicionamento ao contrário, sempre entendemos que a cláusula de eleição de foro não teria aplicação quando o contrato assumisse esta natureza, renunciando eventual aderente e devedor ao direito de demandar ou ser demandado no seu domicílio.

Primeiro, porque é direito reconhecido ao devedor a possibilidade de ser demandado no foro do seu domicílio, segundo o art. 94 do CPC. Segundo, porque a obrigação, regra geral, deve ser cumprida no domicílio do devedor, tendo natureza quesível ou *quérable*, conforme o art. 327 do CC, salvo previsão em contrário em contrato paritário. Haveria, portanto, renúncia a direito inerente ao negócio em casos tais, o que levaria à nulidade de tais cláusulas, inseridas nos contratos de adesão, nos termos do art. 424 do CC (“Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”).

Ora, é direito inerente à condição de devedor a possibilidade de o aderente responder, quando assumir esta posição obrigacional, no foro do seu domicílio. Dessa forma, sempre entendemos que não poderia prevalecer a cláusula pactuada. Da jurisprudência, concluindo da mesma forma, transcreve-se:

“Foro de eleição. Demanda objetivando a revisão de contrato bancário proposta no Juízo do principal estabelecimento do banco réu, em São Paulo, Capital. Relação de consumo caracterizada. Aplicação, no caso, do princípio da facilitação do consumidor. Desconsideração da cláusula de eleição de foro estabelecido em contrato de adesão, padrão, impresso. Exceção de incompetência rejeitada. Recurso provido” (1.º TACSP, AI 1.160.771-5-SP, Rel. Juiz Oséias Viana, j. 26.02.2003, *Boletim AASP* n. 2.365, 3 a 9 de maio de 2004, p. 861).

Pois bem, todo esse raciocínio foi confirmado pela Lei 11.208/2006, que introduziu o art. 112, parágrafo único, do CPC, pelo qual a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão pode ser conhecida de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o domicílio do réu.

O novo dispositivo traz como conteúdo a *eficácia interna da função social dos contratos*, entre as partes contratantes (art. 421 do CC e Enunciado n. 360 da *IV Jornada de Direito Civil*), em prol da parte vulnerável da relação contratual, ou seja, do aderente. Por essa proteção, dando efetividade ao princípio em questão, a alteração legislativa é louvável e merece aplausos.

Encerrada essa pertinente análise, bem como o estudo do domicílio da pessoa natural, passa-se ao último tópico do capítulo, analisando as regras atinentes à cessação da personalidade, a morte da pessoa natural.

3.4 MORTE DA PESSOA NATURAL

A morte põe fim, regra geral, à personalidade. De qualquer forma, como antes exposto, alguns direitos do morto permanecem, diante da possibilidade de os lesados indiretos pleitearem indenização por lesão à honra ou imagem do *de cuius* (art. 12, parágrafo único; art. 20, parágrafo único, ambos do CC). Em resumo, pode-se afirmar que o morto tem *resquícios de personalidade civil*, não se aplicando o art. 6.º da codificação aos direitos da personalidade.

Nesse sentido, passa-se a tratar dos casos de morte civil previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a saber:

- a) morte real;
- b) morte presumida *sem* declaração de ausência (justificação); e

c) morte presumida *com* declaração de ausência.

Vejam os tais categorias e as regras específicas correspondentes.

3.4.1 Morte real

O fim da personalidade da pessoa natural, como se sabe, dá-se pela morte, conforme a regra do art. 6.º do CC, pelo qual “a existência da pessoa natural termina com a morte”. A lei exige, dessa forma, a morte cerebral (morte real), ou seja, que o cérebro da pessoa pare de funcionar. Isso consta, inclusive, do art. 3.º da Lei 9.434/1997, que trata da morte para fins de remoção de órgãos para transplante.

Para tanto, é necessário um laudo médico, visando à elaboração do atestado de óbito, a ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, nos termos do art. 9.º, I, da codificação.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) fixa os parâmetros para a elaboração de tal documento. A sua exigência está contida no art. 77 da referida lei, sendo certo que “nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito”. O art. 79 da LRP traz as pessoas obrigadas a fazer a declaração de óbito, a saber:

- Os chefes familiares (pai e mãe), em relação aos seus filhos, hóspedes, agregados ou empregados.
- Um cônjuge em relação ao outro.
- O filho a respeito dos pais.
- O irmão a respeito dos irmãos.
- O administrador, diretor ou gerente de pessoa jurídica de direito público ou privado, a respeito das pessoas que falecerem em sua sede, salvo se estiver presente no momento algum dos parentes antes indicados.
- Na falta de pessoa competente, as pessoas que tiverem assistido aos últimos momentos do falecido.
- O médico, o sacerdote ou o vizinho que tiver tido notícia do falecimento.
- A autoridade policial, a respeito das pessoas encontradas mortas.

O atestado de óbito deverá conter (art. 80 da Lei de Registros Públicos):

- a) dia, mês, ano e hora (se for possível) do falecimento;
- b) lugar do falecimento, com indicação precisa;
- c) o nome completo, sexo, idade, cor, estado civil, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto;
- d) sendo o *de cujus* casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo estando os mesmos separados judicialmente; se era viúvo o falecido, o nome do cônjuge premorto, devendo

- constar a referência quanto ao cartório do casamento nos dois casos;
- e) os nomes completos, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais;
 - f) se faleceu com testamento conhecido;
 - g) se deixou filhos, nome e idade de cada um;
 - h) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, como o nome dos atestantes;
 - i) o lugar do sepultamento;
 - j) se deixou bens e herdeiros menores ou interditados;
 - k) se era eleitor;
 - l) pelo menos uma informação quanto a documentos identificadores.

A prática tem demonstrado que alguns dos dados acima são dispensáveis, como aqueles relacionados com a qualificação das partes. De qualquer forma, tais elementos são fundamentais, eis que a morte real gera efeitos importantes para a órbita civil, como aqueles elencados por Maria Helena Diniz, a saber: “1) dissolução da sociedade conjugal (Lei 6.515/1977 e CC, art. 1.571, I) e do regime matrimonial; 2) extinção do poder familiar (CC, art. 1.635, I); dos contratos personalíssimos, como locação de serviços (CC, art. 607), e mandato (CC, art. 682, II; STF, Súmula 25); 3) cessação da obrigação de alimentos, com o falecimento do credor, pois, com o devedor, seus herdeiros assumirão os ônus até as forças da herança (Lei 6.515/1977, art. 23; CC, art. 1.700; *RJTJSP* 82:38; *RT* 574:68); da obrigação de fazer, quando convencionado o cumprimento pessoal (CC, arts. 247 e 248), do pacto de preempção (CC, art. 560); 4) extinção do usufruto (CC, art. 1.410, I; CPC, art. 1.112, VI); da doação em forma de subvenção periódica (CC, art. 545); do encargo da testamentaria (CC, art. 1.985); do benefício da justiça gratuita (Lei 1.060/1950)” (*Curso de direito civil brasileiro*, 2002, v. I, p. 198).

O próprio art. 6.º do CC/2002, segunda parte, disciplina que o ausente deve ser tratado como se morto fosse, havendo declaração de morte presumida, nos termos dos arts. 22 a 39 da codificação. O ausente, assim, não pode ser tratado como absolutamente incapaz, conforme fazia a codificação anterior.

3.4.2 Morte presumida sem declaração de ausência. A justificação

O art. 7.º do CC prevê dois casos de morte presumida, sem declaração de ausência, a saber:

- Desaparecimento do corpo da pessoa, sendo extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
- Desaparecimento de pessoa envolvida em campanha militar ou feito prisioneiro, não sendo encontrado até dois anos após o término da guerra.

O art. 7.º, I, do CC, tem aplicação perfeita nos casos envolvendo desastres, acidentes, catástrofes naturais, sendo certo que o parágrafo único desse dispositivo preconiza que a declaração de morte somente será possível depois de esgotados todos os meios de buscas e averiguações do corpo da pessoa, devendo constar da sentença a data provável da morte da pessoa natural.

Nesse sentido, é de se seguir o posicionamento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem esse dispositivo (art. 7.º do CC) equivale ao art. 88 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), que já tratava da morte por *justificação* (*Código Civil comentado...*, 2005, p. 166). Para fins didáticos, é interessante transcrever o teor da regra específica da LRP, que foi encampada pela novel codificação: “Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único: Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do art. 85 e os fatos que convençam a ocorrência do óbito”.

Como há certa discrepância entre o art. 7.º do CC e o art. 88 da LRP, entendemos que não houve revogação, nos termos da segunda parte do art. 2.043 do CC. Os dois dispositivos continuam em vigor, tratando da morte por *justificação*, em *diálogo de complementaridade* (*diálogo das fontes*). A presunção contida em tais dispositivos é legal e relativa, *iuris tantum*, admitindo prova em contrário, pelo próprio retorno da pessoa viva.

Nos casos de justificação, há uma presunção quanto à própria existência da morte, não sendo necessário o aguardo do longo prazo previsto para a ausência. Assim, expede-se imediatamente a certidão de óbito, preenchidos os seus requisitos.

Por fim, ressalta-se que a Lei 9.140/1995 presume a morte de “pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias” (redação dada pela Lei 10.536/2002). O caso também é de morte presumida sem declaração de ausência, tratada pela legislação especial.

3.4.3 Morte presumida com declaração de ausência

A ausência pode ser considerada como hipótese de morte presumida, decorrente do desaparecimento da pessoa natural, sem deixar corpo presente (morte real). A ausência, anteriormente, era tratada como causa de incapacidade absoluta da pessoa, agora é hipótese de inexistência por morte. Em outras palavras, ocorre nos casos em que a pessoa está em *local incerto e não sabido* (*LINS*), não havendo indícios das razões do seu desaparecimento. Prevê o art. 1.159 do CPC que “Desaparecendo alguém do seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, declarar-se-á a sua ausência”.

O Código Civil simplificou as regras quanto à ausência, caso em que há uma presunção legal relativa (*iuris tantum*), quanto à existência da morte da pessoa natural, nos casos em que a pessoa está em local incerto e não sabido, não havendo indícios das razões do seu desaparecimento. É primaz, para um trabalho de facilitação didática, estudar as três fases relacionadas com tal presunção, conforme os tópicos a seguir:

3.4.3.1 Da curadoria dos bens do ausente (arts. 22 a 25 do CC)

Nessa primeira fase, desaparecendo a pessoa sem notícias e não deixando qualquer representante, é nomeado um curador para guardar seus bens, em ação específica proposta pelo Ministério Público ou por qualquer interessado, caso dos seus sucessores (arts. 22 do CC e 1.160 do CPC).

Eventualmente, deixando o ausente um representante que não quer aceitar o encargo de administrar seus bens, também será possível a nomeação do curador. Quanto à atuação desse último, cabe ao juiz fixar os seus poderes e obrigações, devendo ser aplicadas as regras previstas para a tutela e para a curatela (arts. 1.728 a 1.783 do CC).

Determina o art. 25 da codificação civil que cabe ao cônjuge do ausente a condição de curador legítimo, sempre que não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos. Como este autor segue a corrente que afirma que a separação judicial foi banida do sistema pela Emenda Constitucional 66/2010, o comando deve ser lido com reservas na sua menção, somente se aplicando às pessoas que já estavam separadas quando da entrada em vigor da Emenda do Divórcio.

Ausente o cônjuge, o próprio dispositivo em questão estabelece a ordem de preferência para nomeação do curador, a saber:

- 1.º) serão chamados os pais do ausente;
- 2.º) na falta de pais, serão chamados os descendentes, não havendo impedimento, sendo certo que o grau mais próximo exclui o mais remoto;
- 3.º) na falta de cônjuge, pais e descendentes, deverá o juiz nomear um curador dativo ou *ad hoc*, entre pessoas idôneas de sua confiança.

Apesar da ausência de previsão quanto ao convivente ou companheiro, ele merece o mesmo tratamento do cônjuge, pelo teor do Enunciado n. 97 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, cuja redação é pertinente e com o qual se concorda, pelo que consta no art. 226, § 3.º, da CF/1988: “Art. 25: no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheirismo, como por exemplo na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do CC)”.

3.4.3.2 Da sucessão provisória (arts. 26 a 36 do CC)

Regra geral, um ano após a arrecadação de bens do ausente e da correspondente nomeação de um curador, poderá ser aberta a sucessão provisória, mediante pedido formulado pelos interessados. Deixando o ausente um representante, o prazo é excepcionado, aumentado para três anos, conforme o art. 26 do CC. O Ministério Público somente pode requerer a abertura da sucessão provisória findo o prazo aqui mencionado, não havendo interessados em relação à herança.

São considerados interessados para requerer a dita sucessão (art. 27 do CC):

- a) o cônjuge não separado judicialmente, o que mais uma vez deve ser lido com ressalvas, diante da Emenda do Divórcio;
- b) os herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários, situação em que se enquadra a companheira, pelo que consta dos arts. 1.790 e 1.844 do CC;

- c) os que tiverem direitos relacionados com os bens ausentes, particularmente para após a sua morte, caso dos legatários;
- d) os credores de obrigações vencidas e não pagas pelo desaparecido.

A sentença de sucessão provisória somente produz efeitos após cento e oitenta dias de publicada na imprensa, não transitando em julgado no prazo geral. O art. 28 do CC prevê, contudo, que logo após o trânsito em julgado é possível a abertura de eventual testamento deixado pelo desaparecido, bem como do inventário para a partilha dos bens deixados.

Se for o caso, antes mesmo da partilha, poderá o magistrado determinar que os bens móveis sujeitos a deterioração ou a extravio sejam convertidos em bens imóveis ou em títulos garantidos pela União. Lembram Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que tal conversão deve ser “procedida nos moldes do CPC 1.113 a 1.119. Além disso, o curador pode se valer de outra medida judicial que se fizer necessária para a preservação dos bens que compõem a massa arrecadada” (*Novo Código Civil...*, 2003, p. 185). De realce que esse capítulo do Código de Processo Civil referenciado trata justamente das alienações judiciais.

De acordo com o art. 31 do CC, quanto aos bens imóveis do ausente, estes são por regra inalienáveis, até a correspondente divisão e partilha. Eventualmente, para afastar a ruína, poderá o magistrado determinar a sua alienação, também nos termos daquele capítulo específico da lei processual.

O Código Civil atual continua exigindo que os herdeiros deem garantias para serem imitados na posse dos bens do ausente, mediante penhores ou hipotecas, equivalentes aos quinhões respectivos (art. 30, *caput*, do CC).

Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida no dispositivo, 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 (art. 30, § 1.º, do CC). Estão dispensados de prestar tais garantias, contudo, os ascendentes e descendentes, que provarem a sua qualidade de herdeiros (art. 30, § 2.º, do CC).

Empossados os herdeiros quanto aos bens do ausente, passam a responder por eventuais dívidas do desaparecido, até os limites da herança, nos moldes do art. 1.792 do CC. É o que enuncia o art. 32 do CC. Ocorrendo a sucessão provisória, poderão os herdeiros também representar ativamente aquele que desapareceu, no caso de ser este credor em relação a terceiro.

Sendo o herdeiro descendente, ascendente ou cônjuge do ausente terá direito a todos os frutos (naturais, industriais e civis ou rendimentos), colhidos durante o momento de exercício da posse. Demais sucessores terão direito somente em relação à metade desses frutos, devendo prestar contas ao juiz competente (art. 33, *caput*, do CC). Retornando o ausente e provada a sua ausência voluntária, perderá totalmente o direito quanto aos frutos para o sucessor correspondente (art. 33, parágrafo único, do CC).

Segundo o art. 34 do CC, aquele que foi excluído da posse dos bens do ausente, por não ter bens suficientes para oferecer em garantia (art. 30, § 1.º), poderá, justificada a falta de bens para tal caução, exigir que lhe seja entregue a metade dos rendimentos (frutos civis) que teria direito estando na posse dos bens do desaparecido.

Aparecendo o ausente no momento de exercício da posse provisória, perderão os herdeiros os direitos quanto aos bens, exceção feita quanto aos frutos, conforme as regras antes comentadas. Mas até a entrega de tais bens, responderão os herdeiros, cessando a posse justa quanto aos bens que lhe foram entregues conforme as regras materiais que constam da codificação.

Por fim, determina o art. 35 do CC que 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. Já o art. 36 do Código dispõe que 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, caso de eventuais ações possessórias em face de terceiros esbulhadores.

3.4.3.3 Da sucessão definitiva (arts. 37 a 39 do CC)

O Código Civil de 2002 reduziu pela metade o prazo para conversão da sucessão provisória em definitiva, que antes era de 20 (vinte) anos, para 10 (dez) anos, conforme consta do seu art. 37. Tal prazo conta-se do trânsito em julgado da sentença da ação de sucessão provisória.

Conforme prescreve o art. 38 do CC, cabe requerimento de sucessão definitiva da pessoa de mais de oitenta anos desaparecida há pelo menos cinco anos. Na opinião deste autor, em casos tais, não há necessidade de se observar as fases anteriores, ingressando-se nessa terceira fase, de forma direta. Entretanto, tal dispositivo, cuja redação é “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”, traz enunciado confuso conforme observam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código Civil comentado...*, 2005, p. 186). Isso porque, segundo os juristas, “dependendo da situação este artigo permite encurtamento do prazo de dez anos ou não. Ex.: a) quando desapareceu o ausente já contava 80 anos: aguarda-se cinco anos para a sua sucessão – nessa hipótese há um encurtamento de prazo; b) quando desapareceu, o ausente contava com 75 anos. A partir dos oitenta serão contados cinco: não há alteração do prazo, posto que no total será mister aguardar dez anos”.

Por fim, regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, terá ele direito somente em relação aos bens ainda existentes, no estado em que se encontrarem, ou em relação àqueles bens que foram comprados da venda dos bens que lhe pertenciam (bens subrogados), o que necessita de prova (art. 39 do CC). Essa regra também se aplica se surgirem ascendentes ou descendentes do desaparecido, nesse prazo, tendo sido atribuída a herança para sucessores de outras classes.

Após esse prazo de dez anos, se não regressar o ausente, os bens arrecadados serão definitivamente dos herdeiros, não tendo o desaparecido qualquer direito. Também não retornando o ausente e não tendo ele herdeiros, os bens serão tidos como vagos (*bens ereptícios*), passando ao domínio do Estado, nos moldes do art. 1.844 do CC (art. 39, parágrafo único, do CC). O domínio passa a ser, portanto, do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.

Finalizando essa seção, é interessante tecer alguns comentários quanto ao retorno do ausente que era casado.

Isso porque o art. 1.571, § 1.º, do CC prevê que o casamento do ausente se desfaz por morte, estando o seu ex-cônjuge livre para casar com terceiro. Pois bem, como fica a situação desse seu ex-consorte quando o desaparecido reaparece após todo esse prazo mencionado na codificação novel? Dois posicionamentos podem ser tidos em relação à matéria:

- 1.º) Considerar válido o segundo casamento e dissolvido o primeiro, ressaltando a boa-fé dos nubentes, e desvalorizando a conduta, muitas vezes de abandono, do ausente.
- 2.º) Declarar nulo o segundo casamento, eis que não podem casar as pessoas casadas, nos termos do art. 1.521, VI, do CC. Com o reaparecimento, não se aplicaria, portanto, a regra do art. 1.571 da codificação.

Tendo em vista a valorização da boa-fé e da eticidade, um dos baluartes da atual codificação privada, este autor segue o primeiro posicionamento, por influência da doutrina de Zeno Veloso (Novo *casamento...*, Disponível em: <www.flavio.tartuce.adv.br> – Artigos de Convidados. Acesso em: 5 de fevereiro de 2006). Nesse parecer do jurista paraense, é interessante observar a sua proposta legislativa, muito pertinente para o caso em questão:

“Começando a terminar, e sintetizando: vimos que o novo Código Civil brasileiro, art. 1.571, § 1.º, *in fine*, considera dissolvido o casamento do ausente cuja morte presumida é declarada (ver, também, os arts. 6.º, segunda parte, e 37). Está habilitado, portanto, o cônjuge presente a contrair novas núpcias, a celebrar outro casamento, reconstruir, enfim, a sua vida afetiva, buscar o seu direito (natural, constitucional) de ser feliz.

Mas, tudo é possível, mesmo o que consideramos impossível, e o ausente pode reaparecer, como alguém que ressurgue das sombras, como um ser que ressuscita. *Quid juris?* O novo Código Civil não resolve o problema, e precisa fazê-lo, como muitas legislações estrangeiras, até em nome da segurança jurídica.

Assim, encerrando essas digressões, e não me limitando à crítica, venho sugerir que seja introduzido no Código Civil o art. 1.571-A, com a redação seguinte:

‘Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido’” (VELOSO, Zeno. *Novo casamento...*, 2006).

Concordando com suas palavras e proposta, encerra-se a presente seção.

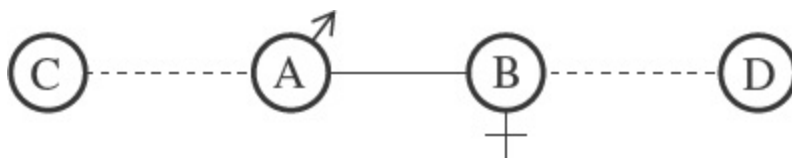
3.4.4 Da comoriência

Além dos casos de presunção quanto à própria existência da morte (justificação e ausência), o Código Civil traz outro caso de presunção legal e relativa, agora quanto ao momento da morte, ou seja, a comoriência, conforme o seu art. 8.º, *in verbis*:

“Art. 8.º 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”.

O artigo em questão não exige que a morte tenha ocorrido no mesmo local, mas ao mesmo tempo, sendo pertinente tal regra quando os falecidos forem pessoas da mesma família, e com direitos sucessórios entre si.

Exemplificamos com o caso a seguir:



Suponha-se o caso de mortes simultâneas de dois cônjuges (*A* e *B*), que não tenham descendentes ou sem ascendentes, mas que possuam dois irmãos *C* e *D* (colaterais de segundo grau). Pelo instituto da comoriência, a herança de ambos é dividida à razão de 50% para os herdeiros de cada cônjuge, não sendo pertinente, aqui, observar qual era o regime de bens entre os mesmos.

No caso de um acidente automobilístico, se um policial presenciar que *A* morreu segundos após *B*, não deve ser considerada a opinião deste que presenciou a morte para fins sucessórios, não havendo laudo médico que ateste tal fato. Caso contrário, a herança de *B* iria para *A* e, automaticamente, tendo em vista a morte deste último, para *C*, que sequer é de sua família consanguínea (cunhados são parentes afins).

Consigne-se, nesse sentido, a ordem de sucessão legítima, sem maiores aprofundamentos quanto à concorrência do cônjuge, que consta do art. 1.829 do CC: 1.º) descendentes, 2.º) ascendentes, 3.º) cônjuge, 4.º) colaterais até 4.º grau.

Dessa forma, não havendo laudo médico, deve-se considerar que os dois cônjuges morreram ao mesmo tempo. Conclusão: a herança de *A* irá para seu colateral *C* e a herança de *B* irá para seu colateral *D*. Faz-se justiça, as heranças ficam mantidas nas famílias consanguíneas correspondentes.

Repita-se que essa presunção é relativa (*iuris tantum*), podendo ser afastada por laudo médico ou outra prova efetiva e precisa do momento da morte real, conclusão reiteradamente seguida pela jurisprudência (por todos: TJSP, Apelação n. 9179145-82.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo. Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 20.06.2012).

Ressalte-se, em reforço, que muitas vezes a jurisprudência não tem afastado tal presunção, especialmente se houver dificuldade de prova. Para ilustrar, transcrevem-se as seguintes ementas, dos Tribunais de São Paulo e Minas Gerais:

“Comoriência. Acidente de carro. Vítima arremessada a 25 metros de distância do local, encontrada morta pelos peritos 45 minutos depois, enquanto o marido foi conduzido ainda com vida ao hospital falecendo em seguida. Presunção legal não afastada. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido” (TJSP, Apelação com Revisão 566.202.4/5, Acórdão 2652772, São João da Boa Vista, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 11.06.2008, DJESP 27.06.2008).

“Comoriência. Presunção legal. Elisão. Prova. Não se podendo afirmar com absoluta certeza, em face da prova dos autos, a premoriência de uma das vítimas de acidente em que veículo é abalroado e vem a explodir quase em seguida, deve ser mantida a presunção legal de

comoriência. Apelo improvido” (TJMG, Acórdão 1.0137.06.9000065/001, Carlos Chagas, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Renato dos Santos Costa, j. 09.11.2006, *DJMG* 1.º.12.2006).

3.5 O ESTADO CIVIL DA PESSOA NATURAL. VISÃO CRÍTICA

Tema clássico de Direito Privado é o relativo ao estado civil da pessoa natural, categoria que merece uma visão crítica, pela insuficiência que a matéria alcança na realidade contemporânea.

Para iniciar o estudo do instituto, em sentido amplo, surge a ideia de *estado da pessoa*, o que remonta ao Direito Romano. Como bem leciona Rubens Limongi França, “O estado é um dos atributos da personalidade. Desses atributos é o de conceituação mais vaga, pois, segundo os autores, consiste no *modo particular de existir das pessoas*. Sua noção porém torna-se mais precisa se lembrarmos que no direito moderno corresponde à noção de *status* do Direito Romano” (*Instituições...*, 1996, p. 51). O jurista demonstra que, para o Direito moderno, quatro são as modalidades básicas de estado, com variações com relevância prática para o Direito Privado:

- a) Estado político – leva-se em conta se o sujeito é nacional (brasileiro nato ou naturalizado) ou estrangeiro. A matéria está tratada em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, como no seu art. 12, que elenca o rol dos indivíduos considerados como brasileiros.
- b) Estado profissional – vislumbra-se a atuação econômica da pessoa natural. Na visão clássica, a partir das lições de Limongi França, estão incluídos os funcionários públicos, os empregadores, os empregados, os sacerdotes, os trabalhadores autônomos, os militares, entre outros (*Instituições...*, 1996, p. 52). Podem ser mencionados ainda os empresários, cujas atividades estão descritas no art. 966, *caput*, do Código Civil (“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”).
- c) Estado individual – são abrangidas algumas peculiaridades do indivíduo, tais como sua idade (inclusive se a pessoa é maior ou menor), seu estado psíquico, sua saúde, sua imagem, entre outros.
- d) Estado familiar – visualiza-se a situação da pessoa no âmbito de constituição de uma família, tratada pelo art. 226, *caput*, da CF/1988 como a base da sociedade.

No âmbito do *estado civil familiar* é que cabem considerações pontuais, especialmente tendo em vista a realidade jurídica nacional contemporânea. Em uma visão tradicional e clássica, são situações existenciais tidas como modalidades desse estado civil:

- Solteiro – pessoa que não está ligada com outra pelo vínculo do casamento, ou que teve o seu casamento reconhecido como nulo ou anulável, nos termos do art. 1.571 do Código Civil.
- Casado – aquele que se encontra ligado pelo vínculo do casamento, conforme o art. 1.511 do Código Civil e o art. 226, § 1.º, da Constituição Federal de 1988.
- Viúvo – indivíduo que se desligou do vínculo do casamento na hipótese de falecimento do outro cônjuge.

- Divorciado – pessoa que rompeu o vínculo do casamento que tinha com outrem por meio do divórcio.
- Separado juridicamente (judicialmente ou extrajudicialmente) – aquele que rompeu a sociedade conjugal por meio de uma ação judicial ou escritura pública lavrada em Tabelionato de Notas (a última, nos termos da Lei 11.441/2007). Oportuno pontuar que o separado juridicamente ainda mantém o vínculo matrimonial com o outro cônjuge, presente apenas a extinção da sociedade conjugal. Deve ficar claro que o presente autor entende pelo fim das duas modalidades de separação, desde a Emenda do Divórcio (EC 66/2010), que deu nova redação ao art. 226, § 6.º, da CF/1988. Todavia, pessoas que estavam em tal situação antes da entrada em vigor da Emenda, em julho de 2010, mantêm esse estado, em prol da tutela do direito adquirido. O tema está aprofundado no Volume 5 da presente coleção.

A principal crítica que se pode fazer às modalidades destacadas refere-se ao fato de não haver tratamento específico a respeito do estado civil familiar de companheiro ou convivente. Como é notório, a união estável foi alçada ao *status* familiar pela Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3.º), sendo comum a sua constituição na contemporaneidade por opção das partes. Seus requisitos são descritos pelo art. 1.723 do Código Civil, quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, com o objetivo de constituição de família.

A falta de um estado civil próprio para o convivente representa uma verdadeira aberração jurídica, o que faz com que a união estável seja tratada como uma *família de segunda classe* no meio social. Cite-se que alguns juristas do mesmo modo sustentam que a situação de companheiro deve ser reconhecida como verdadeiro estado civil, caso de Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 13).

De qualquer forma, urge a aprovação de um dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional com essa finalidade, para que a discriminação seja afastada.

No Estado de São Paulo, pontue-se a feliz tentativa de se criar um estado civil decorrente da união estável por força de alterações realizadas no Provimento n. 14 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, em dezembro de 2012. Com as modificações, passam a ser registradas no Cartório de Registro das Pessoas Naturais as escrituras públicas e as sentenças de reconhecimento de união estável.

Em complemento, o item 113 do Provimento estabelece agora que “Os registros das sentenças declaratórias de reconhecimento, dissolução e extinção, bem como das escrituras públicas de contrato e distrato envolvendo união estável, serão feitos no Livro ‘E’, pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede, ou onde houver, no 1.º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio, devendo constar: *a*) a data do registro; *b*) o prenome e o sobrenome, datas de nascimento, profissão, indicação da numeração das Cédulas de Identidade, domicílio e residência dos companheiros; *c*) prenomes e sobrenomes dos pais; *d*) data e Registro Civil das Pessoas Naturais em que foram registrados os nascimentos das partes, seus casamentos e, ou, uniões estáveis anteriores, assim como os óbitos de seus outros cônjuges ou companheiros, quando houver; *e*) data da sentença, Vara e nome do Juiz que a proferiu, quando o caso; *f*) data da escritura pública, mencionando-se no último caso, o livro, a página e o Tabelionato onde foi lavrado o ato; *g*) regime de bens dos companheiros”.

Apesar desse importante passo, reafirme-se que o interessante seria a alteração substancial da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), com mesmo conteúdo, para que o estado civil de companheiro seja reconhecido em âmbito nacional.

Na verdade, nota-se, na prática, que há um estado civil próprio para o divorciado, que não tem mais um vínculo familiar; ao contrário da união estável em que a família está presente. Deve ficar claro que o novo estado civil de convivente deve ainda abranger as pessoas que vivem em *união estável homoafetiva*, reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão de maio de 2011 (ver publicação no *Informativo* n. 625 daquele Tribunal).

Como se vê, a realidade atual mostra como são insuficientes os modelos clássicos de *status* familiar. Por certo – e aqui reside outro ponto de crítica –, o estado civil não pode ser utilizado com o intuito de preconceito ou de tratamento degradante da pessoa, como ocorreu com a *mulher desquitada* no passado. Em todos os casos em que a discriminação estiver presente – nos termos da vedação constante do art. 5.º, *caput*, da CF/1988 –, urge a necessidade de reforma legislativa.

Superada a crítica, no que concerne às características do estado civil, Maria Helena Diniz aponta a existência de normas de ordem pública, “que não podem ser modificadas pela vontade das partes, daí a sua indivisibilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. O estado civil é uno e indivisível, pois ninguém pode ser simultaneamente casado e solteiro, maior e menor, brasileiro e estrangeiro, salvo nos casos de dupla nacionalidade” (*Curso...*, 2007, p. 213).

Nesse contexto, surgem as *ações de estado* – aquelas relativas à essência da pessoa natural –, tidas como imprescritíveis, ou seja, não sujeitas à prescrição e à decadência. Entre tais demandas, podem ser citadas a ação de divórcio, a ação de nulidade do casamento, a ação de investigação de paternidade, a ação negatória de paternidade e a ação de alimentos. Como reforço, valem os argumentos relativos à imprescritibilidade dos direitos da personalidade, já expostos no presente capítulo. A ilustrar, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que estabelece tal relação: “Civil. Negatória de paternidade. Ação de Estado. Imprescritibilidade. ECA, art. 27. Aplicação. I. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, por se cuidar de ação de estado, é imprescritível a demanda negatória de paternidade, consoante a extensão, por simetria, do princípio contido no art. 27 da Lei n. 8.069/1990, não mais prevalecendo o lapso previsto no art. 178, parágrafo 2.º, do antigo Código Civil, também agora superado pelo art. 1.061 na novel lei substantiva civil. II. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 576.185/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 07.05.2009, *DJe* 08.06.2009).

Por fim, cumpre anotar que dois dispositivos da Parte Geral do Código Civil tratam de questões registrais pertinentes ao estado civil. De início, o art. 9.º preconiza que 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. Ato contínuo, 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 (art. 10 do CC). Anote-se que havia uma previsão no último comando, relativo à averbação de atos extrajudiciais de adoção (inc. III). Diante do claro equívoco, o último preceito foi por bem revogado pela Lei 12.010/2009, pois a adoção necessita de processo judicial.

Na verdade, os dois comandos são desnecessários, pois a matéria já estava regulamentada pela

Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), respectivamente pelos seus arts. 12 e 29. No que concerne à separação judicial, repise-se que o presente autor está filiado ao entendimento de seu desaparecimento, desde julho de 2010, com a entrada em vigor da Emenda do Divórcio, conforme desenvolvimento que consta do Volume 5 da presente coleção.

3.6 RESUMO ESQUEMÁTICO

Quanto à *pessoa natural ou pessoa humana*, surgem alguns conceitos básicos importantes:

- a) Capacidade de direito – é a capacidade para ser sujeito de direito e deveres na ordem civil (art. 1.º).
- b) Capacidade de fato – é a capacidade para exercer direitos. Aqueles que não detêm a capacidade de fato são denominados incapazes.

Capacidade de Direito + Capacidade de Fato = Capacidade Civil Plena

Personalidade – é a soma de aptidões ou caracteres da pessoa natural.

Legitimação – capacidade especial para celebrar determinado ato ou negócio jurídico. Ex.: o art. 1.647 do CC exige, para determinados atos e negócios, a outorga conjugal, sob pena de anulabilidade do ato praticado (art. 1.649).

Legitimidade – capacidade processual. Por vezes é utilizada como expressão sinônima de legitimação.

Incapazes – estão elencados nos arts. 3.º e 4.º do CC, conforme o quadro abaixo, devendo ser representados e assistidos, respectivamente:

Representação	Assistência
Absolutamente incapazes (art.3.º do CC)	Relativamente incapazes (art.4.º do CC)
<ul style="list-style-type: none">– Menores de 16 anos (menores impúberes)– Enfermos e doentes mentais, sem discernimento para a prática dos atos da vida civil.– Pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade.	<ul style="list-style-type: none">– Menores entre 16 e 18 anos (menores púberes).– Ébrios habituais, toxicômanos e pessoas com discernimento mental reduzido.– Excepcionais sem desenvolvimento completo.– Pródigos.

– Quanto aos silvícolas (índios), sua situação não é mais tratada pela codificação. Os ausentes não são mais absolutamente incapazes. Ausência significa, na verdade, morte presumida, inexistência da pessoa (arts. 22 a 39 do CC).

– Os atos e negócios praticados pelos absolutamente incapazes sem representação são nulos (nulidade absoluta). Os celebrados pelos relativamente incapazes sem assistência são anuláveis (nulidade relativa).

– *Emancipação* – ato jurídico pelo qual se antecipa os efeitos da maioridade e a correspondente capacidade para momento anterior àquele em que a pessoa atinge a idade de 18 anos. A emancipação pode assumir as seguintes formas:

- a) *Emancipação voluntária parental* – por concessão dos pais ou de um deles na falta do outro. Para que ocorra a emancipação parental, o menor deve ter, no mínimo, 16 anos completos.
- b) *Emancipação judicial* – por sentença do juiz, em casos, por exemplo, em que um dos pais não concordar com a emancipação, contrariando um a vontade do outro.
- c) *Emancipação legal matrimonial* – pelo casamento do menor. Interessante lembrar que a idade núbil tanto do homem quanto da mulher é de 16 anos (art. 1.517 do CC), sendo possível o casamento do menor se houver autorização dos pais ou dos seus representantes.
- d) *Emancipação legal, por exercício de emprego público efetivo.*
- e) *Emancipação legal, por colação de grau em curso de ensino superior reconhecido.*
- f) *Emancipação legal, por estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, obtendo o menor as suas economias próprias, visando a sua subsistência.*
Necessário que o menor tenha ao menos 16 anos.

Direitos da Personalidade – são os direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Mantêm relação direta com os princípios do *Direito Civil Constitucional*: dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia ou igualdade em sentido amplo. Os direitos da personalidade estão relacionados com cinco ícones principais, apesar de ser esse rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*):

- a) vida e integridade físico-psíquica – teoricamente o bem supremo da pessoa humana;
- b) honra-subjetiva (autoestima) ou objetiva (repercussão social da honra);
- c) nome – sinal que representa a pessoa no meio social, com todos os seus elementos;
- d) imagem-retrato (fisionomia) ou atributo (soma de qualificações);
- e) intimidade – a vida privada é inviolável.

Os direitos da personalidade não podem ser concebidos conforme um rol taxativo, muito menos quanto às suas características principais. Para fins didáticos, contudo, pode-se afirmar que tais direitos são: inatos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Diante disso é de se entender pela existência de uma *cláusula geral de tutela da personalidade*,

pela qual deve haver tanto a prevenção quanto a reparação de qualquer lesão à pessoa e à sua dignidade. Tanto o nascituro quanto o morto possuem tais direitos.

Domicílio da Pessoa Natural – em sentido amplo, o domicílio engloba os seguintes conceitos:

- a) *Residência* – é o local em que a pessoa se estabelece (elemento objetivo) com o intuito de permanência (elemento subjetivo).
- b) *Domicílio* – significa qualquer local em que a pessoa pode ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil. Por regra é o local de residência da pessoa. Eventualmente pode ser também o seu local de trabalho. Desse modo, o Código Civil consolida dois domicílios para a pessoa natural: a residência e o local do trabalho. Quanto à origem, o domicílio pode ser assim classificado:
 - *Domicílio voluntário*: aquele fixado pela vontade da pessoa, como exercício da autonomia privada.
 - *Domicílio necessário ou legal*: é aquele imposto pela lei, tendo em vista regras específicas que constam no Código Civil (art. 76), a saber: o domicílio dos absolutamente e relativamente incapazes (arts. 3.º e 4.º do CC) é o mesmo dos seus representantes; o domicílio do servidor público ou funcionário público é o local em que exercer, com caráter permanente, as suas funções; o domicílio do militar é o do quartel onde servir ou do comando a que se encontrar subordinado; o domicílio do marítimo ou marinheiro é o do local em que o navio estiver matriculado; o domicílio do preso é o local em que o mesmo cumpre a sua pena.
 - *Domicílio contratual ou convencional*: é aquele previsto no art. 78 do CC, pelo qual “nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”.
- c) *Habitação ou Moradia* – é o local em que a pessoa eventualmente é encontrada.

Morte – põe fim à personalidade, pode ser classificada da seguinte forma:

- a) *Morte real* – ocorre quando a pessoa tem morte encefálica. Provada por um laudo médico e pelo atestado de óbito.
- b) *Morte presumida* – ocorre quando não há corpo presente, ou seja, não há como se provar a morte real. Presente nas seguintes hipóteses:
 - *Morte presumida sem declaração de ausência*. O art. 7.º do CC prevê dois casos, a saber:
 - I) Desaparecimento do corpo da pessoa, sendo extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida – hipótese semelhante à justificação (art. 88 da Lei de Registros Públicos).
 - II) Desaparecimento de pessoa envolvida em campanha militar ou feito prisioneiro, não sendo encontrado até dois anos após o término da guerra.
 - *Morte presumida com declaração de ausência* – ocorre nos casos em que a pessoa está em local incerto e não sabido (LINS) não havendo indícios das razões do seu desaparecimento. Envolve três fases específicas, com tratamento entre os arts. 22 a 39 do CC: a) curadoria dos bens do ausente; b) sucessão provisória; e c) sucessão definitiva.

Há ainda a *comoriência*, que não constitui uma presunção quanto à existência da morte, mas quanto ao seu momento. Se duas ou mais pessoas, parentes, ou não, falecerem em uma mesma ocasião, não havendo prova efetiva de quem faleceu primeiro, haverá presunção relativa de que o falecimento ocorreu ao mesmo tempo.

3.7 QUESTÕES CORRELATAS

1. (MP/MG – 2011) Quanto aos Direitos da Personalidade, é INCORRETO afirmar:

- (A) É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Tal ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.
- (B) Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.
- (C) O pseudônimo adotado para atividades lícitas não goza da proteção que se dá ao nome.
- (D) 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.

2. (MP/SP – 86.º) Leia atentamente as seguintes assertivas sobre os direitos da personalidade.

I – O direito à intimidade é inalienável, irrenunciável e relativamente disponível.

II – O suicídio constitui um ato ilícito, embora sem natureza criminal.

III – A criança e o adolescente têm direito à tutela de imagem e intimidade, sendo, por isso, vedada a divulgação de atos infracionais que permitam a sua identificação.

IV – A circunstância de se encontrar o funcionário público no exercício de suas funções, e não em conversa ou atividade particular, afasta a incidência das normas de proteção à vida privada, com relação à divulgação da sua imagem.

Assinale a alternativa correta.

- (A) Somente I, II e III são verdadeiras.
- (B) Somente I, II e IV são verdadeiras.
- (C) Somente I, III e IV são verdadeiras.
- (D) Somente II, III e IV são verdadeiras.
- (E) Todas as assertivas são verdadeiras.

3. (TJSP – Concurso 181.º) Cônjuges com vida em comum vêm a falecer em lamentável acidente de veículo, na mesma ocasião e em razão do mesmo acontecimento, sem que tenha sido possível se determinar quem morreu primeiro, conforme o laudo pericial realizado. Deixaram apenas parentes colaterais de terceiro grau, notoriamente conhecidos. Nesse caso,

- (A) há que se presumir que foi o varão quem morreu primeiro, porque era pessoa já um tanto alquebrada pelo peso da idade e, assim, somente os parentes da mulher deverão ser os destinatários dos bens deixados pelas vítimas.
- (B) o juiz não pode admitir a comoriência no próprio inventário, embora a contar com dados de fato disponíveis e seguros para tanto, porque a matéria deve ser definida nas vias ordinárias, sem limitações.
- (C) não tendo sido possível se determinar qual das vítimas faleceu antes da outra, caberá, simplesmente, no tempo oportuno, declaração judicial de herança jacente.
- (D) o juiz deverá declarar que, nas circunstâncias, não tendo sido possível se determinar qual dentre os comorientes precedeu ao outro, não ocorrerá transferência de direitos entre eles, de modo que cada falecido deixará a herança aos próprios parentes.

4. (MP/GO – 2010) De acordo com o Código Civil é correto afirmar:

- (A) Admite-se a declaração de morte presumida sem a decretação de ausência.
- (B) A emancipação voluntária faz cessar a responsabilidade dos pais para com atos ilícitos de filho menor.
- (C) A autorização dos pais para o casamento de filho(a) menor, após a homologação judicial, em regular processo de habilitação, é irrevogável.
- (D) A incapacidade relativa, dos maiores de 16 e menores de 18 anos, cessa também pela união estável.

5. (MP/GO – 2010) Em relação a pessoa natural, assinale a alternativa correta:

- (A) A pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil é capaz de ter direitos e deveres na ordem civil.
- (B) A emancipação voluntária é aquela realizada por concessão dos pais ou tutores e será formalizada mediante

escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro Civil de Pessoas naturais para ter eficácia.

- (C) Os direitos da personalidade da pessoa natural têm como característica a indisponibilidade absoluta, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
- (D) Depende de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

6. (TRT 14.^a Região) Examine as proposições abaixo e responda:

- I. Toda pessoa tem capacidade de gozo ou de direito.
- II. Os direitos da personalidade são intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis.
- III. O partido político, enquanto pessoa jurídica de direito privado, obriga-se pelos atos de seus administradores exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.
- IV. O Código Civil autoriza a que o juiz, de ofício ou quando provocado, em caso de abuso da personalidade jurídica, estenda os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.
 - (A) Há apenas uma proposição verdadeira.
 - (B) Há apenas duas proposições verdadeiras.
 - (C) Há apenas três proposições verdadeiras.
 - (D) Todas as proposições são verdadeiras.
 - (E) Todas as proposições são falsas.

7. (TRT 14.^a Região) Examine as proposições abaixo e responda:

- I. O servidor público tem domicílio necessário, fixado por lei, que é o lugar onde ele exerce permanentemente suas funções.
- II. O espólio não é pessoa jurídica, não tendo, em consequência, personalidade jurídica.
- III. Os direitos autorais são considerados bens móveis para os efeitos legais.
- IV. Os bens móveis podem ser infungíveis.
 - (A) Há apenas uma proposição verdadeira.
 - (B) Há apenas duas proposições verdadeiras.
 - (C) Há apenas três proposições verdadeiras.
 - (D) Todas as proposições são verdadeiras.
 - (E) Todas as proposições são falsas.

8. (Ministério Público/PR – 2011) Assinale a alternativa correta:

- (A) a capacidade de direito não é atribuída àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.
- (B) a incapacidade de exercício não afeta a capacidade de direito, que é atributo de todo aquele dotado de personalidade jurídica.
- (C) a antecipação da maioridade derivada do casamento gera a atribuição de plena capacidade de direito àquele menor de 18 anos que contrai núpcias, embora nada afete a sua capacidade de fato.
- (D) o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa natural a partir do nascimento com vida significa afirmar que, antes do nascimento, a pessoa é dotada de capacidade de fato, mas não tem capacidade de direito.
- (E) a interdição derivada de incapacidade absoluta enseja a suspensão da personalidade jurídica da pessoa natural, uma vez que a capacidade é a medida da personalidade.

9. (Magistratura Rondônia – PUC/PR/2011) Dadas as assertivas abaixo, assinale a única CORRETA

- (A) Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado

domicílio para os atos nele praticados. Já para a pessoa natural domicílio é o lugar onde está estabelecida a sua residência com ânimo definitivo. Se a pessoa não tiver residência habitual, ter-se-á por domicílio o lugar onde for encontrada.

- (B) É defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Para depois da morte, contudo, é válida a disposição gratuita do próprio corpo, cuja revogação do ato, se assim pretender o doador ou seus parentes, deverá ser motivada.
- (C) No negócio jurídico são lícitas as condições que o sujeitam ao puro arbítrio de uma das partes, desde que pactuado pelos contraentes.
- (D) Não pode pessoalmente exercer os atos da vida civil os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, a exemplo da embriaguês, ainda que ocasional, em que o sujeito não tenha momentaneamente o necessário discernimento para a prática desses atos.
- (E) Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, a suspensão aproveita os outros ainda que se trate de obrigação divisível.

10. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) A proteção da pessoa é uma tendência marcante do atual direito privado, o que leva alguns autores a conceberem a existência de uma verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade. Nesse sentido, uma das mudanças mais celebradas do novo Código Civil foi a introdução de um capítulo próprio sobre os chamados direitos da personalidade. Em relação à disciplina legal dos direitos da personalidade no Código Civil, é correto afirmar que

- (A) havendo lesão a direito da personalidade, em se tratando de morto, não é mais possível que se reclamem perdas e danos, visto que a morte põe fim à existência da pessoa natural, e os direitos personalíssimos são intransmissíveis.
- (B) como regra geral, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, mas o seu exercício poderá sofrer irrestrita limitação voluntária.
- (C) é permitida a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, com objetivo altruístico ou científico, para depois da morte, sendo que tal ato de disposição poderá ser revogado a qualquer tempo.
- (D) em razão de sua maior visibilidade social, a proteção dos direitos da personalidade das celebridades e das chamadas pessoas públicas é mais flexível, sendo permitido utilizar o seu nome para finalidade comercial, ainda que sem prévia autorização.

11. (Ministério Público/SP – 2011) É(são) legitimado(s) para exigir a cessação de ameaça ou lesão a direitos de personalidade de uma pessoa já falecida:

- (A) apenas o cônjuge sobrevivente e descendentes em linha reta.
- (B) qualquer parente colateral até o quinto grau.
- (C) somente parente em linha reta até o quarto grau.
- (D) todos os parentes sem limitação de grau.
- (E) todos os parentes colaterais até o quarto grau.

12. (MPF – 21.º Concurso – 2004/2005 – 2.ª Fase – Grupo II). Dissertação. Os direitos da personalidade. 1. Constitucionalização e personalização do direito civil. Esboço histórico. 2. Fontes normativas do direito geral de personalidade. 3. Aeficácia privada dos direitos fundamentais. O texto da dissertação deve conter, no máximo, 60 linhas. O que estiver escrito a partir da 61.ª linha não será objeto de avaliação.

Resposta: Sugerimos a elaboração de dissertação, nos moldes proposto pela banca examinadora. Podem ser utilizados argumentos constantes nesse capítulo da obra ou do anterior.

13. (TJSP – Exame Oral – 2004) O nascituro pode ser considerado pessoa à luz do novo Código Civil?

Resposta: Parece-nos que o examinador seguiu o entendimento de Maria Helena Diniz, defendendo que o nascituro é pessoa.

Entendemos que os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem cinco ícones principais: vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos.

O nascituro também possui tais direitos, devendo ser enquadrado como pessoa. Aquele que foi concebido mas não

nasceu possui personalidade jurídica formal: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem. Conforme bem salienta César Fiúza, professor da UFMG, sem dúvidas que faltou coragem ao legislador em prever tais direitos expressamente (Código Civil anotado. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 23). Mas como a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, somos filiados aos concepcionistas (art. 2.º do CC).

Assim, não seria mais correta a afirmação de que o nascituro tem apenas expectativa de direitos. Já a personalidade jurídica material, relacionada com os direitos patrimoniais, esta sim o nascituro somente adquire com vida.

14. (TJSP – Exame Oral – 2004) Quais as características do direito ao nome?

Resposta: O nome pode ser conceituado como sendo o sinal que representa determinada pessoa perante a sociedade. Envolve, concomitantemente, ordem privada e ordem pública. Essa última, diante da proteção específica constante do capítulo do novo Código Civil que trata dos direitos da personalidade (arts. 16 a 19), sendo conceito ainda inerente à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988).

15. (TJSP – Exame Oral – 2004) O que é legitimação?

Resposta: Consiste em uma capacidade especial para celebrar um determinado ato ou negócio jurídico, exigida pela lei. Exemplo é a outorga conjugal, exigida nos casos previstos no art. 1.647 do CC, cujo não atendimento pode levar a anulabilidade do negócio (art. 1.649 do CC).

16. (Defensoria Pública/RJ – 2005) Caio, transexual, veio a realizar cirurgia médica para a modificação de sexo. Após a intervenção, procurou a Defensoria pretendendo alterar o seu registro civil quanto ao nome e sexo, sendo certo que gostaria de manter sigilo quanto a seus dados anteriores. Pergunta-se:

- Quais(al) as(a) medidas(a) judiciais(al) que podem(e) serem(ser) tomadas(a) em favor de Caio?
- Quanto ao sigilo no registro civil da alteração dos seus dados, quais os dois princípios jurídico-constitucionais que se contrapõem na hipótese? Fundamente.

Resposta: No caso, cabe uma ação de retificação de registro civil, com base na Lei de Registros Públicos e no art. 13 do CC. Quanto ao sigilo no registro civil, há um conflito entre o princípio da publicidade e o da dignidade da pessoa humana, devendo prevalecer o último.

17. (Defensoria Pública do Mato Grosso – 2.ª fase – 2007) Capacidade pode ser entendida como a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa. Defina capacidade de gozo ou de direito – e as restrições por ela sofridas – e capacidade de fato ou de exercício. Resposta objetivamente justificada.

Resposta: A capacidade de direito ou de gozo é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1.º do CC). Já a capacidade de fato ou de exercício é aquela relacionada com o exercício próprio dos atos da vida civil. Toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência sã para o exercício dos atos de natureza privada. Desse modo, a capacidade de direito não pode, de maneira alguma, ser negada a qualquer pessoa, podendo somente sofrer restrições quanto ao seu exercício.

18. (Defensoria Pública do Mato Grosso – 2.ª fase – 2007). O Código Civil vigente aduz que 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. Em se tratando de lesão a interesse econômico ou em caso de dano moral, quem será considerado o lesado indireto? Resposta objetiva e exemplificada em ambos os casos.

Resposta: Os lesados indiretos são aquelas pessoas previstas como legitimados no parágrafo único do art. 12 do CC, ou seja, cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau, que sofrem o dano indireto ou em ricochete, que pode ser material ou moral. Sem justificativa, a lei não prevê como legitimado o companheiro, mas ele deve ser incluído, diante da proteção constitucional da união estável (art. 226 da CF/1988). A título de exemplo, pensemos o caso de cobrança de um valor que o morto não deve (prejuízo material) ou de inscrição do nome do morto em cadastro de inadimplentes, causando-lhe um dano moral presumido.

19. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Sobre os direitos da personalidade, é correto afirmar:

- o uso de imagem de pessoa pública com fim jornalístico depende de sua prévia autorização.

- (B) é inconstitucional ato de disposição que tenha por objeto o exercício de direitos da personalidade, por serem, sem exceção, intransmissíveis e irrenunciáveis.
- (C) é lícito ato altruístico de disposição do próprio corpo, total ou parcialmente, para depois da morte.
- (D) herdeiro não pode pleitear perdas e danos por violação de direito da personalidade de pessoa morta, por se tratar de direito personalíssimo, intransmissível e que se extingue com a morte.
- (E) o pseudônimo não goza de proteção legal em razão da proibição constitucional ao anonimato.

20. (MAGISTRATURA MINAS GERAIS – 2009) Relativamente aos Direitos da Personalidade, o art. 12 do Código Civil, sem indicar o sujeito da ação, textualmente dispõe que se pode exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções previstas em lei. No contexto do mencionado artigo, marque a opção CORRETA

- (A) A indeterminação do sujeito na oração do art. 12 do Código Civil tem por intuito não confundir o sujeito do direito da personalidade com o objeto do direito protegido, mas, objetivamente, o que se protege são somente direitos da personalidade avaliáveis economicamente.
- (B) Quando o mencionado artigo dispõe sobre a cessação de ameaça ou lesão a direitos da personalidade, está a referir-se a direitos da personalidade objetivados no Código Civil, possibilitando a reparação material da lesão.
- (C) O Código Civil não especifica de modo taxativo os direitos da personalidade. Não havendo tipificação, tem-se que o art. 12 do Código Civil elege praticamente uma cláusula genérica de proteção dos direitos da personalidade, que será integrada com os dispositivos constitucionais de proteção à honra, à imagem, ao direito à privacidade, ao nome, à integridade e à dignidade da pessoa humana, sem prejuízo da aplicação de leis especiais.
- (D) Sendo considerados os direitos da personalidade direitos subjetivos, que decorrem de previsão legal, somente serão considerados como objeto de ameaça ou de lesão a direitos tipificados em lei.

21. (Magistratura/MG – VUNESP – 2012) Assinale a alternativa correta com relação aos direitos da personalidade.

- (A) Os direitos da personalidade são transmissíveis e renunciáveis, podendo seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo se a lei excepcionar.
- (B) Para proteção da utilização da imagem não autorizada de pessoa morta, nas hipóteses da lei civil, é parte legítima para requerer a medida judicial protetiva somente o cônjuge sobrevivente.
- (C) É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição onerosa do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
- (D) Terá legitimação para requerer medida judicial para que cesse lesão a direito da personalidade do morto o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente na linha reta, ou colateral até o quarto grau.

22. (Magistratura/PR – 2012) Com base na Parte Geral do Código Civil brasileiro, é correto afirmar:

- (A) No que concerne a matéria de provas, pode-se dizer que as presunções legais não são admitidas nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.
- (B) Os bens públicos dominicais não estão sujeitos a usucapião e não podem ser alienados.
- (C) Em relação às fundações, caberá ao Ministério Público Federal velar por elas caso a fundação atue em mais de um estado.
- (D) Os contratos escritos podem conter cláusula que especifique o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações resultantes do contrato.

23. (Delegado de Polícia/RJ – FUNCAB – 2013) No que tange à disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil, assinale a alternativa INCORRETA:

- (A) 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.
- (B) Pode a pessoa ser constrangida a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica.
- (C) 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.

(D) 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.

(E) 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.

24 (MPF – 26º – Procurador da República/2012) Quanto ao nascituro, é correto dizer que: I. Pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação; II. A proteção legal atinge ao próprio embrião; III. Os pais podem efetuar doação em seu benefício; IV. Já detém os requisitos legais da personalidade. Das proposições acima:

- (A) I e III estão corretas;
- (B) II e IV estão corretas;
- (C) II e III estão corretas;
- (D) I e IV estão corretas.

GABARITO

01 – C	02 – E
03 – D	04 – A
05 – A	06 – C
07 – D	08 – B
09 – A	10 – C
11 – E	19 – C
20 – C	21 – D
22 – D	23 – B
24 – A	

-
- 1 Parte dos entendimentos dessa seção consta de artigo que foi escrito em coautoria com Márcio Araújo Opromolla, intitulado *Direito civil e Constituição (Constituição Federal: 15 anos*. Coord. André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: Método, 2003). Agradecemos e deixamos crédito ao coautor, cuja contribuição para o assunto foi fundamental.

DA PESSOA JURÍDICA

Sumário: 4.1 Introdução. Conceito de pessoa jurídica. Regras gerais – 4.2 Principais classificações gerais da pessoa jurídica: 4.2.1 Quanto à nacionalidade; 4.2.2 Quanto à estrutura interna; 4.2.3 Quanto às funções e capacidade – 4.3 Da pessoa jurídica de direito privado. Figuras previstas no art. 44 do CC: 4.3.1 Das fundações particulares; 4.3.2 Das associações; 4.3.3 Das sociedades; 4.3.4 Das organizações religiosas e dos partidos políticos. Corporações *sui generis*; 4.3.5 Das empresas individuais de sociedade limitada (EIRELI) – 4.4 Regras de Direito Intertemporal quanto às pessoas jurídicas – 4.5 Domicílio das pessoas jurídicas – 4.6 Extinção da pessoa jurídica e destinação dos bens – 4.7 Da desconsideração da personalidade jurídica – 4.8 Entes ou grupos despersonalizados – 4.9 Resumo esquemático – 4.10 Questões correlatas.

4.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA. REGRAS GERAIS

As pessoas jurídicas, também denominadas *pessoas coletivas, morais, fictícias* ou *abstratas*, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.

Interessante citar, nesse sentido, o conceito de pessoa jurídica apontado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, como “o grupo humano, criado na forma da lei, e dotado de personalidade jurídica própria, para a realização de fins comuns” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 191). Os doutrinadores, da nova geração de civilistas, buscam a teoria que procura justificar a existência das pessoas jurídicas, lecionando que tanto a codificação anterior quanto a atual adotaram a *teoria da realidade técnica*.

Essa teoria constitui uma somatória entre as outras duas teorias justificatórias da existência da pessoa jurídica: a *teoria da ficção* – de Savigny – e a *teoria da realidade orgânica ou objetiva* – de Gierke e Zitelman.

Para a primeira teoria, as pessoas jurídicas são criadas por uma ficção legal, o que realmente procede. Entretanto, mesmo diante dessa criação legal, não se pode esquecer que a pessoa jurídica tem identidade organizacional própria, identidade essa que deve ser preservada (*teoria da realidade orgânica*). Assim sendo, cabe o esquema a seguir:

Teoria da Realidade Técnica (Código Civil de 2002) = Teoria da Ficção + Teoria da Realidade Orgânica

Quanto à *teoria da realidade técnica*, Maria Helena Diniz prefere denominá-la como a *teoria da*

realidade das instituições jurídicas (de Hauriou), opinando que “A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecerem. Logo, essa teoria é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica” (*Curso de direito civil...*, 2007, v. 1, p. 230). Aponta a professora da PUC/SP que esse também é o entendimento de Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Caio Mário da Silva Pereira, ou seja, dos autores clássicos ou *modernos* do Direito Civil Brasileiro.

Não se pode negar que a pessoa jurídica possui vários direitos, tais como alguns relacionados com a personalidade (art. 52 do CC), com o direito das coisas (a pessoa jurídica pode ser proprietária ou possuidora), direitos obrigacionais gerais (tendo a liberdade plena de contratar como regra geral), direitos industriais quanto às marcas e aos nomes (art. 5.º, XXIX, da CF/1988), e mesmo direitos sucessórios (a pessoa jurídica pode adquirir bens *mortis causa*, por sucessão testamentária). Não se pode afastar, nesse contexto, o fato de a pessoa jurídica ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil, em conformidade com o que estatui o art. 1.º do CC.

Repise-se que mesmo não havendo previsão no Código Civil de 2002, permanece a regra que constava no art. 20 da codificação anterior, segundo a qual “a pessoa jurídica tem existência distinta dos seus membros”. Tal concepção é inerente à própria identidade da pessoa jurídica. Mas tal regra pode ser afastada, nos casos de desvio de finalidade ou abuso da personalidade jurídica, situações em que merece aplicação o art. 50 do CC/2002, que trata da *desconsideração da personalidade jurídica*. De imediato, pode-se afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica não mais é do que a desconsideração daquela antiga regra pela qual a pessoa jurídica não se confunde com os seus membros.

Com efeito, enuncia o art. 45 do CC/2002 que a existência da pessoa jurídica de Direito Privado começa a partir da inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro, sendo eventualmente necessária a sua aprovação pelo Poder Executivo, como ocorre com as sociedades seguradoras. Ademais, é preciso sempre constar todas as alterações pelas quais passar esse ato constitutivo. O parágrafo único do dispositivo traz inovação, prevendo prazo decadencial de três anos para a anulação dessa constituição, contado o prazo da inscrição do registro. Esse artigo, na verdade, ressalta a tese de que o Código Civil adota a *teoria da realidade técnica*, uma vez que a pessoa jurídica, para existir, depende do ato de constituição dos seus membros, o que representa um exercício da autonomia privada.

Diante dessa identidade própria, o registro deve contar com os requisitos constantes do art. 46 do CC, sob pena de não valer a constituição (plano da validade), a saber:

- a) A denominação da pessoa jurídica, identificação de sua sede, tempo de duração e o fundo social, quando houver.
- b) O nome e individualização dos fundadores e instituidores, bem como dos seus diretores.
- c) O modo de administração e representação ativa e passiva da pessoa jurídica.
- d) A previsão quanto à possibilidade ou não de reforma do ato constitutivo, particularmente quanto à administração da pessoa jurídica.
- e) A previsão se há ou não responsabilidade subsidiária dos membros da pessoa jurídica.

f) As condições de extinção da pessoa jurídica e o destino de seu patrimônio em casos tais.

A pessoa jurídica deve ser representada por uma pessoa natural de forma ativa ou passiva, manifestando a sua vontade, nos atos judiciais ou extrajudiciais. Em regra essa pessoa natural que representa a pessoa jurídica é indicada nos seus próprios estatutos. Na sua omissão a pessoa jurídica será representada por seus diretores. Os atos praticados por tais pessoas vinculam a pessoa jurídica, pelo que consta do art. 47 do Código Civil. Mas, conforme o Enunciado n. 145 aprovado na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, esse art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência, nos casos de responsabilização do sócio por atos praticados em nome da pessoa jurídica, caso da incidência da desconsideração da personalidade jurídica.

Eventualmente, em havendo administração coletiva, as decisões quanto à administração devem ser tomadas por maioria de votos, salvo se houver outra previsão no ato constitutivo da pessoa jurídica, situação em que deve ser preservada a autonomia privada antes manifestada (art. 48, *caput*, do CC). Decai em três anos o direito de se anular qualquer decisão da coletividade, particularmente nos casos de violação da lei, do estatuto, ou havendo atos praticados em erro, dolo, simulação e fraude (art. 48, parágrafo único, do CC). Consigne-se que o comando legal dispõe de prazo decadencial para o ato simulado. Ora, como o ato simulado é nulo, o certo seria a lei não mencionar prazo, pois a ação correspondente é imprescritível (ou melhor, não sujeita à prescrição ou à decadência). Prevê o art. 169 do CC que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo. Prescreve o art. 169 do CC/2002 que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo. De qualquer modo, como a norma é especial, apesar da falta de técnica, para esses casos deve prevalecer.

Faltando a administração, consta da codificação emergente uma novidade, a atuação de um administrador provisório, a ser nomeado pelo juiz (administrador *ad hoc*), a pedido de qualquer interessado, como no caso dos credores de uma empresa, por exemplo (art. 49 do CC). Aplicando esse dispositivo, destaque-se, da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Pessoa jurídica. Pedido de nomeação de administrador provisório para associação profissional. Extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse processual. Não ocorrência. Extinção afastada. Autor não associado e terceiro interessado na continuidade das atividades associativas suspensas desde 1963. Inteligência do art. 49 do Código Civil de 2002. Deferida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Necessidade de convocação de assembleia, na forma do estatuto social, para constituição de nova diretoria e conselhos, bem como regularização da entidade nos órgãos competentes. Imprescindível a citação de todos os interessados e dos últimos diretores e conselheiros da entidade. Retorno dos autos ao juízo de origem. Recurso provido” (TJSP, Apelação com revisão 616.347.4/4, Acórdão 3461905, Jaú, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 03.02.2009, *DJESP* 26.02.2009).

Superada essa visão das regras gerais, vejamos as principais classificações da pessoa jurídica.

4.2 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES GERAIS DA PESSOA JURÍDICA

As pessoas jurídicas podem ser classificadas em:

4.2.1 Quanto à nacionalidade

- a) *Pessoa jurídica nacional* – é a organizada conforme a lei brasileira e que tem no Brasil a sua sede principal e os seus órgãos de administração.
- b) *Pessoa jurídica estrangeira* – é aquela formada em outro País, e que não poderá funcionar no Brasil sem autorização do Poder Executivo, interessando também ao Direito Internacional.

4.2.2 Quanto à estrutura interna

- a) *Corporação* – é o conjunto de pessoas que atua com fins e objetivos próprios. São corporações as sociedades, as associações, os partidos políticos e as entidades religiosas.
- b) *Fundação* – é o conjunto de bens arrecadados com finalidade e interesse social.

4.2.3 Quanto às funções e capacidade

- a) *Pessoa jurídica de direito público* – é o conjunto de pessoas ou bens que visa atender a interesses públicos, sejam internos ou externos. De acordo com o art. 41 do CC/2002 são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas pela lei. Seu estudo é objetivo mais do Direito Administrativo do que do Direito Civil.

Entretanto, de acordo com o parágrafo único do art. 41 do CC, as pessoas jurídicas de direito público e que tenham estrutura de Direito Privado, caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, são regulamentadas pelo Código Civil. Quanto à matéria, foi aprovado o Enunciado n. 141 do CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civil* com o seguinte teor: “a remissão do art. 41, parágrafo único, do CC, às ‘pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado’, diz respeito às fundações públicas e aos entes de fiscalização do exercício profissional”.

Também é importante dizer que entrou em vigor em nosso País a Lei 11.107/2005, introduzindo mais um inciso no art. 41 do atual Código Civil. Determina o art. 16 dessa lei:

“Art. 16. O inciso IV do art. 41 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 41. (...)

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas”.

Maria Helena Diniz ensina que essas associações públicas são “consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, por conjugarem esforços de entidades públicas, que firmam acordos para a execução de um objetivo de finalidade pública (p. ex., o consórcio COPATI, formado por municípios cortados pelo rio Tibagi, no Estado do Paraná, com o escopo de preservar

esse rio), celebrados com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções (Lei 11.107/2005, arts. 4.º, § 5.º, 5.º e 6.º, I)” (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 67). Apesar do tratamento no Código Civil, tais associações também interessam mais ao Direito Administrativo.

No que concerne às pessoas jurídicas de direito público, podem essas ser de direito público externo ou interno. Enuncia a novidade do art. 42 do Código Civil atual que “São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas jurídicas que forem regidas pelo direito internacional público”.

- b) *Pessoa jurídica de direito privado* – é a pessoa jurídica instituída pela vontade de particulares, visando a atender os seus interesses. Pelo que consta do art. 44 do CC/2002, inclusive pelas novas redações dadas pela Lei 10.825/2003 e pela Lei 12.441/2011, dividem-se em: fundações, associações, sociedades (simples ou empresárias), partidos políticos, entidades religiosas e empresas individuais de sociedade limitada. O estudo da pessoa jurídica de direito privado merecerá aprofundamento no presente capítulo, a partir deste momento.

4.3 DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. FIGURAS PREVISTAS NO ART. 44 DO CC

4.3.1 Das fundações particulares

Lembra Maria Helena Diniz que o termo fundação é originário do latim *fundatio*, ação ou efeito de fundar, de criar, de fazer surgir. As fundações, assim, são bens arrecadados e personificados, em atenção a um determinado fim, que por uma ficção legal lhe dá unidade parcial (*Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, v. I, p. 211).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “diferentemente das associações e das sociedades, as fundações resultam não da união de indivíduos, mas da afetação de um patrimônio, por testamento ou escritura pública, que faz o seu instituidor, especificando o fim para o qual se destina” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 224).

Inovação importante é a que consta do art. 64 do Código Civil em vigor, pelo qual “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”. Esse mandado judicial deve ser postulado pelo Ministério Público, a quem incumbe zelar pelas fundações.

Nos termos do art. 62 do CC/2002, as fundações são criadas a partir de escritura pública ou testamento. Para a sua criação pressupõem-se a existência dos seguintes elementos:

- a) afetação de bens livres;
- b) especificação dos fins;
- c) previsão do modo de administrá-las;

- d) elaboração de estatutos com base em seus objetivos e submetidos à apreciação do Ministério Público que os fiscalizará.

Sendo insuficientes os bens para a constituição de uma fundação, serão esses incorporados por outra fundação, que desempenha atividade semelhante, salvo previsão em contrário pelo seu instituidor (art. 63 do CC).

As fundações surgem com o registro de seus estatutos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Pelo que consta do art. 62, parágrafo único, do CC, a fundação somente poderá constituir-se para “fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, não podendo nunca ter finalidade econômica, sequer indireta.

Tal inovação é fundamental, eis que muitas vezes as fundações foram utilizadas com fins ilícitos, ou com intuito de enriquecimento sem causa. Sobre o tema, comentam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “escapa, pois, do permissivo legal, a entidade supostamente fundacional que empreenda atividade econômica com escopo lucrativo” (Novo..., 2003, v. I, p. 224). Reforçando, conforme ensina Maria Helena Diniz, “a fundação deve almejar a consecução de fins nobres, para proporcionar adaptação à vida social, a obtenção da cultura, do desenvolvimento intelectual e o respeito de valores espirituais, artísticos, materiais ou científicos. Não pode haver abuso, desvirtuando-se os fins fundacionais para atender a interesses particulares do instituidor, por exemplo” (*Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, v. I, p. 211).

Esses entendimentos doutrinários foram confirmados na *I Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 9, prevendo que “O art. 62, parágrafo único, deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações de fins lucrativos”. Denotando esses *fins nobres* da fundação, o Enunciado n. 8, também da *I Jornada*, tem a seguinte redação: “A constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único”.

Pelo seu interesse social, há necessidade de os administradores prestarem contas ao Ministério Público. Nas fundações não existem sócios propriamente ditos. Como se pode notar, as fundações são sempre supervisionadas pelo Ministério Público, que atua como fiscal da lei por intermédio da *curadoria das fundações*; devendo esse órgão zelar pela sua constituição e pelo seu funcionamento (art. 66 do CC/2002). Por regra que consta nesse dispositivo, a atuação cabe ao Ministério Público estadual, exceção feita em dois casos, previstos nos parágrafos do último dispositivo, a saber:

- a) Para as fundações que funcionarem no Distrito Federal ou em Território, cabe a atuação do Ministério Público Federal (art. 66, § do CC). Sobre essa atuação, não se poderia afastar a aplicação das regras específicas previstas para as atividades do Ministério Público Federal, o que foi reconhecido pelo Enunciado n. 10 aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “em face do princípio da especialidade, o art. 66, § 1.º, deve ser interpretado em sintonia com os arts. 70 e 178 da LC 75/1993”. De qualquer modo, é interessante apontar que o Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2006, entendeu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Membros do Ministério Público (CONAMP) – ADIn 2.794. A retirada de eficácia da norma se deu diante da prevalência da autonomia do Ministério Público do

Distrito Federal, que deve zelar pelas fundações situadas naquela localidade (STF, ADIn 2.794/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 14.12.2007, DJ 30.03.2007, p. 68). Em suma, a norma não tem mais aplicação na realidade jurídica brasileira.

- b) Para as fundações que funcionarem em várias unidades da Federação ao mesmo tempo, ou que estenderem sua atividade por mais de um Estado ou Território, cabe a intervenção conjunta do MP de todos os estados envolvidos (art. 66, § 2.º, do CC). No tocante a esse dispositivo, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade.

Pois bem, na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado outro enunciado, de número 147, em relação ao art. 66 do Código, cujo teor segue: “A expressão por mais de um estado, no § 2.º do art. 66, não exclui o Distrito Federal e os Territórios. – A atribuição de velar pelas fundações, prevista no art. 66 e seus parágrafos para o MP local – isto é, dos Estados, DF e Territórios onde situadas –, não exclui a necessária atividade de fiscalizar tais pessoas jurídicas, a qual, tratando-se de fundações instituídas ou mantidas pela União, autarquia ou empresa pública federal, ou que destas receberam verbas, cabe, nos termos da Constituição, da LC 75/1993 e da Lei de Improbidade, ao MPF”.

A alteração das normas estatutárias da fundação somente é possível mediante a deliberação de dois terços das pessoas responsáveis pela sua gerência, desde que tal alteração não contrarie ou desvirtue a sua finalidade e que seja aprovada pelo Ministério Público (art. 67 do CC). Eventualmente, não havendo aprovação unânime, os vencedores quanto à alteração deverão requerer ao Ministério Público que dê ciência à minoria, visando impugnações, que devem ser apresentadas no prazo de 10 dias, sob pena de decadência (art. 68 do CC). É forçoso observar que não cabe qualquer decisão ao Ministério Público, devendo as nulidades ser apreciadas pelo Poder Judiciário, dependendo do caso concreto.

A encerrar, o estudo das fundações, tornando-se ilícita, impossível, imoral a finalidade de uma fundação, ou se a mesma não atender às finalidades sociais a que se destina, poderá ocorrer a sua dissolução administrativa, também efetivada pelo Ministério Público. Em casos tais, os bens devem ser destinados para outra fundação que desempenhe atividade semelhante, salvo previsão de regra em contrário quanto ao destino dos bens no seu estatuto social (art. 69 do CC).

4.3.2 Das associações

Conforme disciplina o art. 53 do CC/2002, inovação em total sintonia com o princípio da simplicidade: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. As associações, pela previsão legal, são conjuntos de pessoas, com fins determinados, que não sejam lucrativos. Assim deve ser entendida a expressão “fins não econômicos”.

Nesse trilhar, o Enunciado n. 534, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013): “As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”. Segundo as justificativas do enunciado doutrinário, “andou mal o legislador ao redigir o *caput* do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico ‘econômicos’ em lugar do específico ‘lucrativos’. A dificuldade está em que o adjetivo ‘econômico’ é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que

entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do *caput* do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico ‘fins não econômicos’ para expressar sua espécie ‘fins não lucrativos’”.

Pelo fato de serem constituídas por pessoas, assim como são as sociedades, as associações são uma espécie de corporação. Não há, entre associados, direitos e obrigações recíprocos, uma vez que não há intuito de lucro (art. 53, parágrafo único, do CC).

A associação deve sempre ser registrada, passando com o registro a ter aptidões para ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil. Como ocorre com todas as pessoas jurídicas, a associação também tem identidade distinta dos seus membros (*teoria da realidade orgânica*, nos termos do art. 20 do CC/1916).

Não se pode confundir as associações com as sociedades. Quando não há fim lucrativo no conjunto de pessoas constituído, tem-se a associação. Ao contrário, as sociedades visam sempre a um fim econômico ou lucrativo, que deve ser repartido entre os sócios. Ademais, não se podem confundir as associações com as fundações. Enquanto as primeiras são formadas por um conjunto de pessoas (corporações), as fundações são conjuntos de bens.

Concernentes às associações, várias foram as modificações introduzidas pelo Código Civil, que devem ser abordadas. Vale lembrar, nesse sentido, que a Lei 11.127, de 28 de junho de 2005, alterou os arts. 54, 57, 59 e 60 do Código Civil de 2002, com o intuito de *desburocratizar* o instituto diante de inúmeras críticas que eram formuladas à então nova codificação privada.

O art. 54 do CC/2002 elenca uma série de requisitos para elaboração dos estatutos da associação, cujo desrespeito poderá acarretar a sua nulidade. Assim, deverá constar do estatuto:

- a) A denominação da associação, os seus fins e o local da sua sede.
- b) Os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados.
- c) Os direitos e deveres dos associados.
- d) As fontes de recursos para manter a associação.
- e) O modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos. Não há mais previsão quanto aos órgãos administrativos, o que foi alterado pela Lei 11.127/2005.
- f) As condições para alterar as disposições estatutárias e as condições para dissolução da associação.
- g) A forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas (introduzido pela Lei 11.127/2005).

Determina o art. 55 do CC que, regra geral, deverão ter os associados iguais direitos, podendo o estatuto criar, eventualmente, categorias especiais. A título de exemplo, imagine-se um clube esportivo e de recreação. Esse clube, ilustrando, pode criar a categoria de *associado contribuinte* (que não tem poder de decisão ou direito de voto) e *associado proprietário* (que tem poder diretivo e direito ao voto). Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade do dispositivo, pois se trata de aplicação da especialidade, segunda parte da isonomia.

De acordo com o art. 56, *caput*, do CC, a qualidade de associado é intransmissível, havendo um ato personalíssimo na admissão (STJ, AgRg-Ag 1.272.080/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 27.04.2010, *DJE* 20.05.2010). Porém, poderá haver disposição em sentido contrário no estatuto, sendo tal norma dispositiva ou de ordem privada.

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 no estatuto (art. 56, parágrafo único, do CC). Esse último comando legal confirma a tese de que a admissão na associação é ato personalíssimo.

A exclusão do associado somente será admissível havendo *justa causa* para tanto (cláusula geral), “*assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos do previsto no estatuto*” (art. 57, *caput*, do CC atual). A redação destacada foi introduzida pela Lei 11.127/2005, substituindo o texto anterior que previa: “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 assembleia-geral especialmente convocada para esse fim”.

Fica claro que a mudança introduzida no Código Civil tende à diminuição da burocracia, permitindo que o estatuto regulamente a exclusão do associado, inclusive a defesa deste. Nesse sentido, foi revogado o parágrafo único do art. 57 do Código Civil, que previa o cabimento de recurso à assembleia-geral contra a decisão do órgão que decidisse pela exclusão do associado. Esse recurso também não é mais regulamentado pela lei, o que deve ser feito pelo próprio estatuto.

Eventualmente, cabe discutir, no âmbito judicial, a exclusão do associado, conforme já reconheceu o STF, aplicando a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005).

Outros julgados recentes têm debatido os limites de previsões dos estatutos das associações frente às normas constitucionais, dentro do sadio diálogo que propõe a escola do Direito Civil Constitucional. De início, cumpre destacar outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, concluindo que não se pode impor compulsoriamente mensalidades em casos de associação de moradores de condomínios fechados de casas: “Associação de moradores. Mensalidade. Ausência de adesão. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei n. 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – art. 5.º, incisos II e XX, da Constituição Federal” (STF, RE 432.106, Rel. Min. Marco Aurélio, 1.^a Turma, j. 20.09.2011). A dedução, portanto, foi no sentido de que a adesão forçada contraria o livre direito de associação, constante do último dispositivo superior citado.

Releve-se, no mesmo contexto de interpretação de acordo com a CF/1988, sentença proferida pelo Juiz de Direito Mitrios Zarvos Varellis, da 11.^a Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, determinando a inclusão de companheiro homoafetivo e de sua filha como dependentes de associado do secular Club Athletico Paulistano (decisão de 15 de fevereiro de 2012, Processo: 583.00.2011.132644-6). A sentença segue a linha adotada pelo STF, em maio de 2011, ao concluir pela aplicação analógica de todas as regras da união estável para a união homoafetiva (ver seu *Informativo* n. 625). Afastou-se decisão administrativa do clube, baseada em interpretação literal de

seu estatuto, que mencionava apenas a união estável entre pessoas de sexos distintos como fundamento para a inclusão de dependentes.

Cumpra destacar que o jurista Euclides de Oliveira já havia dado parecer pela inclusão, prescrevendo que: “Os pontos distintivos das uniões de cunho afetivo-familiar, em especial a união estável, conquanto não haja previsão legal específica ou estatutária de determinada instituição particular, abona a tutela jurídica ao ente familiar no seu mais alargado conceito, de modo a atender com efetividade aos anseios de garantia do bem-estar da comunidade social que se instale a partir do relacionamento humano”. A decisão de primeiro grau foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em dezembro de 2012.

Seguindo na análise dos dispositivos legais da codificação, o art. 58 do CC/2002, em sintonia com o princípio da eticidade e a correspondente valorização da boa-fé, preconiza que nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e formas previstos na lei ou no estatuto. Percebe-se a intenção do legislador em valorizar os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo o comando visualizado como uma manifestação do princípio constitucional pelo qual ninguém pode ser compelido a agir senão em virtude de lei (*princípio da legalidade*, art. 5.º, II, da CF/1988).

De acordo com a novidade do art. 59 do CC, compete privativamente à assembleia-geral:

- a) destituir os administradores; e
- b) alterar os estatutos.

Para a prática desses atos, exige-se deliberação da assembleia especialmente convocada para este fim, cujo *quorum* será estabelecido no estatuto, bem como os critérios para eleição dos administradores. Esse comando legal, inclusive o seu parágrafo único, foi alterado pela Lei 11.127/2005.

Primeiro porque o art. 59, *caput*, do CC, em sua redação original, previa como competências da assembleia-geral: *a)* eleger administradores; *b)* destituir administradores; *c)* aprovar as contas; e *d)* alterar o estatuto. Agora, pela nova redação, competem-lhe apenas a destituição dos administradores e a alteração dos estatutos. Quanto às demais competências, caberá ao próprio estatuto prevê-las.

Segundo porque não há mais referência, no parágrafo único, ao *quorum* de 2/3 dos presentes à assembleia convocada para tais finalidades, muito menos a necessidade da presença de maioria absoluta dos associados na primeira convocação, ou de ao menos 1/3 nas convocações seguintes.

A nova redação tende, mais uma vez, a desburocratizar as questões relativas às associações, cabendo a sua regulamentação ao que constar no estatuto.

Também foi alterado pela Lei 11.127/2005 o art. 60 do CC/2002, cuja redação era a seguinte: “A convocação da *assembleia-geral* far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la” (destacamos). Pela nova redação: “A convocação dos *órgãos deliberativos* far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la” (destacamos). Justifica-se a nova redação pelo fato de que as questões mais importantes a respeito das associações passaram a ser da competência dos órgãos deliberativos (v.g., conselho de administração, conselho fiscal, conselho deliberativo ou outros criados pelo estatuto geral). Com

isso, não há mais a exigência de convocação da assembleia-geral para discutir questões atinentes à pessoa jurídica que não constam do art. 59 do CC, o que também diminui a burocracia.

Caso seja dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais transferidas a terceiros, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto. Sendo omissivo o estatuto, por deliberação dos associados, o remanescente poderá ser destinado à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes (art. 61 do CC). Anote-se que o Tribunal Gaúcho entendeu que a norma é de ordem pública, sendo nula a previsão estatuto que determina que, em casos de dissolução, os bens serão partilhados entre os próprios associados; entendimento ao qual se filia.

“Dissolução e liquidação de sociedades. Dissolução de associação civil. Grêmio esportivo Força e Luz. Rateio entre os associados do patrimônio da entidade. Ausência de interesse processual. Inocorrência. Julgamento do feito na forma do § 3.º do art. 515 do CPC. Possibilidade. Requisitos preenchidos. (...) É nula, ante a flagrante violação à norma cogente contida no *caput* do art. 61 do Código Civil, a disposição do estatuto da entidade apelada que dispõe que o patrimônio remanescente da associação será rateado entre os associados, impondo-se que, em observância à Lei, sejam restituídas as quotas dos sócios efetivamente patrimoniais, destinando-se o patrimônio remanescente a instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes ao da entidade dissolvenda. 3. Provimento do apelo” (TJRS, Apelação Cível 70024200750, Porto Alegre, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, j. 18.06.2008, *DOERS* 30.06.2008, p. 38).

Por fim, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado estabelecendo o sentido subsidiário do art. 61: “A obrigatoriedade na destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, em face da omissão do estatuto, possui caráter subsidiário, devendo prevalecer a vontade dos associados, desde que seja contemplada entidade que persiga fins não econômicos” (Enunciado n. 407).

4.3.3 Das sociedades

Como foi antes exposto, a finalidade lucrativa é o que distingue uma associação de uma sociedade, ambas constituindo espécies de corporação (conjunto de pessoas). Nesse sentido, as sociedades se dividem em:

- a) *Sociedades empresárias* – são as que visam a uma finalidade lucrativa, mediante exercício de atividade empresarial. Esse conceito está adaptado ao que consta no art. 982 do CC/2002, sendo certo que não se pode mais utilizar a expressão *atividade mercantil*, su perada pela evolução da matéria. Como exemplo pode ser citada qualquer sociedade que tem objetivo comercial ou, ainda, que traz como conteúdo o próprio conceito de empresário (art. 966 do CC: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”). O Código Civil anterior denominava tais sociedades como *sociedades comerciais* ou *mercantis*.
- b) *Sociedades simples* – são as que visam, também, a um fim econômico (lucro), mediante

exercício de atividade não empresária. São as antigas *societates civis*. Como exemplos, podem ser citados os grandes escritórios de advocacia, as sociedades imobiliárias e as cooperativas. Quanto às cooperativas prevê o Enunciado n. 69 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* que “As sociedades cooperativas são sociedades simples sujeitas a inscrição nas juntas comerciais”.

As sociedades, sejam elas simples ou empresárias, de acordo com o Código Civil de 2002, podem assumir a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em conta de participação ou sociedade por quotas de responsabilidade limitada. As sociedades anônimas, por outro lado, somente podem se enquadrar como sociedades empresárias.

A empresa pública e a sociedade de economia mista, apesar de terem capital público, são dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado. São regidas pelas normas empresariais e trabalhistas (art. 173, § 1.º, da CF/1988), mas com as cautelas do direito público, como, por exemplo, no que toca à sujeição ao regime das licitações.

Esses tópicos devem ser estudados especificamente em obras que tratam do Direito de Empresa. Como se sabe, o Código Civil praticamente revolucionou a matéria, trazendo um capítulo específico sobre o tema e revogando a primeira parte do Código Comercial. Como bem observa o Deputado Ricardo Fiuza, “pela primeira vez numa codificação civil brasileira, passa-se a disciplinar as regras básicas da atividade negocial, do conceito de empresário ao de sociedade” (Relatório Final do Código Civil, apresentado à Câmara dos Deputados – Parte Especial, Livro II, Direito de Empresa, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, *Novo...*, 2003, p. 218). Seguiu-se, assim, o exemplo do Código Civil Italiano de 1942, de unificação parcial do Direito das Obrigações.

Encerrando, é importante dizer que, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 280 do CJF/STJ, prevendo a aplicação às sociedades das regras básicas constitutivas previstas para as associações. É a redação do enunciado: “Por força do art. 44, § 2.º, consideram-se aplicáveis às sociedades reguladas pelo Livro II da Parte Especial, exceto às limitadas, os arts. 57 e 60, nos seguintes termos: *a*) Em havendo previsão contratual, é possível aos sócios deliberar a exclusão de sócio por justa causa, pela via extrajudicial, cabendo ao contrato disciplinar o procedimento de exclusão, assegurado o direito de defesa, por aplicação analógica do art. 1.085; *b*) As deliberações sociais poderão ser convocadas pela iniciativa de sócios que representem 1/5 (um quinto) do capital social, na omissão do contrato. A mesma regra aplica-se na hipótese de criação, pelo contrato, de outros órgãos de deliberação colegiada”.

Em realidade, o teor do enunciado doutrinário também interessa mais ao Direito Empresarial do que ao Direito Civil propriamente dito. Em outras palavras, o seu teor deve ser solicitado mais nas provas de Direito Comercial, se ainda for utilizada essa denominação pelo examinador ou pelo professor da disciplina.

4.3.4 Das organizações religiosas e dos partidos políticos. Corporações sui generis

Conforme foi comentado, a Lei 10.825, de 22 de dezembro de 2003, alterou a redação do art. 44 do CC, que passou a tratar, nos seus incisos IV e V, das organizações religiosas e dos partidos políticos.

Além disso, foi instituído um § 1.º no comando estabelecendo que “São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento”. Passou-se também a estabelecer que “As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código” (§ 2.º). Por fim, o § 3.º da norma preconiza que “Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica”.

Inicialmente, observa-se que o dispositivo legal em questão dá tratamento diferenciado aos partidos políticos e às entidades religiosas, não sendo previstos como espécies de associação como dantes. Essa alteração, a nosso ver, tem conotação política, para afastar que tais entidades tenham que se adaptar às regras previstas no Código Civil de 2002 quanto às associações, tidas por muitos como complexas e burocráticas.

Mas, na doutrina, alguns autores ainda perfilham tais entidades como espécies de associações, como faz Maria Helena Diniz (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 76). Essa é mesma a conclusão dos juristas que participaram da *III Jornada de Direito Civil*, com a aprovação dos seguintes enunciados:

“Os partidos políticos, sindicatos e associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil” (Enunciado n. 142).

“A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos” (Enunciado n. 143).

Além disso, há ainda outro enunciado doutrinário, pelo qual “a relação das pessoas jurídicas de direito privado, estabelecida no art. 44, incisos I a V, do Código Civil, não é exaustiva” (Enunciado n. 144 do CJF/STJ). E não poderia ser diferente, pois o Código Civil de 2002 adota um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais. Por isso, as relações previstas em lei, pelo menos a princípio, devem ser consideradas abertas, com rol exemplificativo (*numerus apertus*) e não com rol taxativo (*numerus clausus*).

De volta às entidades religiosas e partidos políticos, analisando friamente o intuito do legislador, repise-se que há, na modificação do dispositivo, razões políticas, não podendo tais entidades ser tratadas mais como associações, motivo pelo qual este autor opta pela expressão *corporações “sui generis”* ou *especiais*. Desse modo, não estariam mais sujeitas aos requisitos constantes dos arts. 53 a 61 do CC/2002, muito menos ao que prevê o seu art. 2.031, norma de direito intertemporal que fixa prazo para as associações se adaptarem à nova codificação. Anote-se que o art. 2.031, parágrafo único, do CC, também introduzido pela Lei 10.825/2003, dispensa expressamente que tais entidades façam a referida adaptação.

A alteração promovida pela Lei 10.825/2003 traz também outras regras, prescrevendo que o Poder Público não pode impedir o funcionamento das entidades religiosas, bem como o seu registro, diante da liberdade de associação religiosa constante da Constituição Federal (art. 5.º, XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”).

Por fim, quanto aos partidos políticos, serão eles regidos por lei específica, que no caso é a Lei 9.096/1995, norma regulamentadora dos arts. 14, § 3.º, V, e 17 da CF/1988.

De qualquer forma, a matéria é ainda controvertida e depende de análise do comportamento da doutrina e da jurisprudência. Esclareça-se que há julgado no Tribunal Gaúcho concluindo que o Poder Judiciário deve, sim, fiscalizar as entidades religiosas, não tendo a norma do art. 44, § 1.º, do CC, um sentido absoluto. A ementa merece transcrição:

“Apelação cível. Registro das pessoas jurídicas e de títulos e documentos. Autonomia. Requisito indispensável à constituição da pessoa jurídica. Mantida a sentença de parcial procedência. 1. Devem-se sopesar as garantias constitucionais de liberdade de culto religioso, estatuídas nos arts. 5.º, inciso VII e 19, inciso I, ambos da Magna Carta, vedando as pessoas jurídicas de direito público a intervenção nas associações religiosas. 2. O legislador constitucional pretendeu dar garantia à liberdade de culto religioso, vedando toda e qualquer discriminação ou proibição ao exercício de qualquer fé ou religião. 3. Foi com esse espírito, de proteção às entidades religiosas, que a Lei Federal 10.825 de 2003 alterou o art. 44 do Código Civil, a fim de incluir as organizações religiosas e os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito privado e, ao mesmo tempo, acrescentar o parágrafo primeiro, o qual veda ao poder público a negativa do reconhecimento, ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. 4. A vedação presente em tal artigo não pode ser considerada como absoluta, cabendo ao Judiciário tutelar interesses a fim de certificar-se, precipuamente, do cumprimento da legislação pátria, vale dizer, há que se averiguar se a organização religiosa atende os requisitos necessários ao registro do ato constitutivo. 5. Deve haver respeito ao *nomen juris* de cada entidade e, sendo a Associação Espírita Cristo e Caridade uma organização religiosa, não pode ostentar em seu nome a menção ‘sociedade’, nomenclatura que se destina a outras entidades que comunguem de interesses de finalidade diversa da suscitada. Negado provimento ao apelo” (TJRS, Acórdão 70027034164, Canoas, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21.01.2009, *DOERS* 29.01.2009, p. 24).

Em suma, nota-se que a questão da autonomia de tais pessoas jurídicas ainda está em debate no Direito Brasileiro.

4.3.5 Das empresas individuais de sociedade limitada (EIRELI)

Como exposto previamente, a recente Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, instituiu no rol das pessoas jurídicas de Direito Privado uma nova categoria: a empresa individual de responsabilidade limitada, conhecida pela sigla EIRELI (art. 44, inc. VI). A lei teve *vacatio legis* de 180 dias, entrando em vigor no dia 8 de janeiro de 2012. No que concerne à estrutura e função da modalidade, preconiza o novel art. 980-A do Código Civil:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

§1.º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2.º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3.º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4.º (*Vetado*).

§ 5.º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6.º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

Conforme conclusão dos juristas que participaram da *V Jornada de Direito Civil*, a EIRELI não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado (Enunciado n. 468). No mesmo sentido o Enunciado n. 3 da *I Jornada de Direito Comercial*, realizada em 2012. A natureza especial do instituto está presente no fato de ser a pessoa jurídica constituída por apenas uma pessoa, o que quebra com a noção de alteridade, tão comum ao conceito de pessoa coletiva exposto ao início deste capítulo.

A nova categoria foi instituída visando à diminuição de burocracia para a constituição de empresas em nosso País. O tema, mais uma vez, interessa mais ao Direito Empresarial do que ao Direito Civil, sendo objeto da primeira matéria ou disciplina. De qualquer maneira, cumpre fazer uma breve anotação na presente obra, com relevância metodológica ao estudo da Parte Geral do Código Civil.

De fato, a este autor parece que tais entidades não constituem sociedades na sua formação, pelo fato de serem constituídas apenas por uma pessoa. O tratamento como sociedade limitada refere-se apenas aos seus efeitos e não quanto à estrutura. Em suma, parece existir um caráter totalmente especial na nova categoria introduzida no Código Civil de 2002, que não se enquadra nos institutos antes previstos.

Deve ficar claro que essa natureza diferenciada não veda a subsunção de regras fundamentais previstas para as pessoas jurídicas, caso da desconsideração da personalidade jurídica, que ainda será estudada. Anote-se que a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da EIRELI foi reconhecida por enunciado aprovado da *V Jornada de Direito Civil* (Enunciado n. 469).

Com certeza, nos anos sucessivos de vigência da inserção legislativa, outras dúvidas e esclarecimentos surgirão a respeito da nova modalidade de pessoa jurídica, que será amplamente debatida e aplicada pela comunidade jurídica nacional.

4.4 REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL QUANTO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

O Código Civil de 2002 traz algumas regras de direito intertemporal relativas à pessoa jurídica, que merecem atenção e comentários. As regras de direito intertemporal são aquelas que têm o escopo de sanar eventuais conflitos surgidos pela edição de uma lei nova, como é o caso da atual codificação privativa. No Código de 2002 estão previstas entre os seus arts. 2.028 a 2.046.

Inicialmente, dispõe o art. 2.031 do CC que as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão prazo de dois anos para se adaptar às disposições do Código Civil de 2002, a partir de sua vigência. Igual prazo é conferido aos empresários. O prazo venceria, pela redação original desse comando legal, em 11 de janeiro de 2005. No entanto, esse lapso foi alterado pela primeira vez pela Lei 10.825/2003.

Outra alteração promovida por essa lei foi a introdução de um parágrafo único ao aludido dispositivo prevendo que o prazo não deve ser aplicado às organizações religiosas nem aos partidos políticos.

Também, conforme a Medida Provisória 79, de novembro de 2002, o art. 2.031 do CC não alcança as entidades desportivas. E mesmo que assim não fosse, nota-se que o dispositivo não disciplina qualquer sanção ao seu descumprimento, tornando-se alvo de críticas contundentes.

Pois bem, em janeiro de 2005, o prazo para adaptação à nova codificação foi novamente renovado, pelo teor da Medida Provisória 234, cujo teor segue na íntegra:

“Art. 1.º O *caput* do art. 2.031 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem assim os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2006’.

Art. 2.º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º Fica revogada a Lei 10.838, de 30 de janeiro de 2004”.

Em 28 de junho de 2005, entrou em vigor a Lei 11.127/2005, que alterou mais uma vez o art. 2.031 do Código Civil em vigor para prever que “As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários deverão se adaptar às disposições desse Código até 11 de janeiro de 2007” (destacamos). Observa-se que não há mais referência à data de 11.01.2006.

Dessa forma a aplicação do Código Civil às entidades constituídas antes da atual legislação ficou postergada. Este autor acredita, mais uma vez, que razões políticas motivaram tal tendência. Felizmente, a última prorrogação se deu até o dia 11 de janeiro de 2007.

Em complemento, prevê o art. 2.032 do CC que “As fundações, instituídas segundo a legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se, quanto ao seu funcionamento, ao disposto neste Código”. Como já exposto, o parágrafo único do art. 62 estabelece que a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Entendeu o legislador que tais fundações anteriores, se existirem, não serão atingidas pela aparente restrição do parágrafo único do art. 62, devendo, apenas, subordinar o seu funcionamento ao disposto na nova lei.

Ato contínuo, o art. 2.033 do CC/2002 enuncia que: “Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código”. Tal dispositivo, previsto para o caso de associações, impõe a alteração do estatuto conforme o art. 59 da novel codificação.

Por fim, determina o art. 2.034 do CC que a dissolução e a liquidação das pessoas jurídicas referidas anteriormente, quando iniciadas antes da vigência deste Código, obedecerão ao disposto nas leis anteriores. Exemplificando, para as dissoluções parciais de sociedade, continuam merecendo aplicação, eventualmente, as regras do Decreto 3.708/1919 (Sociedades por quotas de responsabilidade limitada), da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A) e do Código Comercial de 1850.

4.5 DOMICÍLIO DAS PESSOAS JURÍDICAS

A pessoa jurídica, assim como a pessoa natural, também tem domicílio, que é a sua sede jurídica, local em que responderá pelos direitos e deveres assumidos. Essa é a regra que pode ser retirada do art. 75 do Código Civil.

Pela regra legal, a União deverá promover as ações na capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte e será demandada, à escolha do autor, no Distrito Federal, na capital do Estado em que ocorreu o ato que deu origem à demanda, ou em que se situe o bem envolvido com a lide.

Os domicílios dos Estados e Territórios são as respectivas capitais. Os Municípios têm domicílio no lugar onde funciona a sua administração.

Já a pessoa jurídica de direito privado tem domicílio no lugar onde funcionam as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos.

Admite-se a pluralidade de domicílios dessas pessoas jurídicas, assim como ocorre com a pessoa natural, conforme o capítulo anteriormente estudado. Isso será possível desde que a pessoa jurídica de direito privado, como no caso de uma empresa, tenha diversos estabelecimentos, como as agências ou escritórios de representação ou administração (art. 75, § 1.º, do CC).

Por fim, 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 (art. 75, § 2.º, do CC).

4.6 EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DESTINAÇÃO DOS BENS

No que concerne ao término da existência da pessoa jurídica, interessante dividir o estudo quanto às corporações e fundações.

Inicialmente, a existência das corporações (sociedades e associações) termina:

- a) Pela dissolução deliberada de seus membros, por unanimidade e mediante distrato, ressalvados os direitos de terceiros e da minoria.

- b) Quando for determinado por lei.
- c) Em decorrência de ato governamental.
- d) No caso de termo extintivo ou decurso de prazo.
- e) Por dissolução parcial, havendo falta de pluralidade de sócios.
- f) Por dissolução judicial.

Como bem ensina Maria Helena Diniz, é primaz notar que a extinção da pessoa jurídica não se opera de modo instantâneo. Qualquer que seja o fator extintivo, tem-se o fim da entidade; porém, se houver bens de seu patrimônio e dívidas a resgatar, ela continuará em fase de liquidação, durante a qual subsiste para a realização do ativo e pagamento de débitos. Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica (*Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, p. 249). Regras nesse sentido constam do art. 51 do CC.

Também dentro dessa ideia, demonstra Sílvio de Salvo Venosa que “ao contrário do que ocorre com a pessoa natural, o desaparecimento da pessoa jurídica não pode, por necessidade material, dar-se instantaneamente, qualquer que seja sua forma de extinção. Havendo patrimônio e débitos, a pessoa jurídica entrará em fase de liquidação, subsistindo tão só para a realização do ativo e para o pagamento de débitos, vindo a terminar completamente quando o patrimônio atingir seu destino” (*Direito civil...*, 2003, p. 299). Desse modo, ocorrendo a sua dissolução, cada sócio terá direito ao seu quinhão. O remanescente do patrimônio social será partilhado entre os sócios ou seus herdeiros.

No caso de dissolução de uma associação seus bens arrecadados serão destinados para entidades também de fins não lucrativos, conforme previsto nos estatutos (art. 61 do CC/2002). Se não estiver prevista nos estatutos a destinação, os bens irão para estabelecimento municipal, estadual ou federal de fins semelhantes aos seus.

Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação (art. 61, § 1.º, do CC). A norma está amparada na vedação do enriquecimento sem causa, o que se dá por tentativa de volta ao estado anterior, com a devolução ao associado dos investimentos feitos na pessoa jurídica (*contribuição social*).

Não existindo no Município, Estado, Distrito Federal ou Território em que a associação dissolvida tiver sede outra entidade com fins não econômicos, os bens remanescentes deverão ser devolvidos à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União (art. 61, § 2.º, do CC).

Em relação à dissolução das fundações, além dos casos vistos anteriormente, há norma específica, constante do art. 69 do CC, já estudada.

4.7 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como visto, pelo seu conceito, a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres a ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo, ou seja, sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a compõem. Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o

patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado.

Como é notório, a regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios serem executados. Somente na hipótese de abuso da personalidade jurídica é que os sócios poderão ser responsabilizados diretamente.

Devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica, por vezes, desviou-se de seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando à sociedade ou a terceiros, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu a figura da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* ou *teoria da penetração na pessoa física* (*disregard of the legal entity*). Com isso se alcançam pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos. Aqui, é interessante transcrever os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa sobre o tema:

“Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir de suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros. Não se trata de considerar sistematicamente nula a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não a levar em consideração. Tal não implica, como regra geral, negar validade à existência da pessoa jurídica” (*Direito civil...*, 2003, p. 300).

Tal instituto permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios, com intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos cometidos pelos mesmos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente a credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o *escudo*, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina como *desconsideração inversa* ou *invertida*. Nosso atual Código Civil acolheu tal possibilidade, prescrevendo:

“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”.

Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação, não é recomendável mais utilizar a expressão *teoria*, que constitui trabalho doutrinário,

amparado pela jurisprudência.

Também o Código de Defesa do Consumidor trata de tal instituto no seu art. 28, ao prever que “O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica causada por má administração”; (...) § 5.º: Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Faz o mesmo o art. 4.º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), ao dispor que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. De qualquer forma, no tocante ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei Ambiental há uma diferença de tratamento, conforme será demonstrado a seguir.

Aliás, tanto em relação à adoção da teoria, quanto à manutenção das leis especiais anteriores, prevê o Enunciado n. 51 do CJP/STJ que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. Eis aqui o argumento pelo qual não se pode mais utilizar a expressão *teoria*, uma vez que a desconsideração foi abraçada pela codificação privada.

Aprofundando, em relação à desconsideração da personalidade jurídica, a doutrina aponta a existência de duas grandes teorias: *a teoria maior* e *a teoria menor*. Ensina Fábio Ulhoa Coelho que “há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia processual” (*Curso...*, 2005, v. 2, p. 35). Por óbvio que o Código Civil de 2002 adotou a *teoria maior*. De qualquer modo, entendemos que o abuso da personalidade jurídica deve ser encarado como uma forma de abuso de direito, tendo como parâmetro o art. 187 do CC/2002.

Relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, pelo que consta do § 5.º do art. 28, foi supostamente adotada a *teoria menor*, bastando o mero prejuízo à parte, para que a desconsideração seja deferida (GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor...*, 2007, p. 114). Aliás, esse entendimento por vezes é adotado pela jurisprudência. Nesse sentido, transcreve-se ementa explicativa do Superior Tribunal de Justiça, em notório julgado:

“Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5.º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração,

regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos” (STJ, REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 04.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 230).

Como resta claro da ementa, a teoria menor também foi adotada pela legislação ambiental, por força do art. 4.º da Lei 9.605/1998, antes transcrito.

Todavia, no que tange ao Direito do Consumidor, como é notório, o art. 28, § 1.º, do CDC foi vetado, quando, na verdade, o veto deveria ter atingido o § 5.º. Assim, fica em dúvida a verdadeira adoção dessa teoria, apesar da previsão legal. Nesse sentido, comentando tal engano, anota Gustavo Rene Nicolau que “com este equívoco manteve-se em vigor o terrível § 5.º. Entendo que não se pode considerar eficaz o referido parágrafo, prestigiando um engano em detrimento de toda uma construção doutrinária absolutamente solidificada e que visa – em última análise – proteger a coletividade” (Desconsideração..., *Arte jurídica...*, 2006, v. III, p. 236).

É importante dizer que, apesar dos protestos do jovem civilista, o art. 28, § 5.º, do CDC vem sendo aplicado amplamente pela jurisprudência, como precursor da *teoria menor* (cite-se: TJSP, Agravo de instrumento 0098243-28.2013.8.26.0000, Acórdão 6833849, Santos, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mário de Oliveira, j. 24.06.2013, DJESP 11.07.2013; TJRS, Apelação cível 71244-28.2013.8.21.7000, Erechim, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. 27.06.2013, DJERS 26.07.2013; TJDF, Recurso 2013.00.2.006456-3, Acórdão 684.610, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, DJDFTE 20.06.2013, p. 66; e TJPR, AI 404789-0, Ac. 7890, Curitiba, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Fabio Kaick Dalla Vecchia, j. 02.05.2007, DJPR 18.05.2007). Do Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo do acórdão antes transcrito, deduziu-se que “é possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um ‘obstáculo ao

ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores' (art. 28 e seu § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor)" (STJ, REsp 1.111.153/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.12.2012, *DJE* 04.02.2013).

De volta ao Código Civil, subsiste, ainda, o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada nas hipóteses previstas na lei. Não se retirou a personalidade jurídica, mas apenas a desconsidera em determinadas situações, penetrando-se no patrimônio do sócio ou do administrador.

Na verdade, não se pode confundir a desconsideração com a *despersonificação* da empresa. No primeiro instituto, apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros (art. 50 do CC). Na despersonificação, a pessoa jurídica é dissolvida, nos termos do art. 51 do Código Civil.

Processualmente, na desconsideração, é comum manter a empresa no polo passivo da demanda, incluindo também os sócios. Na despersonificação isso não ocorre, uma vez que sai a empresa, entram os sócios. É discutível a possibilidade de deferimento da desconsideração no processo de execução, eis que o contraditório ainda não está instituído de forma plena, o que somente ocorrerá no caso de oposição de embargos do devedor. Entretanto, na prática, é comum o seu deferimento no processo executivo (TJSP, AI 7228878-7, Ac. 2574118, Limeira, 17.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jacob Valente, j. 02.04.2008, *DJESP* 07.05.2008). Na verdade, a jurisprudência vem entendendo que a alegação da desconsideração cabe em qualquer fase do processo, independentemente da propositura de uma ação específica (ver julgado publicado no *Informativo* n. 468 do STJ: REsp. 1.180.191/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.04.2011. Precedentes citados: REsp 881.330-SP, *DJe* 10.11.2008; REsp 418.385/SP, *DJ* 03.09.2007, e REsp 1.036.398/RS, *DJe* 03.02.2009).

Também é possível, no caso de confusão patrimonial, responsabilizar a empresa por dívidas dos sócios, por meio da *desconsideração inversa* ou *invertida*. O exemplo típico é a situação em que o sócio, tendo conhecimento de eventual separação ou divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial). Por essa forma de desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela separação ou divórcio, fazendo que o instituto seja aplicado no Direito de Família.

Sobre o tema, mencione-se o belo trabalho de Rolf Madaleno que trata da teoria da *disregard no Direito de Família*. Citando farta jurisprudência do TJRS, o doutrinador utiliza um exemplo muito próximo do que aqui foi apontado: "Quando o marido transfere para sua empresa o rol mais significativo dos bens matrimoniais, sentença final de cunho declaratório haverá de desconsiderar este negócio específico, flagrada a fraude ou o abuso, havendo, em consequência, como matrimoniais esses bens, para ordenar sua partilha no ventre da separação judicial, na fase destinada a sua divisão, já considerados comuns e comunicáveis" (*Direito de família...*, 1999, p. 31). Admitindo essa possibilidade, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 283 do CJF/STJ, prevendo que "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros". Do Tribunal de Justiça de São Paulo, pode ser transcrita a seguinte ementa, que posterga a aplicação da teoria para a fase de cumprimento da sentença:

"Separação judicial. Pretensão à comunicação de bens havidos na constância do casamento e à

desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresas representadas pelo agravado. Matéria que deve ser relegada para fase posterior à sentença. Agravo parcialmente provido, para anular a parte da decisão que antecipou pronunciamento a respeito da incomunicabilidade dos aquestos” (TJSP, AI 319.880-4/0, São Paulo, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, j. 02.12.2003).

Do mesmo modo ilustrando, a desconsideração inversa foi mais recentemente aplicada por julgado do STJ, assim publicado no seu *Informativo* n. 440:

“Desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa. Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do CC/2002 autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Min. Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. (...) Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a interposição dos recursos tidos por cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Min. Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por essa medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/2002. No caso dos autos, tanto o juiz como o tribunal *a quo* entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 279.273-SP, *DJ* 29.03.2004; REsp 970.635-SP, *DJe* 1.º.12.2009, e REsp 693.235-MT, *DJe* 30.11.2009” (STJ, REsp 948.117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010).

Como consta da última ementa, a desconsideração não pode ser utilizada sem limites, como infelizmente ocorre na prática, principalmente em ações trabalhistas. Nesse sentido, preceitua o Enunciado n. 7 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* que “só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios, que nela hajam ocorrido”.

Em complemento, foi aprovado outro Enunciado na *III Jornada*, pelo qual: “Nas relações civis, os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial) interpretam-se restritivamente. Observação da comissão: esse enunciado não prejudica o Enunciado n. 7, da *I Jornada de Direito Civil* da CEJ/CJF” (Enunciado n. 146).

Em resumo, não se pode esquecer que, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, devem ser utilizados os parâmetros constantes do art. 187 do CC/2002, que conceitua o abuso de direito como ato ilícito. Esses parâmetros são o fim social ou econômico da empresa, a boa-fé objetiva e os bons costumes, que constituem cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo aplicador caso a caso.

Desse modo, a utilização da desconsideração não pode ocorrer de forma excessiva, como é comum em decisões da Justiça do Trabalho, em que muitas vezes um sócio que nunca administrou uma empresa é responsabilizado por dívidas trabalhistas.

Visando a afastar tais excessos e algumas atrocidades jurídicas, estão tramitando no Congresso Nacional vários projetos de lei para regulamentar a matéria, entre os quais o antigo Projeto de Lei 2.426/2003, de autoria original do Deputado Ricardo Fiuza. O projeto foi reproposto em maio de 2008, sob o número PL 3.401/2008, tendo como autoria o Deputado Bruno Araújo.

De acordo com esse projeto de lei, apenas o sócio ou administrador que agiu com abuso no exercício de suas funções poderá ser responsabilizado, inclusive nas ações trabalhistas. Para tanto deverá ser instituído o contraditório na lide, assegurando o juiz da causa o prévio exercício da ampla defesa (art. 3.º).

O referido projeto de lei vai mais longe. Isso porque, pelo que consta na proposta legislativa, a parte que postular, no processo de execução, a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilidade pessoal de membro, instituidor, sócio ou administrador por débito da pessoa jurídica, indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos praticados e as pessoas por eles beneficiados, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir na lide (art. 2.º).

Denota-se que, não agindo eventual sócio ou administrador em exercício irregular de direito, não contrariando, por sua conduta, o fim social da empresa ou não havendo prova que agiu com má-fé e muito menos em desrespeito aos bons costumes, não poderá ser responsabilizado diretamente, inclusive nos termos do art. 6.º do que consta do dito projeto: “Os efeitos da declaração de desconsideração da personalidade jurídica não atingirão os bens particulares de membro, instituidor, sócio ou administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio”.

Como se pode notar, a proposição legislativa está perfeitamente de acordo com os enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* aqui citados, e com aquilo que prega a doutrina civilista no tocante à matéria.

Seguindo no estudo do instituto, é interessante pontuar que, com a desconsideração, a responsabilização do sócio ou administrador é integral, além das suas quotas sociais, mormente nas hipóteses em que está presente o abuso de direito. A propósito dessa conclusão, julgou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão publicado no seu *Informativo* n. 463, que:

“No REsp, discute-se a possibilidade de, em razão da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária e, em ato contínuo, com a autorização da execução dos bens dos sócios, a responsabilidade dos sócios ficar limitada ao valor de suas respectivas quotas sociais. Segundo o Min. Relator, essa possibilidade não poderia prosperar, pois admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais seria temerário, indevido e resultaria na desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Explica que este hoje já se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 50 do CC/2002 e, nesse dispositivo, não há qualquer restrição acerca de a execução contra os sócios ser limitada às suas respectivas quotas sociais. Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica já havia sido regulamentada no âmbito das relações de consumo no art. 28, § 5.º, do CDC e há muito é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina por influência da teoria do *disregard of legal entity*, oriunda do direito norte-americano. Ressalta, ainda, que a desconsideração não importa dissolução da pessoa jurídica, constitui apenas um ato de efeito provisório decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no polo passivo da demanda de meios processuais para impugná-la. Por fim, observa que o art. 591 do CPC estabelece que os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações. Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 140.564-SP, DJ 17.12.2004; REsp 401.081-TO, DJ 15.05.2006, e EDcl no REsp 750.335-PR, DJ 10.04.2006” (STJ, REsp 1.169.175/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.02.2011).

Superado esse ponto, como evolução da desconsideração da personalidade jurídica tem-se adotado a *teoria da sucessão de empresas*, pela qual, nos casos de abuso da personalidade jurídica em que for patente a ocorrência de fraude, poderá o magistrado estender as responsabilidades de uma empresa para outra – denominadas *empresa sucedida* e *sucessora*, respectivamente. A título de exemplo, aplicando a ideia de sucessão de empresas, é interessante transcrever julgado do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Execução por título extrajudicial. Indeferimento do pedido de reconhecimento de sucessão de empresas. Desconsideração da personalidade jurídica. Admissibilidade ante a existência de prova inequívoca. Caracterização de conluio entre as empresas para prejudicar credores. Fraude evidenciada. Recurso provido para este fim” (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Processo: 1256457-3, Agravo de Instrumento, Origem: Sorocaba, 3.ª Câmara, j. 04.05.2004, Rel. Tércio Negrato, Decisão: Deram provimento, v.u.).

Mais recentemente, da mesma Corte Paulista, cite-se acórdão em que se aplicou a teoria da sucessão de empresas para compensação de créditos e débitos envolvendo o falido Banco Santos e o conhecido *Bank of Europe*, utilizado para perpetuar transações e fraudes pelo primeiro. O julgado – que teve a atuação deste autor como parecerista –, foi assim publicado, com a adoção da tese exposta na opinião doutrinária:

“Falência. Ação Monitória. Embargos. Procedência parcial em primeiro grau. Compensação de crédito do devedor do falido perante banco do mesmo grupo econômico deste. Possibilidade, no

caso Procedência integral da ação. Não havendo dúvidas nos autos de que o Bank of Europe pertence ao mesmo grupo econômico do falido, e de que, naquele, um dos apelantes tem crédito líquido, certo e exigível, possível a compensação desse crédito com o débito dos apelantes para com a Massa Falida. Apelação provida” (TJSP, Apelação com Revisão nº 9134530-70.2009.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, Comarca: São Paulo (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, Rel. Des. Lino Machado, julgado em 27 de novembro de 2012).

No tocante à Justiça do Trabalho, o TST regulamentou os procedimentos quanto à desconsideração da personalidade jurídica por meio da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cuja redação do seu art. 79 é a seguinte:

“Art. 79. Ao aplicar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, cumpre ao Juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

I — determinar a reatuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;

II — comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões na Justiça do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;

III — determinar a citação do sócio para responder pelo débito trabalhista.

Parágrafo único. Não será expedida certidão negativa em favor dos inscritos no cadastro de pessoas com execuções trabalhistas em curso”.

A findar o estudo da desconsideração, é interessante comentar sobre outros enunciados doutrinários aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, além dos primeiros antes citados.

Primeiramente, prevê o Enunciado n. 281 do CJP/STJ que a aplicação da desconsideração, descrita no art. 50 do CC prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa está falida para que a desconsideração seja deferida. O enunciado doutrinário está perfeitamente correto, pois os parâmetros previstos no art. 50 do CC/2002 são a confusão patrimonial e o desvio de finalidade. Todavia, a insolvência ou a falência podem servir de parâmetros de reforço para a desconsideração.

Já nos termos do Enunciado n. 282 do CJP/STJ, o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica. Não há como concordar com tal conclusão, pois o encerramento irregular é exemplo típico de abuso da personalidade jurídica, particularmente de desvio de finalidade da empresa, conforme balizado entendimento jurisprudencial:

“Acidente de veículo. Reparação de danos. Execução. Pessoa jurídica. Desconsideração da entidade legal. Presunção do encerramento irregular da atividade ou inatividade da pessoa jurídica. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos. Reconhecimento. Desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade civil, quando presumível o encerramento irregular da

atividade ou inatividade da pessoa jurídica que constitui obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao credor. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 886833-0/0, Sumaré, 31.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Willian Campos, j. 17.05.2005, v.u.).

“Execução por título judicial. Penhora. Incidência sobre numerário em conta bancária de ex-sócia da pessoa jurídica devedora. Indenização e avisos prévios devidos a representantes comerciais (Lei 4.886/1965). Créditos anteriores à saída da apelada do quadro societário da empresa executada. Efeito *ex tunc*. Evidências de encerramento irregular das atividades da empresa devedora. Desconsideração da personalidade jurídica. Constrição mantida. Embargos de terceiro improcedentes. Recurso provido” (TJSP, Apelação 1276607-9/00, São Paulo, Rel. Sorteado Cerqueira Leite, 2.ª Câmara, j. 02.02.2005).

“Execução por título judicial. Desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando a constrição sobre bens dos sócios. Possibilidade. Encerramento irregular das atividades comprovado por certidão do oficial de justiça. Inexistência de bens em nome da sociedade para satisfazer a obrigação. Caracterização de abuso. Aplicabilidade dos artigos 50 do Código Civil/2002, 350 do Código Comercial e 16 da Lei das Sociedades Limitadas. Agravo de instrumento não provido – Agravo regimental prejudicado” (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Processo: 1177868-4, Recurso: Agravo de Instrumento, Origem: São Paulo, 8.ª Câmara, j. 16.04.2003, Rel. Rubens Cury).

“Agravo. Execução de sentença. Inexistência de bens da executada passíveis de penhora. Dissolução irregular da sociedade. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste num afastamento momentâneo da personalidade jurídica da sociedade, para destacar ou alcançar diretamente a pessoa do sócio, devendo ser aplicada quando se constata que a pessoa jurídica está a encobrir interesses ilícitos de seus sócios, em prejuízo ao direito creditício de terceiro” (TAMG, Acórdão: 0414004-5, Agravo de Instrumento, Cível, Ano: 2003, Comarca: Juiz de Fora/Siscon, Órgão Julg.: Terceira Câmara Cível, Rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 20.08.2003, não publicado, Decisão: unânime).

Em complemento, anote-se que, no âmbito da execução fiscal, o STJ entende que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (Súmula 435). Como se nota, o teor da súmula está na contramão do entendimento que consta do criticado Enunciado n. 282 CJF/STJ.

Também da *IV Jornada de Direito Civil*, dispõe o Enunciado n. 284 do CJF/STJ que “As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica”. Ao contrário do anterior, esse enunciado está de acordo com o entendimento jurisprudencial que, por exemplo, admite a desconsideração da personalidade jurídica em face de uma associação (TJSP, Agravo de Instrumento 0041716-56.2013.8.26.0000, Acórdão 6878403; Itanhaém, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 25.07.2013, *DJESP* 06.08.2013; TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.09.667780-2/001, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 04.07.2013, *DJEMG* 10.07.2013; e Tribunal

de Alçada do Paraná, Agravo de Instrumento 0285267-3, Curitiba, Ac.: 238202, Décima Quinta Câmara Cível, Desa. Anny Mary Kuss, j. 19.04.2005, public.: 06.05.2005).

Por fim, foi aprovado o Enunciado n. 285 do CJP/STJ, prescrevendo que a desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor. Como não poderia ser diferente, pode uma empresa credora também fazer uso do instituto contra uma empresa devedora, presentes os requisitos do art. 50 do CC.

4.8 ENTES OU GRUPOS DESPERSONALIZADOS

A par do estudo da pessoa jurídica, analisado nos tópicos anteriores, interessante perceber o conceito de entes ou *grupos despersonalizados* (também denominados *grupos despersonificados*), que são meros conjuntos de pessoas e de bens que não possuem personalidade própria ou distinta, não constituindo pessoas jurídicas, a saber:

- a) *Família* – pode ter origem no casamento, união estável, entidade monoparental, nos termos do art. 226 da CF/1988; ou mesmo outra origem, já que o rol previsto na Constituição é exemplificativo (*numerus apertus*). A família, base da sociedade, é mero conjunto de pessoas não possuindo sequer legitimidade ativa ou passiva, no campo processual.
- b) *Espólio* – é o conjunto de bens formado com a morte de alguém, em decorrência da aplicação do princípio *saisine* (art. 1.784 do CC/2002). Possui legitimidade, devendo ser representado pelo inventariante. Entretanto, não deve ser considerado pessoa jurídica.
- c) *Herança jacente e vacante* – nos termos dos arts. 1.819 a 1.823, não deixando a pessoa sucessores, os seus bens devem ser destinados ao Poder Público, sendo certo que a massa formada pela morte do *de cuius* em casos tais também não pode ser tida como pessoa jurídica.
- d) *Massa falida* – é o conjunto de bens formado com a decretação de falência de uma pessoa jurídica. Não constitui pessoa jurídica, mas mera arrecadação de coisas e direitos.
- e) *Sociedade de fato* – são os grupos despersonalizados presentes nos casos envolvendo empresas que não possuem sequer constituição (estatuto ou contrato social), bem como a união de pessoas impedidas de casar, nos casos de concubinato, nos termos do art. 1.727 do CC/2002.
- f) *Sociedade irregular* – é o ente despersonalizado constituído por empresas que possuem estatuto ou contrato social que não foi registrado, caso por exemplo de uma sociedade anônima não registrada na Junta Comercial estadual. É denominada pelo Código Civil “sociedade em comum”. Prevê o art. 986 do CC que “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”.
- g) *Condomínio* – é o conjunto de bens em copropriedade, com tratamento específico no livro que trata do Direito das Coisas. Para muitos doutrinadores, constitui uma pessoa jurídica o condomínio edilício, o que justifica a sua inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional das Pessoas

Jurídicas). Essa a conclusão a que chegaram os juristas participantes da *I e III Jornadas de Direito Civil*, promovidas pelo CJF e pelo STJ (Enunciados 90 e 246). Entretanto, a questão não é pacífica. Na primeira edição deste trabalho, apontamos que o condomínio edilício não seria pessoa jurídica. Isso porque não se enquadraria como corporação, não havendo união de pessoas; muito menos como fundação, já que não há uma das finalidades previstas no art. 62, parágrafo único, do CC. Entretanto, mudamos de entendimento, pois o rol do art. 44 do CC, que elenca as pessoas jurídicas de Direito Privado, é exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*). Na verdade, como o atual Código Civil adota um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais e inspirado na teoria de Miguel Reale, não há como defender que essa relação é fechada. De qualquer modo, a questão é controvertida, implicando, por exemplo, a possibilidade de o condomínio edilício adjudicar unidades nos casos de não pagamento das cotas devidas. Para a adjudicação, deve-se reconhecer a sua personalidade jurídica. A questão está aprofundada no Volume 4 da presente coleção, que é o melhor momento, do ponto de vista metodológico, para a análise dessa intrincada questão. A propósito do reconhecimento da personalidade jurídica do condomínio edilício, recomenda-se ainda a leitura da tese de pós-doutorado defendida por Frederico Viegas de Lima na Suíça, recentemente publicada (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio...*, 2010). Por fim, anote-se que alguns juristas preferem definir o condomínio edilício como sendo uma *quase pessoa jurídica*, uma *quase fundação* ou uma *pessoa jurídica especial*.

4.9 RESUMO ESQUEMÁTICO

Conceito de pessoa jurídica – É o conjunto de pessoas ou de bens arrecadados, com existência distinta dos membros que o compõem. O atual Código Civil adota a *teoria da realidade técnica* que seria constituir uma conjunção da teoria da ficção e da teoria da realidade orgânica.

Classificação da pessoa jurídica de direito privado – Apesar de o rol do art. 44 do CC não ser taxativo, a pessoa jurídica pode ser assim classificada quanto à sua organização interna:

- a) ***Corporações*** – conjunto de pessoas, subclassificadas da seguinte forma:
 - *Associações* – conjunto de pessoas sem que haja finalidade lucrativa instituída pelos seus membros.
 - *Sociedades* – conjunto de pessoas em que há fim lucrativo determinado. Podem ser *sociedades simples* (sem fins empresariais) ou *sociedades empresárias*.
 - *Corporações sui generis* – são as organizações religiosas e partidos políticos. Há entendimento pelo qual continuam sendo associações.
- b) ***Fundações*** – conjunto de bens arrecadados que devem ter finalidades morais, culturais, religiosas ou de assistência. Sua formação, atuação e extinção devem ser fiscalizadas pelo Ministério Público, por meio da *curadoria das fundações* (art. 66 do CC).
- c) ***Empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI)*** – são pessoas jurídicas constituídas apenas por uma pessoa, que têm regime próximo das sociedades de responsabilidade limitada. O fato de serem constituídas apenas por uma pessoa natural dá-

lhes uma natureza totalmente diversa e especial em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado. Estabelece o *caput* do novo art. 980-A do CC que “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Domicílio da pessoa jurídica – As regras estão previstas no art. 75 do CC, a saber:

- a) A União deverá promover as ações na capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte, e será demandada, à escolha do autor, no Distrito Federal, na capital do Estado em que se deu o ato que deu origem à demanda, ou em que se situe o bem envolvido com a lide.
- b) Os domicílios dos Estados e Territórios são as respectivas capitais.
- c) Os Municípios têm domicílio no lugar onde funciona a sua administração.
- d) As pessoas jurídicas de direito privado têm domicílio no lugar onde funcionam as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos.

Desconsideração da personalidade jurídica – prevista no art. 50 do CC (*disregard of the legal entity*), quebra com a regra tradicional pela qual a pessoa jurídica não se confunde com os seus membros. Assim, nos casos de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, o sócio ou administrador que agir em abuso de direito pode ser responsabilizado. Os parâmetros para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica constam do art. 187 do CC, que trata do abuso de direito (fim social ou econômico da empresa, boa-fé objetiva ou bons costumes).

A desconsideração deve ser utilizada com prudência. A jurisprudência, muitas vezes, estende a responsabilidade de uma empresa para outra, também em casos de abuso, teoria que é conhecida como *sucessão de empresas*. Na opinião deste autor, não há qualquer óbice para a desconsideração da personalidade das novas empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI).

Entes ou grupos despersonalizados – não constituem pessoas jurídicas:

- a) *Família* – seja decorrente de casamento, união estável ou entidade monoparental.
- b) *Espólio* – conjunto de bens formado com a morte de alguém, em decorrência da aplicação do princípio *saisine*.
- c) *Herança jacente e vacante* – nos termos dos arts. 1.819 a 1.823, não deixando a pessoa sucessores, os seus bens devem ser destinados ao Poder Público.
- d) *Massa falida* – conjunto de bens formado com a quebra ou decretação de falência de uma pessoa jurídica.
- e) *Sociedade de fato* – grupos despersonalizados presentes nos casos envolvendo empresas que não possuem sequer constituição (estatuto), bem como a união de pessoas impedidas de casar, casos de concubinato.
- f) *Sociedade irregular* – ente despersonalizado constituído por empresas que possuem estatuto que não foi registrado, caso, por exemplo, de uma sociedade anônima não registrada na Junta

Comercial estadual.

- g) *Condomínio* – conjunto de bens em copropriedade, com tratamento específico no livro que trata do direito das coisas. Mudamos o nosso entendimento quanto ao condomínio edilício, que constitui pessoa jurídica. Isso porque o rol do art. 44 do CC, que trata da pessoa jurídica de direito privado, não é taxativo (*numerus clausus*), mas exemplificativo (*numerus apertus*). Os Enunciados 90 e 246 do CJF/STJ, aprovados nas Jornadas de Direito Civil, reconhecem personalidade jurídica ao condomínio edilício, sendo esta a opinião do presente autor.

4.10 QUESTÕES CORRELATAS

- (Defensoria Pública/SP 2009 – III) Considerando as pessoas das associações, assinale a alternativa INCORRETA.**
 - Sujeitam-se à dissolução compulsória através de decreto de prefeito, governador de estado ou do presidente da república, conforme com a extensão da área em que atuam.
 - Entre as pessoas que as constituem inexistente reciprocidade de direitos e obrigações.
 - Não têm fim econômico.
 - A competência para promover modificações no estatuto é da assembleia-geral.
 - Quando da dissolução e liquidação, os valores remanescentes de recursos são destinados a outras entidades de fins idênticos ou semelhantes.
- (TJSP – Concurso 181.º) Tratando-se de pessoa jurídica regularmente constituída, de fins econômicos, omissa o estatuto sobre responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais, é verificada a ocorrência de confusão patrimonial de seus bens com os do seu sócio-gerente. Nesse caso, poderiam os bens particulares deste responder por dívida contratual daquela, proposta a ação por terceiro, credor, contra a sociedade? Sobre o caso apresentado, assinale a alternativa correta.**
 - Sim, ficando os bens da empresa livres de sofrer os efeitos das relações de obrigações, embora assumidas por ela.
 - Sim, mas ressalvado ao sócio demandado pelo pagamento da dívida o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.
 - Sim, se o juiz, de ofício, determinar a extensão dos efeitos das relações de obrigações da empresa não apenas ao sócio-administrador, mas também, sem exceção, aos outros sócios.
 - Visto que perante terceiros é a própria pessoa jurídica que assume a titularidade quanto a direitos e obrigações, e certo que tem patrimônio distinto do patrimônio dos membros componentes, o patrimônio da sociedade deve responder pelas dívidas por ela contraídas, não podendo o terceiro, credor, alegar ignorância da lei para com isso querer responsabilizar os sócios.
- (MP/SP – 83.º) É exato afirmar que as pessoas jurídicas de direito privado respondem pelos atos culposos de seus órgãos diretores, conselheiros e administradores. Para a apuração de eventual responsabilidade,**
 - não se admite a responsabilidade aquiliana da pessoa jurídica, mesmo que o fato seja decorrente de ato praticado por intermédio de seus órgãos, representantes, empregados e prepostos.
 - os empregados e prepostos estão livres de responsabilidade, porque os órgãos diretores, conselheiros e administradores serão sempre os responsáveis.
 - inexiste a responsabilidade solidária, e em tais circunstâncias a vítima não poderá acionar a pessoa jurídica ou os empregados ou prepostos.
 - subsiste sempre a responsabilidade solidária e a vítima poderá optar por acionar tanto a pessoa jurídica como os empregados ou prepostos.

(E) no campo dos direitos do consumidor, a pessoa jurídica não responde de forma objetiva, dependendo previamente da apuração da culpa de seus empregados.

4. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:

- (A) os pressupostos para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica são: existência da pessoa jurídica, podendo se tratar de sociedade de fato; exaurimento do seu patrimônio social; abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.
- (B) a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, diante da autonomia patrimonial de que goza a pessoa jurídica.
- (C) a desconsideração da personalidade jurídica não se aplica no Direito de Família.
- (D) o Ministério Público intervindo no processo como “custos legis” não possui legitimidade para requerer ao juiz que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.
- (E) o Ministério Público intervindo no processo como “custos legis” não possui legitimidade para postular a desconsideração da personalidade jurídica, salvo existindo interesse de incapaz.

5. (Magistratura PB – 2011) A respeito das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, assinale a opção correta.

- (A) O Código Civil não prevê hipótese de convalescência de defeitos relativos ao ato de constituição de pessoa jurídica de direito privado.
- (B) De acordo com o que dispõe o Código Civil, se a administração da pessoa jurídica vier a faltar por ato voluntário ou involuntário do administrador, o juiz deverá nomear, de ofício, administrador provisório.
- (C) Para a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, é imprescindível a demonstração de insolvência da pessoa jurídica.
- (D) O menor relativamente incapaz pode aceitar mandato, independentemente da presença de assistente.
- (E) Não se admite a invalidação de negócios jurídicos praticados pela pessoa antes de sua interdição.

6. (Magistratura Federal 5ª Região – 2011) A respeito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, assinale a opção correta.

- (A) Pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos não são atingidas pela referida teoria.
- (B) É possível que a própria pessoa jurídica invoque em seu favor a teoria da desconsideração.
- (C) O encerramento irregular da pessoa jurídica basta para caracterizar o abuso da personalidade jurídica.
- (D) Para a aplicação dessa teoria, é crucial que se comprove a insolvência da pessoa jurídica.
- (E) Por ser necessariamente interpretada de forma estrita, essa teoria não é admitida na forma inversa.

7. (Magistratura Rondônia – PUC/PR/2011) Acerca das pessoas jurídicas, assinale a única alternativa CORRETA.

- (A) As associações se organizam para fins não econômicos, estabelecendo em seus estatutos, entre outros, os direitos e deveres dos associados e direitos e deveres recíprocos entre a pessoa dos associados.
- (B) As pessoas jurídicas elencadas no Código Civil são de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Entre elas encontram-se as organizações religiosas.
- (C) Para alterar estatuto da fundação, a reforma deverá ser deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representá-la. Se aprovada por quatro quintos, em face da ampla maioria, ao submeter o estatuto ao órgão do Ministério Público, é desnecessário o requerimento de ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser.
- (D) O prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, decai em dois anos, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.
- (E) Os associados devem ter iguais direitos, vedado ao estatuto da associação instituir categorias com vantagens especiais.

8. (Juiz do Trabalho – TRT 8ª Região – 2011) Marque a alternativa CORRETA:

- (A) A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória do ausente só produzirá efeito cento e vinte 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 fosse falecido.
- (B) Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência, se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até três anos após o término da guerra.
- (C) Prescreve 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 próprio.
- (D) 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.
- (E) São livres a criação, a organização e a estruturação interna das organizações religiosas, dependendo seu funcionamento de autorização pelo poder público, com o posterior registro dos atos constitutivos.

9. (Juiz de Direito – TJGO 2007) Na desconstituição do vínculo de casamento ou de união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome de sociedade empresarial sob seu controle, eles não integram, sob o ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) do(a) sócio(a), associado(a) ou instituidor(a). A desconsideração da personalidade jurídica efetivada na hipótese acima denomina-se:

- (A) Desconsideração inversa.
- (B) Desconsideração direta.
- (C) Desconsideração subsequente.
- (D) Desconsideração antecedente.

10. (Juiz de Direito – TJPR 2007) Assinale a alternativa INCORRETA, relacionada com personalidade jurídica da sociedade empresária:

- (A) A sociedade empresária se distingue completamente da pessoa de seus sócios;
- (B) As dívidas da sociedade jamais poderão ser satisfeitas com os bens dos sócios;
- (C) A desconsideração da personalidade jurídica não visa à anulação do ato constitutivo da sociedade empresária;
- (D) Somente por decisão judicial ou arbitral podem ser afastados os efeitos legais da personalidade jurídica.

11. (Procurador Federal – AGU – 2007) A propósito da veladura das fundações pelo Ministério Público, julgue os itens seguintes.

- 11.1 Se uma fundação estender suas atividades por mais de um estado, independentemente de ser federal ou estadual, sua veladura caberá ao Ministério Público Federal.
- 11.2 De acordo com o STF, cabe ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios velar pelas fundações públicas e de direito privado em funcionamento no DF, sem prejuízo da atribuição, ao Ministério Público Federal, da veladura das fundações federais de direito público.

12. (TRT/GO – 2005 – 2.ª fase) Discorra sobre a teoria da desconsideração da personalidade autônoma da pessoa jurídica em face do vigente Código Civil brasileiro, traçando um paralelo com o Código Civil de 1916.

Resposta: Elaborar dissertação com base nos pontos principais expostos no presente capítulo.

13. (TRT/MT – 2004 – 2.ª fase) Abuso da personalidade jurídica e Bem de Família. Responsabilidade patrimonial do administrador de fato.

Resposta: O candidato deveria elaborar dissertação sobre a possibilidade de os bens dos administradores responderem nos casos de abuso de personalidade jurídica, invocando os art. 50 e 187 do CC. Também deveria ser comentada a questão do bem de família do sócio, que, na verdade, permanece impenhorável por força da Lei n. 8.009/90, apesar de existirem entendimentos em contrário na área trabalhista.

14. (MAGISTRATURA/SE – 2008) A respeito das pessoas naturais e jurídicas, assinale a opção correta.

- (A) O desaparecimento de uma pessoa de seu domicílio, sem dar qualquer notícia de seu paradeiro, ainda que não tenha deixado bens, é causa para nomeação de curador de ausentes.
- (B) Se uma pessoa jurídica tiver diversos estabelecimentos ou agências em lugares diferentes, será considerado como seu domicílio, para quaisquer atos praticados, o local onde funciona a sua sede ou a matriz onde funcionar a administração da empresa.
- (C) A associação civil é uma pessoa jurídica de direito privado criada a partir da união de pessoas em torno de uma finalidade que não seja lucrativa. No entanto, não há qualquer impedimento para que uma organização sem fins lucrativos desenvolva atividades econômicas para geração de renda, desde que não partilhe os resultados decorrentes entre os associados.
- (D) Admite-se a morte presumida sem decretação de ausência em casos excepcionais, para viabilizar a abertura da sucessão provisória e resolver os problemas jurídicos gerados com o desaparecimento da pessoa.
- (E) Entende-se por curador o representante do incapaz em razão da idade ou da pessoa incapaz por motivos diversos, como pela enfermidade ou deficiência mental, ou ainda impossibilidade transitória.

15. (Advogado CETESB – VUNESP/2013) Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Essas medidas referentes à desconsideração da personalidade jurídica podem ser efetuadas somente a requerimento

- (A) da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
- (B) de ofício pelo juízo.
- (C) do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, ou de ofício pelo juízo.
- (D) do Ministério Público, em qualquer caso.
- (E) da parte.

GABARITO

01 – A	02 – B
03 – D	04 – B
05 – D	06 – B
07 – B	08 – D
09 – A	10 – B
11.1 – ERRADO	11.2 – CERTO
14 – C	15 – A

DO OBJETO DO DIREITO. OS BENS

Sumário: 5.1 Conceito de bens – 5.2 Principais classificações dos bens: 5.2.1 Classificação quanto à tangibilidade; 5.2.2 Classificação dos bens quanto à mobilidade; 5.2.3 Classificação quanto à fungibilidade; 5.2.4 Classificação quanto à consuntibilidade; 5.2.5 Classificação quanto à divisibilidade; 5.2.6 Classificação quanto à individualidade; 5.2.7 Classificação quanto à dependência em relação a outro bem (bens reciprocamente considerados); 5.2.8 Classificação em relação ao titular do domínio – 5.3 Do bem de família: 5.3.1 Introdução. Concepção civil-constitucional do bem de família. A nova dimensão da ideia de patrimônio; 5.3.2 O bem de família convencional ou voluntário; 5.3.3 O bem de família legal – 5.4 Resumo esquemático – 5.5 Questões correlatas.

5.1 CONCEITO DE BENS

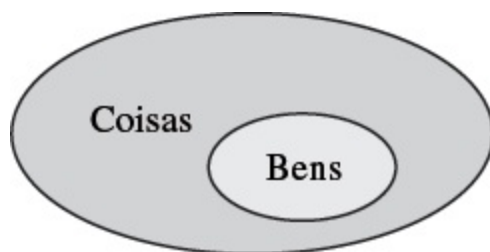
Os conceitos de *bens* e *coisas*, como objeto do direito, sempre dividiram a doutrina moderna brasileira.

Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, dizia que: “Bem é tudo que nos agrada”, e diferenciava: “Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais e concretas, enquanto que se reserva para designar imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito” (*Instituições...*, 2004, v. I, p. 403).

Por outra via, para Silvio Rodrigues *coisa* seria gênero, e *bem* seria espécie. Dizia o professor paulista: “Coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem”. Já “bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico” (*Direito civil...*, 2003, v. I, p. 116).

Ao presente autor parece que o conceito de Sílvio Rodrigues é simples e perfeito, servindo *como uma luva* pelo que consta do atual Código Civil Brasileiro, na sua Parte Geral.

Dessa forma *coisa* constitui gênero e *bem* a espécie – coisa que proporciona ao homem uma utilidade sendo suscetível de apropriação. Todos os *bens* são *coisas*; porém nem todas as *coisas* são *bens*. As diferenças podem ser visualizadas no esquema a seguir:



Coisas = Tudo que não é humano.

Bens = Coisas com interesse econômico e/ou jurídico.

Repise-se que:

Este, nos parece, foi o critério adotado pelo Código Civil em vigor, na sua Parte Geral. Na Parte Especial, notadamente diante da utilização do termo *Direito das Coisas*, o sentido adotado pela legislação é diferente, o que está analisado no Volume 4 da presente coleção.

Certo é que o Código Civil anterior, no tratamento do objeto do direito da sua Parte Geral, não fazia a distinção entre *bem* e *coisa*, usando ora um, ora outro termo, como sinônimos. O Código atual utiliza apenas a expressão *bens*, que podem ser classificados nas formas a seguir listadas.

5.2 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS BENS

5.2.1 Classificação quanto à tangibilidade

A classificação dos bens quanto à tangibilidade não consta no Código Civil de 2002, mas é importantíssima para se compreender a matéria:

- a) *Bens corpóreos, materiais ou tangíveis* – são aqueles bens que possuem existência corpórea, podendo ser tocados. Exemplos: uma casa, um carro.
- b) *Bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis* – são aqueles com existência abstrata e que não podem ser tocados pela pessoa humana. A ilustrar, podem ser citados como sendo bens incorpóreos os direitos de autor, a propriedade industrial, o fundo empresarial, a hipoteca, o penhor, a anticrese, entre outros. Essa intangibilidade não pode ser confundida com a materialidade do título que serve de suporte para a demonstração desses direitos.

No que toca a essa classificação, diferenças importantes são demonstradas por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho no sentido de que, “embora as relações jurídicas possam ter como objeto tanto bens corpóreos quanto incorpóreos, há algumas diferenças na sua disciplina jurídica, como, v.g., o fato de que somente os primeiros podem ser objeto de contrato de compra e venda, enquanto os bens imateriais somente se transferem por contrato de cessão, bem como não podem, em teoria tradicional, ser adquiridos por usucapião, nem ser objeto de tradição (uma vez que esta implica a entrega da coisa)” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 265). Essas questões práticas já justificam a diferenciação. De qualquer forma, além delas, o conceito de bens incorpóreos é fundamental para se compreender o sentido amplo dos objetos do Direito, eis que os direitos em geral também são bens.

Nesse contexto, por derradeiro, vale expor a diferenciação realizada no Direito Alemão, por Karl Larenz, que divide os objetos em duas ordens. Os *objetos de primeira ordem* são os bens materiais e imateriais relativos às invenções. Os *objetos de segunda ordem* são os direitos e as relações jurídicas a eles atinentes (LARENZ, Karl. *Derecho Civil...*, 1978, p. 369-370).

5.2.2 Classificação dos bens quanto à mobilidade

- a) *Bens imóveis* (arts. 79 a 81 do CC) – São aqueles que não podem ser removidos ou transportados sem a sua deterioração ou destruição. Os bens imóveis recebem subclassificação importante para o estudioso do direito, a saber:

- *Bens imóveis por natureza ou por essência*: são aqueles formados pelo solo e tudo quanto se lhe incorporar de forma natural (art. 79 do CC). Os bens imóveis por natureza abrangem o solo com sua superfície, o subsolo e o espaço aéreo. Tudo o que for incorporado será classificado como imóvel por acessão. A título de exemplo pode ser citada uma árvore que nasce naturalmente.
- *Bens imóveis por acessão física industrial ou artificial*: são aqueles bens formados por tudo o que o homem incorporar permanentemente ao solo, não podendo removê-lo sem a sua destruição ou deterioração. Tais bens imóveis têm origem em construções e plantações, situações em que ocorre a intervenção humana. Prevê o Código Civil que não perdem o caráter de imóveis (art. 81):
 - As edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local.
 - Os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.
- *Bens imóveis por acessão física intelectual*: conceito relacionado com tudo o que foi empregado intencionalmente para a exploração industrial, aformoseamento e comodidade (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2002, v. 1, p. 284). São os bens móveis que foram mobilizados pelo proprietário, constituindo uma ficção jurídica, sendo tratados, via de regra, como *pertenças*.

Existe uma grande discussão se essa modalidade de bens imóveis foi ou não banida pelo Código Civil de 2002, inclusive pelo teor do Enunciado n. 11 do CJF/STJ, segundo o qual: “Não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão ‘tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente’, constante da parte final do art. 79 do CC”. O assunto será tratado quando da análise dos bens acessórios. Desde já, este autor esclarece que está filiado ao posicionamento de Maria Helena Diniz e de outros doutrinadores, para quem, por interpretação sistemática dos arts. 79, 80 e 93 do Código, tal modalidade de bens persiste. Isso porque os bens imóveis por acessão física intelectual são *pertenças*, geralmente bens móveis incorporados a imóveis (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2008, p. 84). Na mesma linha opina Álvaro Villaça Azevedo, para quem “é o que se entende por *pertença*, pela qual o bem móvel passa a compor o imóvel, para realizar suas finalidades” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 137). Anote-se, em complemento, que há julgados que admitem tal categoria jurídica (TJSC, Apelação Cível 2007.050102-2, Pomerode, 1.^a Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Ricardo Orofino da Luz Fontes, *DJSC* 04.04.2008, p. 117).

- *Bens imóveis por disposição legal*: tais bens são considerados como imóveis, para que possam receber melhor proteção jurídica. São bens imóveis por determinação legal (art. 80 do CC):
 - O direito à sucessão aberta.
 - Os direitos reais sobre os imóveis, caso da hipoteca, como regra geral, e do penhor agrícola, excepcionalmente.
- b) *Bens móveis* (arts. 82 a 84 do CC) – Os bens móveis são aqueles que podem ser transportados, por força própria ou de terceiro, sem a deterioração, destruição e alteração da substância ou da destinação econômico-social. Os bens móveis podem ser assim subclassificados:
 - *Bens móveis por natureza ou essência*: são os bens que podem ser transportados sem qualquer dano, por força própria ou alheia. Quando o bem móvel puder ser movido de um local para outro, por força própria, será denominado bem móvel *semovente*, como é o caso dos animais. Conforme o art. 84 do CC/2002, os materiais destinados a uma construção, enquanto não empregados, conservam a sua mobilidade sendo, por isso, denominados *bens móveis propriamente ditos*.
 - *Bens móveis por antecipação*: são os bens que eram imóveis, mas que foram mobilizados por uma atividade humana. Exemplo típico é a árvore cortada, que se transforma em lenha, para alguma finalidade. Também pode ser citada a colheita de uma plantação. O que se percebe, é que há uma situação oposta à imobilização por acessão física industrial. A segunda parte do art. 84 do CC dispõe que, no caso de demolição, os bens imóveis podem ser mobilizados, ocorrendo a antecipação.
 - *Bens móveis por determinação legal*: situações em que a lei determina que o bem é móvel, como a previsão que consta do art. 83 do CC, envolvendo:
 - Os direitos reais e as ações respectivas que recaiam sobre bens móveis, caso do penhor, em regra.

- As energias com valor econômico, como é o caso da energia elétrica.
- Os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações, caso dos direitos autorais, nos termos do art. 3.º da Lei 9.610/1998.

Cabe esclarecer que os navios e aeronaves são bens móveis especiais ou *sui generis*. Apesar de serem móveis pela natureza ou essência, são tratados pela lei como imóveis, necessitando de registro especial e admitindo hipoteca. Justamente porque pode recair também sobre navios e aviões, pelo seu caráter acessório e pelo princípio de que o acessório deve seguir o principal, a hipoteca, direito real de garantia, pode ser bem móvel ou imóvel. A questão relativa à hipoteca desses bens está aprofundada no Volume 4 da presente coleção.

5.2.3 Classificação quanto à fungibilidade

Resulta essa classificação da individualização do bem, ou seja, de sua quantidade e da sua qualidade especificadora. Os bens, nessa categoria, podem ser classificados em infungíveis ou fungíveis.

- Bens infungíveis* – São aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. São também denominados *bens personalizados ou individualizados*, sendo interessante lembrar que os bens imóveis são sempre infungíveis. Os veículos são bens infungíveis, característica que também pode estar relacionada com os bens móveis, eis que todos os automóveis são identificados pelo número do chassi. Além disso, justifica-se o fato de que os veículos são bens complexos, com características próprias, a fundar a sua infungibilidade, para fins contratuais, por exemplo.
- Bens fungíveis* – Nos termos do art. 85 do CC/2002, fungíveis são os bens que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Todos os bens imóveis são personalizados, eis que possuem registro, daí serem infungíveis. Já os bens móveis são, na maior parte das vezes, bens fungíveis, mas podem também ser infungíveis, caso dos automóveis e de obras de arte em geral.

Tal diferenciação traz algumas consequências práticas que devem ser estudadas.

Inicialmente, em relação ao contrato de cessão gratuita de tais bens, o mútuo é o negócio que se refere ao empréstimo de coisas fungíveis (empréstimo de consumo). Por outro lado, o comodato é o contrato de empréstimo gratuito de coisas infungíveis (empréstimo de uso).

Conforme regra específica obrigacional, o credor de coisa infungível não pode ser obrigado a receber outra coisa, ainda que mais valiosa, segundo enuncia o art. 313 do Código Civil. Também relacionada com as obrigações, é pertinente lembrar que a compensação, forma de pagamento indireto, efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (art. 369 do CC).

5.2.4 Classificação quanto à consuntibilidade

Apesar de o Código Civil tratar, ao mesmo tempo, das classificações quanto à fungibilidade e consuntibilidade, essas não se confundem, sendo certo que o último critério leva em conta dois parâmetros para a classificação (art. 86 do CC).

- Se o consumo do bem implica em destruição imediata, *a consuntibilidade é física, ou de fato* ou, ainda, *fática*.
- Se o bem pode ser ou não objeto de consumo, ou seja, se pode ser alienado, *a consuntibilidade é jurídica ou de direito*.

O que se nota, portanto, é que o bem pode ser, ao mesmo tempo, consumível e inconsumível, uma vez que dois são os critérios para a classificação, totalmente distintos. Vejamos:

- Bens consumíveis* – São bens móveis, cujo uso importa na destruição imediata da própria coisa (*consuntibilidade física*), bem como aqueles destinados à alienação (*consuntibilidade jurídica*) – art. 86 do CC.
- Bens inconsumíveis* – São aqueles que proporcionam reiteradas utilizações, permitindo que se retire a sua utilidade, sem deterioração ou destruição imediata (*inconsuntibilidade física*), bem como aqueles que são inalienáveis (*inconsuntibilidade jurídica*). Como bem aponta Sílvio de Salvo Venosa, a inconsuntibilidade fática deve ser visualizada no sentido econômico e não no sentido vulgar, pois tudo o que existe em nosso planeta um dia desaparecerá com o consumo (*Direito civil...*, 2003, p. 328).

Como exemplo de um bem *consumível* do ponto de vista fático ou físico e *inconsumível* do ponto de vista jurídico, pode ser citada uma garrafa de bebida famosa clausulada com a inalienabilidade por testamento (art. 1.848 do CC).

Por outra via, como exemplo de um bem *inconsumível* do ponto de vista físico ou fático e *consumível* do ponto de vista jurídico pode ser citado um automóvel. Aliás, em regra, os bens de consumo de valor têm essas características.

Repise-se que não se pode confundir a fungibilidade com a consuntibilidade física ou fática, apesar do tratamento conjunto na Parte Geral do Código Civil de 2002 (“Seção III – Dos Bens Fungíveis e Consumíveis”). Ilustrando, um bem pode ser consumível e ao mesmo tempo infungível, caso da última garrafa de uma bebida famosa. O bem também pode ser inconsumível e fungível, caso de uma ferramenta ou de um talher.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 26, traz classificação muito próxima da relacionada com a consuntibilidade física ou fática. Pela Lei 8.078/1990, os produtos ou bens podem ser classificados em duráveis e não duráveis. Os bens duráveis são aqueles que não desaparecem facilmente com o consumo, enquanto os não duráveis não têm permanência com o uso. Os prazos para reclamação de vícios decorrentes de tais produtos são de 90 e 30 dias, respectivamente, contados da tradição ou entrega efetiva da coisa (quando o vício for aparente) e do conhecimento do problema (quando o vício for oculto).

5.2.5 Classificação quanto à divisibilidade

a) *Bens divisíveis* – São os que podem se partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito, conforme previa o art. 52 do CC/1916. O Código Civil de 2002, em seu art. 87,

prevê que os 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”. Como se vê, o novo texto é mais bem escrito e mais didático, estando de acordo com o princípio da operabilidade. Exemplificase com sacas de cereais, que podem ser divididas sem qualquer destruição. Ademais, dispõe o art. 88 do CC que, a qualquer momento, os bens naturalmente divisíveis podem se tornar indivisíveis, por vontade das partes (autonomia privada) ou por imposição legal.

b) *Bens indivisíveis* – São os bens que não podem ser partilhados, pois deixariam de formar um todo perfeito, gerando a sua divisão uma desvalorização ou perda das qualidades essenciais do todo. A indivisibilidade pode decorrer da natureza do bem, de imposição legal ou da vontade do seu proprietário, conforme exemplos abaixo:

- *Indivisibilidade natural*: caso de uma casa térrea, bem imóvel, cuja divisão gera diminuição do seu valor. Outro exemplo clássico utilizado é o do relógio de pulso de valor considerável.
- *Indivisibilidade legal ou jurídica*: caso da herança, que é indivisível até a partilha, por força do princípio da *saisine*, nos termos do art. 1.784 do CC. Também podem ser citadas a hipoteca e as servidões, que são direitos indivisíveis, em regra. Quanto à hipoteca, a sua divisibilidade ou *fracionamento excepcional* está previsto no art. 1.488 do CC, para os casos de instituição de condomínio ou loteamento do bem principal. Trata-se de novidade instituída pelo Código de 2002.
- *Indivisibilidade convencional*: se dois proprietários de um boi convencionarem que o animal será utilizado para a reprodução, o que retira a possibilidade de sua divisão. Quanto ao condômino, vale citar a previsão do art. 1.320 do CC/2002: “A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão. § 1.º Podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior. § 2.º Não poderá exceder de cinco anos a indivisão estabelecida pelo doador ou pelo testador”.

A classificação apontada, no que concerne à sua relevância jurídica, é fundamental para se compreender as diferenças entre as obrigações divisíveis e indivisíveis, estudadas no Volume 2 desta coleção.

5.2.6 Classificação quanto à individualidade

a) *Bens singulares ou individuais* – São bens singulares aqueles que, embora reunidos, possam ser considerados *de per se*, independentemente dos demais (art. 89 do CC). Como bem apontam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os bens singulares “podem ser *simples*, quando as suas partes componentes encontram-se ligadas naturalmente (uma árvore, um cavalo), ou *compostos*, quando a coesão de seus componentes decorre do engenho humano (um avião, um relógio)” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 274). Para a sua caracterização, portanto, deve-se levar em conta o bem em relação a si mesmo. Como exemplos, ilustrem-se um livro, um boi, uma casa.

b) *Bens coletivos ou universais* – São os bens que se encontram agregados em um todo. Os bens coletivos são constituídos por várias coisas singulares, consideradas em conjunto e formando um todo individualizado. Os bens universais podem decorrer de uma união fática ou jurídica. Vejamos:

- *Universidade ou universalidade de fato* – é o conjunto de bens singulares, corpóreos e homogêneos, ligados entre si pela vontade humana e que tenham utilização unitária ou homogênea, sendo possível que tais bens sejam objeto de relações jurídicas próprias. Nesse sentido, prevê o art. 90 do CC que “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”. Para exemplificar, basta lembrar algumas palavras utilizadas no gênero coletivo, a saber: *alcateia (lobos), manada (elefantes), biblioteca (livros), pinacoteca (quadros), boiada (bois) e assim sucessivamente*.
- *Universidade ou universalidade de direito* – é o conjunto de bens singulares, tangíveis ou não, a que uma ficção legal, com o intuito de produzir certos efeitos, dá unidade individualizada. Pelo teor do art. 91 do CC há um complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico. São exemplos o patrimônio, a herança de determinada pessoa, o espólio, a massa falida, entre outros conceitos estudados como entes despersonalizados no capítulo anterior.

Relativamente ao patrimônio, na versão clássica, Sílvio Rodrigues afirma que “o patrimônio de um indivíduo é representado pelo acervo de seus bens, conversíveis em dinheiro. Há, visceralmente ligada à noção de patrimônio, a ideia de valor econômico, suscetível de ser cambiado, de ser convertido em pecúnia. Nesse sentido, a opinião de Beviláqua, que define o patrimônio como ‘o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiveram valor econômico’” (*Direito civil...*, 1987, v. 1, p. 117). Do Direito Comparado, cabe colacionar a concepção de Larenz, para quem o patrimônio é uma soma ou um conjunto de direitos e relações jurídicas que diz respeito concretamente a uma pessoa determinada, a qual correspondem (LARENZ, Karl. *Derecho Civil...*, 1978, p. 405).

Entre os civilistas brasileiros da nova geração, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald conceituam o patrimônio como “o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativas e passivas) de uma determinada pessoa. Ou seja, é a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel etc.) ou incorpóreos (direitos autorais)” (*Direito civil...*, 2006, p. 312). Pelos três conceitos, o patrimônio é enquadrado como uma universalidade jurídica.

Apesar da semelhança entre os conceitos, percebe-se que a ideia de patrimônio vem recebendo um novo dimensionamento pela atual geração de civilistas, além de meros interesses econômicos. Isso porque se procura valorizar um mínimo patrimonial, para que a pessoa tenha direito a uma vida digna. Cite-se a célebre tese do *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, de Luiz Edson Fachin. Essa tendência de *personalização do Direito Civil*, de valorização da pessoa humana, ao lado de uma *despatrimonialização*, será mais à frente comentada no presente capítulo.

Ainda quanto ao tema da universalidade dos bens, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 288 do CJF/STJ, prevendo que “A pertinência subjetiva não constitui requisito fundamental para a configuração das universalidades de fato e de direito”. Em outras palavras, para a configuração da universalidade, não há necessidade de que o bem pertença à mesma pessoa.

Essa opinião, contudo, particularmente quanto à universalidade de fato, não é seguida por autores como Maria Helena Diniz (*Curso...*, 2007, v. 1, p. 339), Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (*Código Civil...*, 2004, v. I, p. 187). Parecem ter razão os doutrinadores, pois se o bem não pertencer à mesma pessoa não haverá o caráter homogêneo exigido

para a universalidade fática. Além disso, a *pertinência subjetiva* é mencionada expressamente como requisito da universalidade fática no *caput* do art. 90 do CC. Em suma, o enunciado parece ser *contra legem*, ou seja, contra a lei.

5.2.7 Classificação quanto à dependência em relação a outro bem (bens reciprocamente considerados)

- a) *Bens principais (ou independentes)* – São os bens que existem de maneira autônoma e independente, de forma concreta ou abstrata, conforme o art. 92 do CC/2002. Exercem função ou finalidade não dependente de qualquer outro objeto.
- b) *Bens acessórios (ou dependentes)* – São os bens cuja existência e finalidade dependem de um outro bem, denominado bem principal.

Princípio geral do Direito Civil – o bem acessório segue o principal, salvo disposição especial em contrário (accessorium sequatur principale) – princípio da gravitação jurídica.

Tal regra estava prevista no art. 59 do CC/1916 e apesar de não reproduzida literalmente no Código Civil de 2002, continua tendo aplicação direta, como princípio geral do Direito Civil brasileiro, retirado de forma presumida da análise de vários dispositivos da atual codificação. Com um desses comandos, pode ser citado o art. 92 do Código, que em sua parte final enuncia que o bem acessório é “aquele cuja existência supõe a do principal”.

Por essa razão, quem for o proprietário do bem principal será também do bem acessório; a natureza jurídica do acessório será a mesma do principal. Vale aqui lembrar a previsão do art. 233 do CC/2002, segundo o qual na obrigação de dar coisa certa, se incluem os acessórios da coisa, salvo previsão em contrário.

São bens acessórios, previstos no ordenamento jurídico brasileiro:

• *Frutos* – são bens acessórios que têm sua origem no bem principal, mantendo a integridade desse último, sem a diminuição da sua substância ou quantidade. Os frutos, quanto à origem, podem ser assim classificados:

- *Frutos naturais* – são aqueles decorrentes da essência da coisa principal, como as frutas produzidas por uma árvore.
- *Frutos industriais* – decorrem de uma atividade humana, caso de um material produzido por uma fábrica.
- *Frutos civis* – originados de uma relação jurídica ou econômica, de natureza privada, também denominados *rendimentos*. É o caso dos valores decorrentes do aluguel de um imóvel, de juros de capital, de dividendos de ações.

Além disso, quanto ao estado em que eventualmente se encontrarem, os frutos podem ser classificados da seguinte forma, o que remonta a Clóvis Beviláqua:

- *Frutos pendentes* – são aqueles que estão ligados à coisa principal, e que não foram colhidos. Exemplo: maçãs que ainda estão presas à macieira.
- *Frutos percebidos* – são os já colhidos do principal e separados. Exemplo: maçãs que foram colhidas pelo produtor.
- *Frutos estantes* – são aqueles frutos que foram colhidos e encontram-se armazenados. Exemplo: maçãs colhidas e colocadas em caixas em um armazém.
- *Frutos percipiendos* – são os frutos que deveriam ter sido colhidos, mas não foram. Exemplo: maçãs maduras que deveriam ter sido colhidas e que estão apodrecendo.
- *Frutos consumidos* – são os frutos que foram colhidos e não existem mais. São as maçãs que foram colhidas pelo produtor e já vendidas a terceiros.

• *Produtos* – são os bens acessórios que saem da coisa principal, diminuindo a sua quantidade e substância. Percebe-se que é discutível a condição de acessório dos produtos, eis que são retirados ou destacados da própria coisa principal. Como exemplo, pode ser citada a pepita de ouro retirada de uma mina.

• *Pertenças* – são bens destinados a servir um outro bem principal, por vontade ou trabalho intelectual do proprietário. A categoria não estava tratada pela codificação anterior e continua a gerar grandes debates entre os civilistas. Com efeito, prevê o art. 93 do CC inovação importante que “São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro”.

Ensina Maria Helena Diniz que as *pertenças* “são bens acessórios destinados, de modo duradouro, a conservar ou facilitar o uso ou prestar serviço ou, ainda, a servir de adorno ao bem principal, sem ser parte integrante. Apesar de acessórios, conservam sua individualidade e autonomia, tendo apenas como principal uma subordinação econômico-jurídica, pois sem haver qualquer incorporação vinculam-se ao principal para que atinja suas finalidades. São pertenças todos os bens móveis que o proprietário, intencionalmente, empregar na exploração industrial de um imóvel, no seu aformoseamento ou na sua comodidade” (*Novo Código Civil...*, 2003, p. 103).

As pertenças podem ser classificadas em pertenças *essenciais* ou não *essenciais*, sendo interessante tecer algumas palavras sobre o tema. Estabelece o art. 94 do CC que “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”.

Opina-se no sentido de que se a pertença for essencial ao bem principal seguirá o último, não merecendo aplicação o que consta na primeira parte do art. 94 do CC, pois assim quis o proprietário da coisa principal. *A pertença essencial, quando móvel, constitui um bem imóvel por acessão intelectual*, como defende a Professora Maria Helena Diniz. Por isso, deve acompanhar a coisa principal, conclusão que decorre das circunstâncias do caso, do *princípio da gravitação jurídica*,

conforme a parte final do art. 94 do CC.

Assim o é um piano no conservatório musical, aproveitando o exemplo da própria Maria Helena Diniz. Logicamente, quando a pessoa compra o conservatório, espera que o piano, pertença essencial, acompanhe o primeiro. Em casos tais a pertença constitui um bem móvel incorporado a um imóvel, ou seja, um bem imóvel por acessão física intelectual.

O mesmo não se pode dizer de um piano que se encontra na casa de alguém, também pertença, mas não essencial, aí sim merecendo aplicação a primeira parte do art. 94 do CC/2002.

Esse raciocínio desenvolvido demonstra que continua com força total a regra pela qual o acessório segue o principal (*princípio da gravitação jurídica*).

Desse modo, fica claro, mais uma vez, que este autor não se filia ao teor do Enunciado n. 11 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, elaborado nos seguintes termos: “Art. 79: não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão ‘tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente’, constante da parte final do art. 79 do CC”. Compreendemos que quando o art. 79 do CC utiliza a expressão *artificialmente* está incluindo a vontade humana, a acessão intelectual. Sem prejuízo dos posicionamentos de Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo, cumpre destacar que na mesma linha vêm se posicionando outros doutrinadores contemporâneos, para quem a categoria de pertenças engloba os bens imóveis por acessão (ver, por exemplo: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código...*, 2010, p. 91; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo...*, 2012, v. 1, p. 310; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito...*, 2010, v. 1, p. 283).

Para motivar o debate, é interessante aqui apontar a crítica formulada por Inácio de Carvalho Neto em seu *Curso de Direito Civil*: “Pretende Flávio Tartuce distinguir pertenças essenciais de pertenças não essenciais. (...). Mas, *data venia*, não podemos partilhar dessa opinião. Em primeiro lugar porque não nos parece que subsista o antigo conceito de bens imóveis por acessão física intelectual, pelas razões que já expusemos. Ademais, o que o autor descreve como pertenças essenciais, se se pudesse aceitar como tais, já não seriam pertenças, mas integrantes do próprio bem principal. No exemplo do conservatório musical, bastaria ao adquirente do conservatório deixar expresso no contrato que o piano deve ser incluído na transação para excepcionar a regra do art. 94; a ausência de disposição contratual a respeito, contudo, não há que se falar em acessoriedade” (*Curso...*, 2006, v. I, p. 296-297).

Com todo o respeito, na verdade o jurista citado é quem parece confundir o conceito de pertenças com o de partes integrantes. Como afirma o próprio Inácio de Carvalho Neto, mais à frente, as partes integrantes formam com o principal um todo. Ora, não se pode afirmar que o piano forma com o conservatório um todo, uma massa única, pois tem individualidade própria. O conceito de partes integrantes, aliás, será abordado a seguir.

A encerrar o estudo da categoria das pertenças, cumpre destacar que a pertença pode surgir por destinação da vontade do proprietário, o que é regra, ou de outra razão de ordem objetiva. Tal dedução consta do Enunciado n. 535, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil, in verbis*: “Para a existência da pertença, o art. 93 do Código Civil não exige elemento subjetivo como requisito para o ato de destinação”.

Conforme consta das suas justificativas, “parte da doutrina pátria tem sustentado que, para a

qualificação de determinada coisa como pertença, é necessária a existência de requisito subjetivo. O requisito subjetivo existiria assentado em ato de vontade do titular da coisa principal ao destinar determinada coisa para atender a finalidade econômico-social de outra. Esse ato, chamado de ato de afetação, é classificado ou como ato jurídico *stricto sensu*, segundo alguns, ou como negócio jurídico. Entretanto, não se pode pensar o instituto das pertenças com os olhos voltados ao instituto dos imóveis por destinação, na forma como foi regrado no inc. III do art. 43 do Código Civil abrogado, em que era exigido do proprietário de coisa móvel o elemento intencional para que fosse concretizado o referido suporte fático. O legislador pátrio não impôs, ao tratar da pertença nos arts. 93 e art. 94 do Código Civil, o elemento volitivo como requisito para configurar a destinação de certa coisa para atender a função econômico-social de coisa principal ou ser a destinação efetuada pelo proprietário. Pela concreção dos elementos do suporte fático do art. 93 do Código Civil, a relação de pertinência é tutelada de modo objetivo. Destarte, sendo irrelevante a vontade de quem pratica o ato da destinação, importando tão somente o fato de submeter determinada coisa, de modo duradouro, ao fim econômico-social de outra, a destinação tem de ser classificada como ato-fato jurídico. Bastará à realização dessa destinação ter o destinador o poder fático de dispor da coisa principal e da coisa a ser pertença. Não é preciso que seja dono da coisa principal ou da coisa a ser pertença, nem que as possua”.

Apesar da louvável tentativa do enunciado, fica difícil imaginar um exemplo concreto pertinente em que a pertença surge por razão de ordem objetiva.

- *Partes integrantes* – De acordo com Maria Helena Diniz, as partes integrantes são os bens acessórios que estão unidos ao bem principal, formando com este último um todo independente. As partes integrantes são desprovidas de existência material própria, mesmo mantendo sua integridade (*Curso de direito civil...*, p. 103), exemplificando a professora com a hipótese da lâmpada em relação ao lustre. Também pode ser citada a lente de uma câmera filmadora. Constata-se que a lâmpada e a lente não têm a mesma funcionalidade quando não estão ligadas ao principal. Como se vê, a parte integrante sempre deve ser analisada tendo outro bem como parâmetro. A diferença substancial em relação às pertenças é que as últimas têm certa individualidade.

- *Benfeitorias* – são os bens acessórios introduzidos em um bem móvel ou imóvel, visando a sua conservação ou melhora da sua utilidade. Conforme exposto, enquanto os frutos e produtos decorrem do bem principal, as benfeitorias são nele introduzidas. É interessante aqui relembrar a antiga classificação das benfeitorias, que remonta ao Direito Romano e que consta do art. 96 do CC/2002:

- a) *Benfeitorias necessárias* – sendo essenciais ao bem principal, são as que têm por fim conservar ou evitar que o bem se deteriore. Exemplo: a reforma do telhado de uma casa.
- b) *Benfeitorias úteis* – são as que aumentam ou facilitam o uso da coisa, tornando-a mais útil. Exemplo: instalação de uma grade na janela de uma casa.
- c) *Benfeitorias voluptuárias* – são as de mero deleite, de mero luxo, que não facilitam a utilidade da coisa, mas apenas tornam mais agradável o uso da coisa. Exemplo: construção de uma piscina em uma casa.

A classificação das benfeitorias descrita pode variar conforme a destinação, a utilidade ou a localização do bem principal, principalmente se as primeiras forem relacionadas com bens imóveis. A título de exemplo, uma piscina na casa de alguém é, em regra, benfeitoria voluptuária. A piscina, na escola de natação, é benfeitoria necessária.

Essa classificação é importante para o estudo dos efeitos decorrentes da posse e merece um tratamento especial no volume de Direito das Coisas.

Por derradeiro, não se pode confundir as benfeitorias com as acessões, nos termos do art. 97, que são as incorporações introduzidas em outro bem, imóvel, pelo proprietário, possuidor e detentor.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o que diferencia as benfeitorias das pertenças é que as primeiras são introduzidas por quem não é o proprietário, enquanto as últimas por aquele que tem o domínio. Tanto isso é verdade, a título de ilustração, que a Lei de Locação (Lei 8.245/1991) não trata das pertenças, apenas das benfeitorias quanto aos efeitos para o locatário (arts. 35 e 36). Exemplificando, para encerrar o tema, vejamos as hipóteses a seguir.

Como fica um *toca-CDs-MP3-DVDs* em relação a um veículo? Como enquadrar o primeiro como bem acessório?

Situação 1: Se o veículo já vem com o *toca-CDs-MP3-DVDs* de fábrica, como parte do painel, o último será parte integrante do veículo.

Situação 2: Se o *toca-CDs-MP3-DVDs* foi instalado pelo proprietário será pertença não essencial. Como é de costume, se alguém vende um veículo, o *toca-CDs-MP3-DVDs* não o acompanha.

Situação 3: Se vigente um comodato e o comodatário instalar o *toca-CDs-MP3-DVDs*, este será benfeitoria voluptuária.

5.2.8 Classificação em relação ao titular do domínio

a) *Bens particulares ou privados* – São os que pertencem às pessoas físicas ou jurídicas de Direito privado. Atendem exclusivamente aos interesses dos seus proprietários. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona procuram conceituar os bens privados por exclusão, como faz o art. 98 do CC/2002: “aqueles não pertencentes ao domínio público, mas sim à iniciativa privada, cuja disciplina interessa, em especial, ao Direito Civil” (*Novo...*, 2003, p. 281). Concordamos com esse didático critério.

b) *Bens públicos ou do Estado* – São os que pertencem a uma entidade de direito público interno, como no caso da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entre outros (art. 98 do CC). Na *IV Jornada de Direito Civil*, concluiu-se que o rol constante do art. 98 do CC é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 287 do CJF/STJ que “O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente à pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos”.

De qualquer forma, nos termos do art. 99 do CC, os bens públicos podem ser assim classificados:

- *Bens de uso geral ou comum do povo* (art. 99, I, do CC). São os bens destinados à utilização do público em geral, sem necessidade de permissão especial, caso das praças, jardins, ruas, estradas, mares, rios, praias, golfos, entre outros. Os bens de uso geral do povo não perdem a característica de uso comum se o Estado regulamentar sua utilização de maneira onerosa. O meio ambiente ou *Bem Ambiental* constitui espécie do gênero bem de uso geral do povo, mas com natureza difusa e não meramente pública, conforme será analisado a seguir.
- *Bens de uso especial* (art. 99, II, do CC). São os edifícios e terrenos utilizados pelo próprio Estado para a execução de serviço público especial, havendo uma destinação especial, denominada *afetação*. São bens de uso especial os prédios e as repartições públicas.
- *Bens dominicais ou dominiais* (art. 99, III, do CC). São os bens públicos que constituem o patrimônio disponível e alienável da pessoa jurídica de Direito Público, abrangendo tanto móveis quanto imóveis. São exemplos de bens dominicais os terrenos de marinha, as terras devolutas, as estradas de ferro, as ilhas formadas em rios navegáveis, os sítios arqueológicos, as jazidas de minerais com interesse público, o mar territorial, entre outros.

Pois bem, a maioria da doutrina administrativista aponta que as expressões *bens dominicais* e *bens dominiais* são sinônimas (Celso Antonio Bandeira de Melo e Hely Lopes Meirelles). Mas autores como José Cretella Jr. e José dos Santos Carvalho Filho entendem que os conceitos são distintos, pois os bens dominiais são *gênero* (qualquer bem público), enquanto que os bens dominicais são *espécie* (os enquadrados no art. 99, III, do CC). Os entendimentos constam da obra do último jurista (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, 2007, p. 971).

Os bens públicos de uso geral do povo e os de uso especial são bens do domínio *público* do Estado. Os dominicais são do domínio *privado* do Estado. Os bens públicos dominicais podem, por determinação legal, ser convertidos em bens públicos de uso comum ou especial.

Desse modo, os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial têm como característica a *inalienabilidade*, não havendo qualquer referência quanto aos dominicais no art. 100 do CC. O dispositivo seguinte prevê a possibilidade de alienação dos bens dominicais, desde que respeitados os parâmetros legais (art. 101 do CC). Quanto aos primeiros, lembre-se que a inalienabilidade não é absoluta, podendo perder essa característica pela *desafetação*. Leciona Renan Lotufo que a “desafetação é mudança de 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 do Direito Administrativo” (*Código Civil comentado...*, 2003, v. I, p. 256).

Preceitua o art. 102 do Código de 2002 que os bens públicos, móveis ou imóveis, não estão sujeitos a usucapião, eis que há a imprescritibilidade das pretensões a eles referentes, confirmando determinação que já constava dos arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988, quanto aos bens imóveis. A expressão contida no dispositivo legal engloba tanto os bens de uso comum do povo como os de uso especial e dominicais.

Silvio Rodrigues entendia que as terras devolutas, por interpretação do art. 188, *caput*, da CF/1988, poderiam ser objeto de usucapião. Ensinava o saudoso Professor da USP que “parece-me que o legislador constituinte, distinguindo as terras públicas das devolutas, criou, como já disse, um novo gênero de bens públicos dominiais, o das terras devolutas, que seriam aquelas que constituem um acervo que o Estado detém como os particulares detêm o próprio patrimônio. Tal patrimônio escapa da regra do art. 100 do Código Civil, que declara inalienáveis os demais bens públicos classificados no dispositivo anterior, e está sujeito a usucapião” (*Direito civil. Parte geral...*, 2002,

Entretanto, esse posicionamento é minoritário. De qualquer forma, como está exposto no volume da coleção que trata do Direito das Coisas há uma mudança de pensamento a respeito da possibilidade de usucapião dos bens públicos, principalmente daqueles que não estejam atendendo à sua função social (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2014, v. 4).

Pois bem, para muitos estudiosos do Direito, na classificação de bens, está superada a dicotomia *público e privado* apontada. Surge o conceito de *bem difuso*, sendo seu exemplo típico o meio ambiente, protegido pelo art. 225 da Constituição Federal e pela Lei 6.938/1981, visando à proteção da coletividade, de entes públicos e privados. O *Bem Ambiental* é, nessa visão englobadora, um bem difuso, material ou imaterial, cuja proteção visa assegurar a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental...*, 2001). Essa é a melhor concepção *civil-constitucional* de meio ambiente, para a proteção das presentes e futuras gerações, ou seja, amparando-se direitos *transgeracionais* ou *intergeracionais*.

Essa ampla proteção justifica o *princípio do poluidor-pagador*, com a responsabilidade objetiva – independentemente de culpa –, e solidária de todos aqueles que causam danos ambientais, nos termos da Lei 6.938/1981. Em reforço, como consta de julgado publicado no *Informativo* n. 415 do STJ, de novembro de 2009, “O dano ambiental refere-se àquele que oferece grande risco a toda humanidade e à coletividade, que é a titular do bem ambiental que constitui direito difuso” (STJ, REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 10.11.2009, *DJe* 19.11.2009).

Por fim, há ainda o conceito de *res nullius* que são aqueles bens ou coisas que não têm dono. Por uma questão lógica, esses somente poderão ser bens móveis, pois os imóveis que não pertencem a qualquer pessoa são do Estado (terras devolutas).

5.3 DO BEM DE FAMÍLIA

5.3.1 Introdução. Concepção civil-constitucional do bem de família. A nova dimensão da ideia de patrimônio

O Código Civil de 2002 traz um capítulo específico a tratar dos direitos da personalidade, o que não constitui novidade no sistema jurídico nacional. Na verdade, o previsto entre os arts. 11 a 21 da atual codificação apenas reafirma a proteção da pessoa natural e dos direitos fundamentais consolidada na Constituição Federal, particularmente entre os seus arts. 1.º a 5.º, que consagram, respectivamente, os princípios da *dignidade* da pessoa humana, da *solidariedade* social e da *igualdade lato sensu*, também denominado princípio da isonomia ou igualdade substancial. Esses são, conforme ensina Gustavo Tepedino, os princípios do *Direito Civil Constitucional*, a *triade fundamental* da tendência de constitucionalização e personalização do Direito Civil – *dignidade-solidariedade-igualdade* (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas...*, *Temas de direito civil...*, 2004).

Atualmente percebe-se que o rol dos direitos da personalidade ou direitos existenciais ganha outro cunho, recebendo a matéria um tratamento específico em dispositivos legais que regulamentam direitos eminentemente patrimoniais. Quanto a essa proteção, que coloca os direitos da

personalidade e os direitos patrimoniais no mesmo plano, vale como consulta todo o trabalho doutrinário construído por Luiz Edson Fachin, na sua tão aclamada obra *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, em que é apontada essa tendência de *repersonalização do Direito Civil* (Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

Sobre o tema, ensina Fachin que “a ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata” (*Estatuto jurídico...*, 2001, p. 190).

A proteção do *homestead*, do bem de família e de outros conceitos patrimoniais está apontada por Luiz Edson Fachin na obra transcrita, em que o doutrinador ensina que a impenhorabilidade do bem de família legal seria uma previsão do Código Civil, fora da codificação, um “oásis no meio do transcurso” (*Estatuto jurídico...*, 2001, p. 141 a 165). Na verdade a Lei 8.009/1990 constitui um *satélite do sistema solar*, mas com todo ele deve ser analisado.

Aponte-se que a proteção do bem de família legal, constante na Lei 8.009/1990, nada mais é que a proteção do direito à moradia (art. 6.º da CF/1988) e da dignidade da pessoa humana, seguindo a tendência de valorização da pessoa, bem como a solidariedade estampada no art. 3.º, I, da CF/1988. Falar em dignidade humana nas relações privadas significa discutir o direito à moradia, ou, muito mais do que isso, o direito à casa própria.

A este autor parece que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a tese do *patrimônio mínimo*, ao reconhecer que o imóvel em que reside pessoa solteira está protegido pela impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990. Nesse sentido, cumpre transcrever o teor da seguinte ementa, uma das mais destacadas naquele Tribunal Superior:

“Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário. Lei 8.009/1990. A interpretação teleológica do art. 1.º da Lei 8.009/1990 revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (STJ – REsp 182.223/SP – j. 06.02.2002 – Corte Especial – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJ 07.04.2003, p. 209; *REVJUR* 306/83; Veja: STJ – REsp 276.004-SP (*RSTJ* 153/273, *JBCC* 191/215), REsp 57.606-MG (*RSTJ* 81/306), REsp 159.851-SP (*LEXJTACSP* 174/615), REsp 218.377-ES (*LEX-STJ* 136/111, *RDR* 18/355, *RSTJ* 143/385)).

Por certo é que, pelo que consta no art. 226 da Constituição Federal uma pessoa solteira não constitui uma família, nos exatos termos do sentido legal. Um homem solteiro, como se sabe, não constitui uma entidade familiar decorrente de casamento ou união estável.

Não há, ademais, uma entidade ou família monoparental, aquela formada por ascendentes e descendentes que dividem o mesmo teto, nos exatos termos da lei; ou parentes que mantêm relação entre si caracterizada pela afetividade, que a doutrina denomina *família anaparental* (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2005, p. 47). Estaria, então, o julgador alterando o conceito de *bem de família*? A este autor parece que sim, estando ampliado o seu conceito para *bem de residência da pessoa natural*.

Pela ementa transcrita, deve-se compreender que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento atual pelo qual a impenhorabilidade do bem de família não visa a proteger a família em si. O objetivo da proteção é a pessoa humana, a premente necessidade do direito à moradia. Nesse contexto, valoriza-se a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, seguindo a aqui já citada tendência de *personalização do Direito Civil*. O entendimento consolidou-se de tal forma no Superior Tribunal de Justiça que no final de 2008 foi editada a Súmula 364, estabelecendo que a proteção da Lei 8.009/1990 atinge o imóvel onde reside a pessoa solteira, separada ou viúva.

A nova geração de civilistas tem manifestado a sua total concordância em relação a esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “o conceito legal de entidade familiar não poderia ser tão duro, sob pena de se coroarem injustiças”. Assim, seriam “inatacáveis as palavras do culto Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: a Lei 8.009/1990 não está dirigida a um número de pessoas. Mas à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal” (*Novo curso...*, 2003, v. I, p. 290-291). Em sentido muito próximo, comentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que “Desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional! A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir a proteção da família” (*Direito Civil. Teoria Geral...*, 2006, p. 342).

Da nossa parte, filiamo-nos integralmente às palavras transcritas e à recente súmula, em prol da proteção da pessoa, tendência do *Direito Civil Contemporâneo* que emerge a partir da tendência de constitucionalização do Direito Privado. Como se vê, há uma nova dimensão dada à ideia de patrimônio, com vistas à proteção da pessoa, que está no centro do Direito Privado.

Ainda ilustrando a respeito da célebre tese, o patrimônio mínimo foi mencionado expressamente pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado que reconheceu que a proteção da Lei 8.009/1990 pode ser estendida a imóveis de propriedade de pessoas jurídicas:

“Processual civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal movida em face de bem servil à residência da família. Pretensão da entidade familiar de exclusão do bem da execução fiscal. Possibilidade jurídica e legitimidade para o oferecimento de embargos de terceiro. É bem de

família o imóvel pertencente à sociedade, dê-se que o único servil à residência da mesma. *Ratio essendi* da Lei 8.009/90. 1. A Lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade comercial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais. 3. Aferida à sociedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*. 4. *In casu*, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que ‘A impenhorabilidade da Lei 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios’. (FACHIN, Luiz Edson. ‘Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo’, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em consequência ‘(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, DEVEM BENEFICIAR-SE DA IMPENHORABILIDADE LEGAL.’ [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela Constituição Federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente, mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela *causa petendi* eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 621.399/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, DJU 20.02.2006, p. 207).

Pois bem, tradicionalmente, o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem. Duas são as formas de bem de família previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, podem os cônjuges ou entidade familiar – famílias decorrentes do casamento, uniões estáveis entre homem e mulher, famílias monoparentais ou outra origem –, mediante escritura pública ou testamento, destinar fração de seu patrimônio para instituir o *bem de família convencional* ou *voluntário*.

Além do bem de família convencional ou voluntário, a Lei 8.009/1990, baseada no trabalho acadêmico do Professor Álvaro Villaça Azevedo, dispõe sobre a impenhorabilidade do *bem de família legal*, que passou a ser o imóvel residencial (rural ou urbano) próprio do casal ou da entidade familiar, protegido pela impenhorabilidade, independentemente de inscrição no Registro de Imóveis. Originariamente, ensina o Professor do Largo de São Francisco que “Pode-se dizer, seguramente, que o bem de família nasceu com tratamento jurídico específico, na República do

Texas, sendo certo que, no Direito Americano, desponta ele como sendo uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família...*, 1974, p. 19). Trata-se da proteção do *homestead*, o que significa *local do lar*.

A partir dessa *visão dualista*, passa-se à análise dessas duas modalidades de bens protegidas pela lei privada.

5.3.2 O bem de família convencional ou voluntário

A matéria antes estava tratada na Parte Geral do Código Civil de 1916 (arts. 70 a 73), estando agora inserida no livro que trata de Direito de Família (arts. 1.711 a 1.722). Isso porque o instituto mantém relação direta com o direito familiar, sendo tendência a proteção dos direitos da personalidade, a partir de uma concepção social e axiológica. Por razões didáticas e metodológicas, está-se tratando da matéria no presente volume.

O *bem de família convencional ou voluntário* pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, não podendo ultrapassar essa reserva um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição (art. 1.711 do CC). O limite estabelecido pela legislação visa a proteger eventuais credores. Ainda pelo que consta da parte final desse dispositivo, o bem de família convencional não revogou o bem de família legal, coexistindo ambos em nosso ordenamento jurídico. No caso de instituição por terceiro, devem os cônjuges aceitar expressamente o benefício.

Deve-se ter em mente que as regras constantes do Código Civil não se aplicam, pelo menos a princípio, ao bem de família legal, tratado especificamente pela Lei 8.009/1990. Invocando o *diálogo das fontes*, o diálogo é de exclusão ou de coerência, ou seja, aplica-se uma lei ou outra.

Lembra Rodrigo da Cunha Pereira que “as entidades familiares constitucionalizadas não são *numerus clausus*. Portanto, devem ser consideradas também as entidades unipessoais” (*Código Civil anotado...*, 2004, p. 1.184). Isso justifica a possibilidade de instituição do bem de família voluntário por membros de outras manifestações familiares, caso da *família anaparental*, constituída por parentes que não são ascendentes e descendentes e até da *família homoafetiva*, entre pessoas do mesmo sexo.

Para que haja a proteção prevista em lei, é necessário que o bem seja imóvel residencial, rural ou urbano, incluindo a proteção a todos os bens acessórios que o compõem, caso inclusive das pertencas (art. 1.712 do CC). A proteção poderá ainda abranger valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Constituindo novidade, pelo art. 1.713 do CC tais valores mobiliários não poderão exceder o valor do prédio instituído, diante da sua flagrante natureza acessória. Tais valores, ademais, devem ser individualizados no instrumento de instituição do bem de família convencional (art. 1.723, § 1.º, do CC). Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família também deverá constar dos respectivos livros de registro (art. 1.723, § 2.º, do CC). Eventualmente, o instituidor da proteção pode determinar que a administração desses valores seja confiada a uma instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento das rendas a todos os beneficiários (art. 1.723, § 3.º, do CC). Em casos tais, a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras

previstas para o contrato de depósito voluntário (arts. 627 a 646 do CC).

A instituição do bem de família convencional deve ser efetuada por escrito e registrada no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o mesmo está situado (art. 1.714 do CC). Em todos os casos, pela regra especial e expressa do art. 1.711 do CC, há necessidade de escritura pública ou testamento, não importando o valor do imóvel. Assim, não merecerá aplicação o art. 108 do CC, que dispensa a elaboração de escritura pública nos negócios envolvendo imóveis com valor igual ou inferior a trinta salários mínimos.

Com a instituição do bem de família convencional ou voluntário, o prédio se torna inalienável e impenhorável, permanecendo isento de execuções por dívidas posteriores à instituição. Entretanto, tal proteção não prevalecerá nos casos de dívidas com as seguintes origens (art. 1.715 do CC).

- a) dívidas anteriores à sua constituição, de qualquer natureza;
- b) dívidas posteriores, relacionadas com tributos relativos ao prédio, caso do IPTU (obrigações *propter rem* ou ambulatórias);
- c) despesas de condomínio (outra típica obrigação *propter rem* ou ambulatória), mesmo posteriores à instituição.

Destaque-se *que essas são as exceções relativas ao bem de família convencional, não se confundido com aquelas previstas para o bem de família legal* (art. 3.º da Lei 8.009/1990).

O parágrafo único do art. 1.715 do CC está em sintonia com a proteção da pessoa, prevendo que, no caso de execução dessas dívidas, o saldo existente deva ser aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, a não ser que motivos relevantes aconselhem outra solução, a critério do juiz.

A inalienabilidade, como regra geral, está prevista no art. 1.717 do CC, sendo somente possível a alienação do referido bem mediante consentimento dos interessados (membros da entidade familiar), e de seus representantes, ouvido o Ministério Público. Como fica claro pelo dispositivo, a possibilidade de alienação depende de autorização judicial, sendo relevantes os motivos para tanto.

Eventualmente, comprovada a impossibilidade de manutenção do bem de família convencional, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação real de bens que o constituem em outros, ouvido o instituidor e o Ministério Público. Trata-se de uma hipótese de dissolução judicial do bem protegido (art. 1.719 do CC). De acordo com a jurisprudência, em havendo sub-rogação, os efeitos são produzidos após o registro da substituição e não da instituição do bem anterior (TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.775606-2/0011, Belo Horizonte, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 19.08.2008, *DJEMG* 29.08.2008).

No que concerne à sua administração, salvo previsão em contrário, cabe a ambos os cônjuges, sendo possível a intervenção judicial, em caso de divergência (art. 1.720 do CC). Esse comando legal, que constitui novidade, está em total sintonia com a igualdade consagrada no art. 226 da CF/1988 e no art. 1.511 do CC. Traz também uma tendência de *judicialização dos conflitos conjugais*, pois o juiz irá decidir sobre a questão que interessa aos membros da entidade familiar. É importante a constatação de que essa tendência não é a atual, de *fuga do Judiciário*, o que pode ser captado, por exemplo, pela Lei 11.441/2007, que possibilitou o divórcio, o inventário e a partilha

extrajudiciais (*desjudicialização*).

No caso de falecimento de ambos os cônjuges, a administração caberá ao filho mais velho, se for o mesmo maior. Caso contrário, a administração caberá a seu tutor (art. 1.720, parágrafo único, do CC).

A instituição dura até que ambos os cônjuges faleçam, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioridade (art. 1.716 do CC). Mais uma vez se percebe a intenção do legislador de proteger a célula familiar. Todavia, a extinção do bem de família convencional não afasta a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990.

A dissolução da sociedade conjugal, seja por separação, divórcio, morte, inexistência, nulidade ou anulabilidade do casamento, não extingue o bem de família convencional. Dissolvida a sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção da proteção, se for o único bem do casal (art. 1.721 do CC). Concorde-se com Rodrigo da Cunha Pereira quando lembra que tal dispositivo também se aplica, igualmente, aos conviventes de uma união estável, ou a outras entidades familiares (*Código Civil...*, 2004, p. 1.189). Porém, mais uma vez, a extinção do bem de família voluntário ou convencional não afasta a proteção da lei específica.

Por fim, determina o art. 1.722 do CC que se extingue o bem de família convencional com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos à curatela. Pela terceira vez elucidando, essa extinção não impede a aplicação da proteção constante da Lei 8.009/1990, sobre a qual se começa a tratar.

5.3.3 O bem de família legal

A Lei 8.009/1990 traça as regras específicas quanto à proteção do bem de família legal, prevendo o seu art. 1.º que “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na lei”. Trata-se de importante *norma de ordem pública* que protege tanto a família quanto a pessoa humana.

Isso justifica a Súmula 205 do STJ, pela qual a Lei 8.009/1990 tem eficácia retroativa, atingindo as penhoras constituídas antes da sua entrada em vigor. Trata-se do que denominamos *retroatividade motivada ou justificada*, em prol das normas de ordem pública. Sendo norma de ordem pública no campo processual, a impenhorabilidade do bem de família legal pode ser conhecida de ofício de juiz (TRT 9.ª R., Proc. 17606-2001-651-09-00-6; Ac. 34972-2007, Seção Especializada; Rel. Desa. Marlene Teresinha Fuverki Sugimatsu; *DJPR* 27.11.2007). Ato contínuo, antes de arrematação do bem, a alegação de impenhorabilidade cabe por simples petição, não sendo o caso de preclusão processual (STJ, AgRg no REsp 292.907/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 18.08.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 314). Como se percebe, a jurisprudência nacional vem entendendo que o bem de família legal acaba por quebrar alguns paradigmas processuais.

Em regra, a impenhorabilidade somente pode ser reconhecida se o imóvel for utilizado para residência ou moradia permanente da entidade familiar, não sendo admitida a tese do simples

domicílio (art. 5.º, *caput*, da Lei 8.009/1990). O Superior Tribunal de Justiça, contudo, vem entendendo que, no caso de locação do bem, utilizada a renda do imóvel para a manutenção da entidade familiar, a proteção permanece, conforme o teor da ementa a seguir transcrita:

“Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Constrição. Impossibilidade. Lei 8.009/1990, art. 1.º. Exegese. Súmula 7-STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula n. 7 do STJ. III. Agravo improvido” (STJ, AGA 385.692/RS, j. 09.04.2002, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 19.08.2002, p. 177. Veja: STJ – REsp 114.119/RS, 302.781/SP, 159.213/ES (RDR 15/385) e 183.042/AL).

É de se filiar ao julgado transcrito, pois, na verdade, ele nada mais faz do que proteger a moradia de forma indireta, conforme ordena o art. 6.º da CF/1988. A situação pode ser denominada como do *bem de família indireto*. A questão consolidou-se de tal forma que, em 2012, foi editada a Súmula n. 486 do STJ, *in verbis*: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

Entende-se, ainda e naquela Corte Superior, que a premissa igualmente vale para o caso de único imóvel do devedor que esteja em usufruto, para destino de moradia de sua mãe, pessoa idosa (STJ, REsp 950.663/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.2012). Na última *decisão*, além da proteção da moradia, julgou-se com base no sistema de tutela constante do Estatuto do Idoso.

Ato contínuo de estudo, com o devido respeito ao posicionamento em contrário, parece correta a conclusão que não estabelece, em regra, limite de valor para o bem de família. Nessa linha de pensamento, colaciona-se acórdão do STJ, assim publicada no seu *Informativo* n. 441:

“Penhora. Bem de Família. Valor Vultoso. Na espécie, o mérito da controvérsia é saber se o imóvel levado à constrição situado em bairro nobre de capital e com valor elevado pode ser considerado bem de família para efeito da proteção legal de impenhorabilidade, caso em que não há precedente específico sobre o tema no STJ. Ressalta o Min. Relator que, nos autos, é incontroverso o fato de o executado não dispor de outros bens capazes de garantir a execução e que a Lei n. 8.009/1990 não distingue entre imóvel valioso ou não, para efeito da proteção legal da moradia. Logo o fato de ser valioso o imóvel não retira sua condição de bem de família impenhorável. Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e lhe deu provimento para restabelecer a sentença. Precedentes citados do STF: RE 407.688-8-SP, *DJ* 06.10.2006; do STJ: REsp 1.024.394-RS, *DJe* 14.03.2008; REsp 831.811-SP, *DJe* 05.08.2008; AgRg no Ag 426.422-PR, *DJe* 12.11.2009; REsp 1.087.727-GO, *DJe* 16.11.2009, e REsp 1.114.719-SP, *DJe* 29.06.2009” (STJ, REsp 715.259/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.08.2010).

A residência da entidade familiar pode ser comprovada pela juntada de comprovantes de pagamento de contas de água, luz, gás e telefone, sendo certo que outros meios probatórios podem conduzir o magistrado ao reconhecimento da penhorabilidade ou não (TJRS, AC 70006884670, Torres, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 11.12.2003).

No caso de a pessoa não ter imóvel próprio, a impenhorabilidade recai sobre os bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam da propriedade do locatário (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990).

Por outra via, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos estão excluídos da impenhorabilidade (art. 2.º). Em complemento à previsão dos veículos de transporte, o STJ editou no ano de 2010 a Súmula 449, prevendo que “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”. A súmula não conta com o apoio deste autor. Isso porque, pelo *princípio da gravitação jurídica*, a impenhorabilidade da vaga de garagem – de natureza acessória –, deve seguir a sorte do bem principal.

Nos casos de imóvel locado, a impenhorabilidade atinge também os bens móveis do locatário, quitados, que guarneçam a sua residência (art. 2.º, parágrafo único, da lei específica).

Leciona Theotônio Negrão que, de acordo com a Lei 8.009/1990, a jurisprudência tem considerado impenhoráveis, quando guarnecem a residência do devedor, os seguintes bens: aparelhos de som e de televisão; armários de cozinha; dormitório; estofados; fogão; *freezer* e geladeira; gravador; guarda-roupas; jogo de jantar; máquina de lavar louças e roupas; passadora e secadora de roupas; toca-fitas; vaca leiteira (*Código de Processo Civil...*, 31. ed., 2000, p. 1.108).

Por outro lado, são considerados penhoráveis: aparelho de ar condicionado, aparelho de videocassete, aparelhos elétricos e eletrônicos sofisticados, bicicletas, forno de microondas, linha telefônica, piscina de fibra de vidro, rádio-gravador. Alguns desses bens são considerados bens suntuosos pela jurisprudência.

Os posicionamentos jurisprudenciais variam de tribunal a tribunal. De qualquer forma, as referências do saudoso processualista paulista servem como base segura, inclusive porque a sua obra é usualmente utilizada pelos magistrados.

O art. 3.º da Lei 8.009/1990 prevê exceções à impenhorabilidade, a saber, de forma detalhada e comentada:

- a) Créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Aqui, incluem-se os empregados domésticos e empregados da construção civil, no caso de aumento da área construída do imóvel, desde que haja vínculo de emprego. Não havendo tal vínculo, o STJ já entendeu que a exceção não se aplica: “Processual civil. Bem impenhorável. Artigo 3.º, inciso I, da Lei 8.009/90. Mão de obra empregada na construção de obra. Interpretação extensiva. Impossibilidade. A impenhorabilidade do bem de família, oponível na forma da lei à execução fiscal previdenciária, é consectário do direito social à moradia. Consignada a sua eminência constitucional, há de ser restrita a exegese da exceção legal. Consectariamente, não se confundem os serviços da residência, com empregados eventuais que trabalham na construção ou reforma do imóvel, sem vínculo empregatício, como o exercido pelo diarista, pedreiro, eletricista, pintor, vale dizer,

trabalhadores em geral. A exceção prevista no artigo 3.º, inciso I, da Lei 8.009, de 1990, deve ser interpretada restritivamente. Em consequência, na exceção legal da ‘penhorabilidade’ do bem de família não se incluem os débitos previdenciários que o proprietário do imóvel possa ter, estranhos às relações trabalhistas domésticas” (STJ, REsp 644.733/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/o Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.10.2005, DJ 28.11.2005, p. 197).

- b) Pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato.
- c) Pelo credor de pensão alimentícia, seja ela decorrente de alimentos convencionais, legais (de Direito de Família) ou indenizatórios (nos termos do art. 948, II, do CC). A respeito dos alimentos indenizatórios como exceção à proteção do bem de família, do STJ: AgRg-Ag 772.614/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 13.05.2008; DJE 06.06.2008 e REsp 1.186.228/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 04.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. 503. Cumpre anotar, ainda, que o STJ não inclui entre tais débitos alimentares os honorários advocatícios, conforme se extrai de outro aresto, publicado no seu *Informativo* n. 469, de abril de 2011 (STJ, REsp 1.1826.108/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 12.04.2011).
- d) Para a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em relação ao imóvel familiar. Quando há menção às contribuições relativas ao imóvel, segundo a jurisprudência, estão incluídas as dívidas decorrentes do condomínio, eis que esse inciso trata das obrigações *propter rem* ou ambulatorias (RSTJ 107/309). Esse entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou que o caso é de interpretação declarativa e não extensiva: “Bem de Família: Despesas Condominiais e Penhorabilidade. A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se sustentava ofensa aos artigos 5.º, XXVI, e 6.º, ambos da CF, sob a alegação de que a penhorabilidade do bem de família prevista no art. 3.º, IV, da Lei 8.009/1990 não compreenderia as despesas condominiais (‘Art. 3.º: A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:... IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar’). Entendeu-se que, no caso, não haveria que se falar em impenhorabilidade do imóvel, uma vez que o pagamento de contribuição condominial (obrigação *propter rem*) é essencial à conservação da propriedade, isto é, à garantia da subsistência individual e familiar – dignidade da pessoa humana. Asseverou-se que a relação condominial tem natureza tipicamente de uma relação de comunhão de escopo, na qual os interesses dos contratantes são paralelos e existe identidade de objetivos, em contraposição à de intercâmbio, em que cada parte tem por fim seus próprios interesses, caracterizando-se pelo vínculo sinalagmático” (STF, RE 439.003/SP, rel. Eros Grau, j. 06.02.2007, *Informativo* n. 455, 14 de fevereiro de 2007). Realmente, se o caso fosse de interpretação extensiva, a exceção não se aplicaria, pois não se pode sacrificar a moradia, valor constitucional com tal técnica de interpretação. Nessa trilha, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a exceção não se aplica no caso de dívidas de associações de moradores em condomínios fechados de casas, hipótese não abarcada na previsão em comento, não cabendo a ampliação do texto legal em casos tais (STJ, REsp 1.324.107/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n.

- e) Para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. O STJ tem afastado a penhora do bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro da entidade familiar, visando garantir dívida de sua empresa individual: “Agravo regimental. Bem de família. Impenhorabilidade. Dívida contraída pela empresa familiar. A exceção do inciso V do art. 3.º da Lei 8.009/90 deve se restringir às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005, p. 265). A interpretação, assim, é que a exceção somente se aplica se a hipoteca for instituída no interesse de ambos os cônjuges ou de toda a entidade familiar. Na mesma linha, a Corte Superior, dando interpretação restritiva à exceção, concluiu que a norma não alcança os casos em que a pequena propriedade rural é dada como garantia de dívida. Sustentou-se que tal propriedade encontra proteção contra a penhora no art. 5.º, inc. XXVI, da CF/1988, dispositivo que deve prevalecer na espécie, não sendo o caso de incidir a norma excepcional ora em estudo (STJ, REsp 1.115.265/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.04.2012, *Informativo* n. 496).
- f) No caso de o imóvel ter sido adquirido como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória de ressarcimento, indenização (inclusive por ato ilícito ou abuso de direito) ou perdimento de bens. Consigne-se que, conforme decisões do STJ, há necessidade de uma expressa e prévia sentença penal condenatória para que a indenização por ato ilícito quebre com a proteção do bem de família (por todas: STJ, REsp 711.889/PR, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 22.06.2010, *Informativo* n. 440 do STJ).
- g) Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano, exceção que foi introduzida pelo art. 82 da Lei 8.245/1991.

Em relação a essa última exceção (art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990), sempre divergiram doutrina e jurisprudência no que tange à sua suposta inconstitucionalidade. Contudo, sempre prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, salvo alguns poucos julgados, o entendimento pela penhorabilidade, tese também acolhida em São Paulo pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil em sua maioria. Nesse sentido, vale transcrever:

“Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido” (STJ, REsp 299663/RJ, j. 15.03.2001, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 02.04.2001, p. 334).

“Execução. Penhora. Bem de família. Fiador. Inconstitucionalidade do art. 3.º, inciso VII, da Lei 8.009/1990. Não reconhecimento. Não é inconstitucional a exceção prevista no inciso VII do art. 3.º, da Lei 8.009/1990, que autorizou a penhora do bem de família para a satisfação de débitos decorrentes de fiança locatícia” (2.º TACSP, Ap. c/Rev. 656.658-00/9, 1.ª Câm., Rel. Juiz

Vanderci Álvares, j. 27.05.2003, Anotação no mesmo sentido: *JTA (LEX)* 149/297, AI 496.625-00/7, 3.^a Câm., Rel. Juiz João Saletti, j. 23.09.1997, Ap. c/Rev. 535.398-00/1, 3.^a Câm., Rel. Juiz João Saletti, j. 09.02.1999, Ap. c/Rev. 537.004-00/2, 4.^a Câm., Rel. Juiz Mariano Siqueira, j. 15.06.1999, Ap. c/Rev. 583.955-00/9, 12.^a Câm., Rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 29.06.2000, Ap. c/Rev. 593.812-00/1, 10.^a Câm., Rel. Juiz Soares Levada, j. 07.02.2001, Ap. c/Rev. 605.973-00/3, 8.^a Câm., Rel. Juiz Renzo Leonardi, j. 26.04.2001, Ap. c/Rev. 621.136-00/1, 10.^a Câm., Rel. Juiz Irineu Pedrotti, j. 12.12.2001, Ap. c/Rev. 621.566-00/7, 10.^a Câm., Rel. Juiz Soares Levada, j. 12.12.2001, AI 755.476-00/1, 6.^a Câm., Rel. Juiz Lino Machado, j. 16.10.2002, Ap. c/Rev. 628.400-00/7, 3.^a Câm., Rel. Juiz Ferraz Felisardo, j. 26.11.2002, Ap. c/Rev. 760.642-00/0, 9.^a Câm., Rel. Juiz Claret de Almeida, j. 27.11.2002, AI 777.802-00/4, 3.^a Câm., Rel. Juiz Ribeiro Pinto, j. 11.02.2003, AI 780.849-00/0, 12.^a Câm., Rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 27.02.2003).

Porém, parte da doutrina, principalmente formada por civilistas da nova geração, considera ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia. Isso porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário) pode suportar a constrição. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim concluem sustentando que:

“À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5.^o da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 289).

No mesmo sentido, esse é o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direito civil. Teoria geral...*, 2006, p. 357). Filia-se a essa tese minoritária, que, infelizmente, não prevalece em nossos tribunais.

Consigne-se, porém, que esse entendimento minoritário foi reconhecido pelo então Ministro Carlos Velloso, em decisão monocrática pronunciada em sede de recurso extraordinário em curso perante o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Em trabalho doutrinário que escrevi ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.^o, C.F., é um direito fundamental de 2.^a geração – direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1.^o. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade

familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3.º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo do inciso VII do art. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000” (STF, RE 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005).

Portanto, a tese defendida já na primeira edição deste Volume 1 ganhou força, tendo sido a questão amplamente discutida no meio jurídico nacional no ano de 2005. Cite-se que há julgado anterior do TJSP adotando parcialmente a tese, entendendo que o imóvel de residência do fiador, no caso de fiança prestada em locação não residencial, não pode ser penhorado (TJSP, Proc. 789.652.0/6, Rel. Des. Lino Machado, decisão de 2005).

Anote-se que o principal argumento para a inconstitucionalidade do dispositivo é a lesão à isonomia e à proporcionalidade. O fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal.

Entretanto, infelizmente, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão no último dia 8 de fevereiro de 2006. Por maioria de votos, o STF entendeu ser constitucional a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990. Segundo o relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Entendeu, ainda, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucional se assim o faz, não havendo qualquer lesão à isonomia constitucional. Por fim, alegou que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988. Votaram com ele os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

A votação não foi unânime, pois entenderam pela inconstitucionalidade os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Mello. Em seu voto, o Ministro Eros Grau ressaltou a grande preocupação dos civilistas em defender os preceitos constitucionais, o que é o nosso caso, apontando que a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 viola a isonomia constitucional. Isso, repise-se, porque a fiança é um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

Resumindo, o debate jurídico *parece* ter sido encerrado com a decisão do STF, cuja ementa é a seguinte:

“Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6.º da CF. Constitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90, com a redação da Lei 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3.º, VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6.º da Constituição da República” (STF, RE 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006).

Ledo engano. Não entendemos dessa forma, o que pode ser percebido pela divergência gerada no próprio STF.

A chama da nossa esperança “pela mudança” permanece viva, até porque existem projetos legislativos de revogação do VII do art. 3.º da Lei 8.009/1990, norma essa que é totalmente incompatível com a Constituição Federal. Cite-se, de início, o Projeto de Lei 408/2008, em trâmite no Senado Federal, proposto pelo Senador Pa-paléo Paes. Na Câmara dos Deputados, com o mesmo intuito, estão em trâmite três projeções para a mesma revogação: PL 1.622/1996, PL 2.368/1996 e PL 1.458/2003.

Ademais, não obstante a decisão do STF, alguns Tribunais Estaduais, caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, têm entendido pela inconstitucionalidade da previsão, pela flagrante lesão à isonomia e à proteção da moradia. Cumpre destacar essa corajosa decisão:

“Agravo de instrumento. Embargos à execução julgados improcedentes. Apelação. Efeito suspensivo. Penhora. Imóvel do fiador. Bem de família. Direito à moradia. Violação aos princípios da dignidade humana e igualdade. Irrenunciabilidade. A partir da Emenda Constitucional 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com *status* de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo 1.0480.05.076516-7/002(1), Rel. D. Viçoso Rodrigues, Rel. p/o Acórdão: Fabio Maia Viani, j. 19.02.2008, publ. 13.03.2008).

É fundamental transcrever na íntegra os argumentos do Des. Elpídio Donizetti, terceiro juiz no julgamento citado:

“Por razões ético-sociais e até mesmo humanitárias, houve por bem o legislador brasileiro prever algumas hipóteses em que, embora disponíveis, certos bens pertencentes ao patrimônio do devedor não são passíveis de penhora.

Assim, a Lei 8.009/90, ao dispor sobre bem de família, vedou a penhora não apenas do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, mas também definiu como impenhoráveis os móveis que guarneçam a residência. Desse modo, desde que não constituam adornos suntuosos, são impenhoráveis os bens necessários à regular utilização da moradia.

Todavia, o mesmo diploma normativo, Lei 8.009/90, retira, no seu art. 3.º, a garantia de impenhorabilidade dos citados bens em algumas situações específicas. É o caso dos objetos que garantem obrigação decorrente de fiança prestada em contrato de locação, conforme inciso acrescentado ao art. 3.º pela Lei 8.245/91, senão vejamos: (...). Com base em tal dispositivo legal, o entendimento que tem prevalecido nos tribunais é de que, em se tratando de obrigação

decorrente de fiança concedida em contrato de locação, deve-se afastar a impenhorabilidade dos bens de família prevista pelo art. 1.º da Lei 8.009/90.

Conforme decidiu recentemente o STF, no RE 407.688/SP, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, o bem de família pertencente ao fiador em contrato de locação é passível de ser penhorado, ao fundamento de que não existe violação ao direito social à moradia, previsto no art. 6.º da CF, porquanto este não se confunde com o direito à propriedade imobiliária. Ademais, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador estimula e facilita o acesso à habitação arrendada, porquanto afasta a necessidade de garantias mais onerosas. Conquanto o próprio STF tenha decidido, conforme já ressaltado, pela aplicação do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90, penso que a solução deva se dar em sentido oposto.

Em primeiro lugar, verifica-se que a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu a moradia entre os direitos sociais previstos no art. 6.º da CF/88, o qual constitui norma de ordem pública. Ora, ao proceder de tal maneira, o constituinte nada mais fez do que reconhecer o óbvio: a moradia como direito fundamental da pessoa humana para uma vida digna em sociedade.

Com espeque na alteração realizada pela Emenda Constitucional 26 e no próprio escopo da Lei 8.009/90, resta claro que as exceções previstas no art. 3.º dessa lei não podem ser tidas como irrefutáveis, sob pena de dar cabo, em alguns casos, à função social que exerce o bem de família, o que não pode ser admitido. Na esteira de tal entendimento, já se pronunciou o STJ:

‘Recurso especial. Processual civil e constitucional. Locação. Fiador. Bem de família. Impenhorabilidade. Art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90. Não recepção. Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6.º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional 26/2000). Recurso desprovido’ (STJ, Quinta Turma, REsp 699.837/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02.08.2005).

Ademais, a prevalecer o entendimento segundo o qual o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária, o que se verá é o insensato desalojamento de inúmeras famílias ao singelo argumento de que subsiste o direito à moradia arrendada, como se a ordem econômica excludente sob a qual vivemos não trouxesse agruras bastantes à classe média. Em outras palavras, com efeito, facilita-se a moradia do locatário e subtrai-se a do fiador.

Não se olvida que a penhorabilidade do bem de família do fiador, além de afrontar o direito à moradia, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Isso devido ao fato de que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador, sobretudo porque a obrigação do fiador é acessória à do locatário, e, assim, não há justificativa para prever a impenhorabilidade do bem de família em relação a este e vedá-la em relação àquele.

Por derradeiro, insubsistente é o argumento de que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador estimula e facilita o acesso à habitação arrendada. É que, diante de tal possibilidade, poucos se aventurarão a prestar fiança, o que dificultará sobremaneira o cumprimento de tal requisito por parte do locatário, que terá a penosa tarefa de conseguir um fiador.

Destarte, entende-se que a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3.º,

VII, da Lei 8.009/90 não deve ser aplicada ao caso sob julgamento”.

As palavras transcritas entusiasma os adeptos da teoria da inconstitucionalidade, pois assim deve ser visualizada a proteção da moradia que consta do art. 6.º da CF/1988. A chama da esperança por uma mudança de entendimento fica ainda mais intensa. Cumpre destacar, foram encontradas decisões de outros Tribunais concluindo do mesmo modo, ou seja, pela inconstitucionalidade do art. 3.º, inc. VII, da Lei 8.009/1990.

Nessa linha, há acórdãos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS, Acórdão 2008.025448-7/0000-00, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, *DJEMS* 08.06.2009, p. 36), do Tribunal de Sergipe (TJSE, Agravo de Instrumento 2008203947, Acórdão 3245/2009, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas, *DJSE* 11.05.2009, p. 11), do Tribunal de Santa Catarina (TJSC, Embargos de Declaração 2006.027903-6, Blumenau, 2.ª Câmara de Direito Civil, Rel.ª Des.ª Salete Silva Sommariva, *DJSC* 19.03.2008, p. 139) e do Tribunal do Paraná (TJPR, Agravo de Instrumento 352151-1, Acórdão 4.269, Curitiba, 16.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16.11.2006, *DJPR* 1.º.12.2006).

Superada a análise dessa intrigante discussão, prevê o art. 4.º da Lei 8.009/1990 que “Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”. Em casos tais, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese (art. 4.º, § 1.º).

Já quando a residência familiar for imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis e, nos casos do art. 5.º, XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural (§ 2.º do art. 4.º da Lei 8.009/1990). Nota-se que a norma visa a punir aquele que age de má-fé, preservando a proteção da pequena propriedade rural.

Ainda no que interessa ao bem de família legal, se o casal ou entidade familiar for possuidor de vários imóveis, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor (art. 5.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990), norma essa que protege o credor.

Seguindo no estudo da matéria, vejamos a polêmica hipótese fática do *bem de família ofertado*. Melhor explicando, imagine-se o caso em que um devedor, executado, ainda sem advogado constituído ou que lhe oriente, ofereça o próprio bem de família, imóvel de sua residência, à penhora. Depois, devidamente orientado por seu procurador, o próprio devedor opõe embargos à penhora, alegando tratar-se de um imóvel impenhorável, por força da Lei 8.009/1990.

Surgem duas correntes bem definidas em relação ao tema.

Para uma primeira corrente, os embargos opostos pelo devedor devem ser rejeitados de imediato.

O primeiro argumento que surge está relacionado com aquela antiga regra pela qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano psicológico, intencional (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Como reforço para esse primeiro argumento, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei 8.009/1990.

Entre os doutrinadores que propõem essa interpretação restritiva, pode ser citado Daniel Amorim Assumpção Neves. É até interessante a simbologia por ele utilizada:

“Há aspecto ainda pior; penhorado o bem, abre-se discussão sobre sua impenhorabilidade em sede de embargos de execução ou mesmo ‘exceção de pré-executividade’, o que pode significar anos de debates para que no fim se determine que o credor deve voltar à ‘estaca zero’, já que aquele bem que garantia o juízo era impenhorável. A tristeza e melancolia com que o credor recebe tal informação de seu patrono só é comparável às perplexas faces dos torcedores derrotados em final de campeonato com gol impedido e de mão nos descontos” (Impenhorabilidade..., Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_impemhorabil.doc>. Acesso em: 17 out. 2007).

O segundo argumento utilizado por aqueles que sustentam que os embargos do devedor devem ser rejeitados se houver o oferecimento do bem de família e posterior insurgência está fundado na alegação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que também mantém relação com a boa-fé, mas aquela de natureza objetiva, que existe no plano da lealdade dos participantes da relação negocial. Esse entendimento chegou a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para que os embargos do devedor fossem repelidos: “Civil. Bem de família. Lei 8.009, de 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1.º da Lei 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 554.622/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 17.11.2005, DJ 1.º.02.2006, p. 527).

Da ementa transcrita, aliás, decorre o terceiro argumento para se penhorar o *bem de família ofertado*, o de que a proteção constante da Lei 8.009/1990 é passível de renúncia, pois está na parte disponível dos direitos pessoais (STJ, REsp 249.009/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. 16.08.2001, DJ 17.03.2003, p. 225). Em suma e em outras palavras, a renúncia à impenhorabilidade do bem de família, trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada, o que ocorre quando o devedor o oferece à excussão.

Apesar dos notáveis esforços para amparar esses três argumentos, não há como com eles concordar, em hipótese alguma. E a premissa basilar para a tese contrária é aquela pela qual o *bem de família legal* envolve um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia.

Ora, muito se tem dito a respeito da dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (*eficácia horizontal*). Em realidade, parece-nos que um dos modos de especializar essa máxima proteção se dá justamente pela proteção da moradia como ocorre nos casos envolvendo o *Bem de Família Ofertado*. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, *concretizando o Texto Constitucional* (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição...*, 2000).

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em

comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., *Dimensões...*, 2005, p. 37).

Do ponto de vista *constitucional*, esse feixe de *direitos mínimos* ou *mínimo existencial* mantém relação com o direito à moradia, previsto no art. 6.º da Constituição, um direito social e fundamental. Sob o prisma *civil*, esse feixe de direitos representa o direito à *propriedade mínima*: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa. Como se sabe, nos meios populares, o *sonho da casa própria* povoa a mente de milhões de brasileiros. É na casa própria que a pessoa humana se concretiza, se aperfeiçoa e se relaciona; é *nela* que exerce plenamente a sua dignidade.

A partir dessa ideia, que serve como *tronco fundamental*, decorrem os contra-argumentos ao que antes foi exposto, para gerar a conclusão de que os embargos à penhora devem ser acolhidos na hipótese do oferecimento do *bem de família*.

Primeiro, quanto à alegação de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, não se pode atribuir má-fé presumida àquele que oferece o bem de família à penhora. O Direito, em certo sentido, acaba por ser uma *ciência endêmica*, que surge para solucionar conflitos humanos. Sendo assim, não se pode presumir que as mentes das pessoas também estão doentes. Ademais, o argumento de torpeza, baseado na boa-fé subjetiva e, por isso, essencialmente privado, não pode prevalecer sobre a proteção do *bem de família legal*, que envolve ordem pública (STJ, AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/o Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 10.04.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 314).

Segundo, a prevalência do direito à moradia sobre a boa-fé também serve para afastar o argumento de aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). A partir da ideia de *ponderação* ou *pesagem*, deve-se entender que o primeiro direito tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva.

Terceiro, não restam dúvidas de que a renúncia ao *bem de família legal* é inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor. Eis aqui mais um exemplo possível de dirigismo negocial nas relações subjetivas. Desse modo, a suposta *renúncia* não afasta a possibilidade de ser arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência. Nesse sentido, vem entendendo, felizmente, o Superior Tribunal de Justiça:

“Agravo regimental. Ausência de argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Execução. Bem de família. Indicação à penhora. Não merece provimento o recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. O fato de o executado oferecer à penhora o imóvel destinado à residência da família não o impede de arguir sua impenhorabilidade (Lei 8.009/90)” (STJ, AgRg no REsp 888.654/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 03.04.2007, *DJ* 07.05.2007, p. 325).

“Recurso especial. Embargos de terceiro. Desconstituição da penhora do imóvel no qual residem os embargantes. Legitimidade ativa *ad causam*. Membros integrantes da entidade familiar. Nomeação à penhora do bem de família. Inexistência de renúncia ao benefício previsto na Lei 8.009/90. Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial. Julgamento deste. Perda de objeto. Prejudicialidade. Extinção do processo sem exame do mérito. 1 – Os filhos da

executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp 345.933/RJ e 151.238/SP). 2 – Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei 8.009/90. Precedentes (REsp 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP). 3 – Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença. 4 – Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo. 5 – Prejudicada a Medida Cautelar 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos” (STJ, REsp 511.023/PA, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 333).

Servem como sustento as palavras de Jorge Miranda, para quem “a dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...*, 2005, p. 53). Essa dignidade humana é que ampara a proteção da habitação como um direito fundamental e social no sistema português.

A conclusão deve ser a mesma no sistema brasileiro, pois interesses essenciais ao desenvolvimento social do nosso País devem prevalecer sobre interesses formais, antenados à rigidez do processo. O dogma da *justiça segura* cede espaço à *justiça justa*. Com essa ideia de justiça está se construindo o Direito Contemporâneo, sempre a partir de um diálogo interdisciplinar (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afeto...*, *Família...*, 2006, p. 426).

A encerrar o estudo do instituto do bem de família, cumpre relevar que o Superior Tribunal de Justiça julgou recentemente que a boa-fé deve sim ser levada em conta na análise da tutela do bem de família, o que representa mitigação parcial da última conclusão exposta a respeito da penhora do *bem de família ofertado*.

Em julgado do ano de 2012, entendeu a Corte que a impenhorabilidade não prevalece nas hipóteses em que o devedor atua de má-fé, alienando todos os seus bens e fazendo restar apenas o imóvel de residência. Conforme voto da Ministra Nancy Andrichi, “Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Todas as disposições jurídicas, notadamente as que confirmam excepcionais proteções, como ocorre com a Lei 8.009/1990, só têm sentido se efetivamente protegerem as pessoas que se encontram na condição prevista pelo legislador. Permitir que uma clara fraude seja perpetrada sob a sombra de uma disposição legal protetiva implica, ao mesmo tempo, promover uma injustiça na situação concreta e enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial de proteção objetivado pelo legislador” (STJ, REsp. 1.299.580/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 20.03.2012).

Como se pode observar, o acórdão abre mais uma exceção, além do rol previsto no art. 3.º da Lei

8.009/1990, tratado como meramente exemplificativo. A decisão é sociológica, apesar de encontrar obstáculo da antiga máxima segundo a qual as normas de exceção não admitem interpretação extensiva. O tema fica em aberto para as devidas reflexões.

5.4 RESUMO ESQUEMÁTICO

Dos bens – objeto do direito – Os bens podem ser conceituados como sendo coisas que proporcionam ao homem alguma utilidade, sendo suscetível de apropriação.

Principais classificações dos bens – Os bens podem ser classificados de acordo com os seguintes critérios:

I) Classificação quanto à tangibilidade:

a) *Bens corpóreos, materiais ou tangíveis* – são aqueles bens que possuem existência corpórea, podendo ser tocados. Exemplos: uma casa, um veículo, um animal.

b) *Bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis* – são aqueles com existência abstrata e que não podem ser tocados pela pessoa humana. Exemplos: hipoteca, penhor, direitos autorais.

II) Classificação dos bens quanto à mobilidade:

a) *Bens imóveis* (arts. 79 a 81 do CC) – São aqueles que não podem ser removidos ou transportados sem a sua deterioração ou destruição. Admitem a seguinte subclassificação:

- *Bens imóveis por natureza ou por essência*: são formados pelo solo e tudo quanto se lhe incorporar de forma natural (art. 79 do CC).
- *Bens imóveis por acessão física industrial ou artificial*: são formados por tudo o que o homem incorporar permanentemente ao solo, não podendo removê-lo sem destruição ou deterioração. Tais bens imóveis têm origem em construções e plantações, situações em que ocorre a intervenção humana.
- *Bens imóveis por acessão física intelectual*: conceito relacionado com tudo o que foi empregado intencionalmente para a exploração industrial, aformoseamento e comodidade. São os bens móveis que foram imobilizados pelo proprietário, constituindo uma ficção jurídica, surgindo o conceito de *pertenças*. Entendemos que persiste essa categoria de bens em nosso ordenamento jurídico, apesar de a questão ser muito controvertida. Exemplo: um trator incorporado a uma fazenda, essencial para as atividades nela desenvolvidas.
- *Bens imóveis por disposição legal*: tais bens são considerados como imóveis, para que possam receber melhor proteção jurídica. Exemplo: direito à sucessão aberta.

b) *Bens móveis* (arts. 82 a 84 do CC) – Os bens móveis são aqueles que podem ser transportados, por força própria ou de terceiro, sem deterioração ou destruição. Os bens móveis podem ser assim

subclassificados:

- *Bens móveis por natureza*: são bens que se podem transportar sem qualquer dano, por força própria ou alheia. Quando o bem móvel puder se mover de um local para outro, por força própria, será denominado bem móvel *semovente*, como é o caso dos animais.
- *Bens móveis por antecipação*: são os bens que eram imóveis, mas que foram mobilizados por uma atividade humana. Exemplo: árvore removida do solo, lenha cortada.
- *Bens móveis por determinação legal*: surgem nas situações em que a lei determina que o bem é móvel. Exemplos: direitos autorais e energias.

III) Classificação quanto à fungibilidade:

a) *Bens infungíveis* – São aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade.

b) *Bens fungíveis* – Nos termos do art. 85 do CC, são os bens móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

IV) Classificação quanto à consuntibilidade:

Dois parâmetros de classificação são utilizados pelo atual Código Civil:

- se o consumo do bem implica em destruição – consuntibilidade física ou fática;
- se o bem pode ser ou não objeto de consumo, ou seja, se pode ser alienado – consuntibilidade jurídica ou de direito.

Assim sendo, surge a seguinte classificação:

a) *Bens consumíveis* – São bens móveis, cujo uso importa na destruição imediata da própria coisa (*consuntibilidade física*), bem como aqueles destinados à alienação (*consuntibilidade jurídica*) – art. 86 do CC.

b) *Bens inconsumíveis* – São aqueles que proporcionam reiteradas utilizações, permitindo que se retire a sua utilidade, sem deterioração (*inconsuntibilidade física*), bem como aqueles que são inalienáveis (*inconsuntibilidade jurídica*).

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 26, traz classificação muito próxima da relacionada com a consuntibilidade física. Pela Lei 8.078/1990, os produtos ou bens podem ser classificados em *duráveis e não duráveis*. Os *bens duráveis* não desaparecem facilmente com o consumo, ao contrário dos *bens não duráveis*. Esse o critério de consuntibilidade adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

V) Classificação quanto à divisibilidade:

a) *Bens divisíveis* – São os que se podem fracionar sem alteração em sua substância, diminuição considerável de valor ou prejuízo do uso a que se destinam (art. 87 do CC).

b) *Bens indivisíveis* – São os bens que não podem ser partilhados, pois deixariam de formar um todo perfeito, gerando desvalorização, na grande maioria das vezes. A indivisibilidade pode decorrer da natureza do bem, de imposição legal ou da vontade do seu proprietário.

VI) *Classificação quanto à individualidade:*

a) *Bens singulares ou individuais* – São bens singulares aqueles que, embora reunidos, possam ser considerados independentes em relação aos demais (art. 89 do CC).

b) *Bens coletivos ou universais* – São os bens que se encontram agregados em um todo. Os bens coletivos são constituídos por várias coisas singulares, consideradas em conjunto e formando um todo individualizado. Os bens universais podem decorrer de uma universalidade fática ou jurídica.

VII) *Classificação quanto à dependência em relação a outro bem (bens reciprocamente considerados):*

a) *Bens principais ou independentes* – São os bens que existem de maneira autônoma e independente, de forma concreta ou abstrata, conforme o art. 92 do CC.

b) *Bens acessórios ou dependentes* – São os bens cuja existência e finalidade pressupõem a um outro bem, denominado bem principal. Por essa razão, quem for o proprietário do bem principal será também do bem acessório; a natureza jurídica do acessório será a mesma do principal. São bens acessórios, previstos no ordenamento jurídico brasileiro:

- *Frutos* – são bens acessórios que têm sua origem, que nascem do bem principal, mantendo a integridade desse último, sem diminuição da sua substância ou quantidade.
- *Produtos* – são os bens acessórios que saem da coisa principal, diminuindo a quantidade e substância dessa última.
- *Pertenças* – são bens móveis destinados a servir outro bem principal, por vontade ou trabalho intelectual do proprietário. A pertença pode ser essencial ou não. No primeiro caso, incorporado um bem móvel a imóvel, haverá um bem imóvel por acessão intelectual. Sendo a pertença não essencial, aplica-se o art. 94 do CC, não repercutindo um negócio jurídico que atinge o bem principal na pertença correspondente.
- *Partes integrantes* – são bens acessórios que estão unidos ao bem principal, formando com este último um todo independente (Maria Helena Diniz). Exemplo: a lâmpada em relação ao lustre.
- *Benfeitorias* – são bens acessórios introduzidos em um bem móvel ou imóvel, visando a sua conservação ou melhora da sua utilidade. Enquanto os frutos e produtos decorrem do bem principal, as benfeitorias são nele introduzidas. Classificação das benfeitorias:

- *Benfeitorias necessárias* – sendo essenciais ao bem principal, são as que têm por fim conservar ou evitar que o bem se deteriore.
- *Benfeitorias úteis* – são as que aumentam ou facilitam o uso da coisa, tornando-a mais útil.
- *Benfeitorias voluptuárias* – são as de mero deleite, de mero luxo, que não facilitam a utilidade da coisa, mas apenas tornam mais agradável o uso da coisa.

VIII) Classificação em relação ao titular do domínio:

a) *Bens particulares ou privados* – São os que pertencem às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

b) *Bens públicos ou do Estado* – São os que pertencem a uma entidade de direito público interno, como no caso da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entre outros (art. 98 do CC). Os bens públicos podem ser assim classificados:

- *Bens de uso geral ou comum do povo* (art. 99, I, do CC). São bens destinados à utilização do público em geral, sem necessidade de permissão especial, caso, por exemplo, das praças, jardins, ruas, estradas, mares, rios, praias, golfos, entre outros.
- *Bens de uso especial* (art. 99, II, do CC). São os edifícios e terrenos utilizados pelo próprio Estado para a execução de serviço público especial, havendo uma destinação especial, denominada *afetação*.
- *Bens dominicais ou dominiais* (art. 99, III, do CC). São os bens públicos que constituem o patrimônio disponível e alienável da pessoa jurídica de direito público, abrangendo tanto móveis quanto imóveis.

Bem de família – Não confundir o *bem de família convencional ou voluntário* (arts. 1.711 a 1.722 do CC) com o *bem de família legal* (Lei 8.009/1990). Como bem aponta o Professor Álvaro Villaça Azevedo, o segundo não revogou a existência do primeiro (*Bem de família*, 2001). Para tanto, importante o quadro esquemático a seguir:

Bem de família convencional ou voluntário	Bem de família legal
Previsto nos arts. 1.711 a 1.722 do CC	Previsto na Lei 8.009/1990.
Instituído por ato voluntário de membros da entidade familiar.	Proteção automática.
Máximo 1/3 do patrimônio.	Não há limites fixados em lei, por regra. Proteção do único imóvel em que reside a entidade familiar.
	Exceções – casos de penhorabilidade listados no art. 3.º da norma específica: a) créditos de trabalhadores da própria

Exceções – casos de penhorabilidade: dívidas anteriores à instituição, dívidas de impostos prediais, dívidas de condomínio.

residência e das respectivas contribuições previdenciárias; b) pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel; c) pelo credor de pensão alimentícia; d) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em relação ao imóvel familiar, inclusive despesas de condomínio; e) para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; f) no caso do imóvel ter sido adquirido como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória; g) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

5.5 QUESTÕES CORRELATAS

1. (Advogado da União AGU/CESPE – 2009) A respeito da disciplina dos bens, julgue os itens seguintes.

- 1.1 A praça, exemplo típico de bem de uso comum do povo, perderá tal característica se o poder público tornar seu uso oneroso, instituindo uma taxa de uso, por exemplo.
- 1.2 O imóvel público onde esteja localizada uma Procuradoria Regional da União é considerado bem de uso especial, qualificação que impede a sua alienação.

2. (PGE/PA – 2009) Analise as proposições abaixo e assinale a alternativa CORRETA:

- (A) Os bens pertencentes a sociedades de economia mista são considerados como privados, salvo expressa disposição legal em contrário.
- (B) São pertencentes as máquinas utilizadas em uma fábrica, pois se destinam, de modo duradouro, ao serviço, de tal sorte que os negócios jurídicos que digam respeito ao principal as abrangem, salvo manifestação expressa em contrário das partes.
- (C) Constitui benfeitoria útil a construção de um galpão, contíguo à casa, para ser utilizado como depósito.
- (D) Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, as energias que tenham valor econômico, os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes, bem como os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações.

3. (Juiz do Trabalho – TRT 8ª Região – 2011) Em relação aos bens, assinale a alternativa INCORRETA:

- (A) A impenhorabilidade do bem de família legal abrange as pertencas.
- (B) Não perdem o caráter de imóveis as telhas, provisoriamente separadas de um prédio, para nele se reempregarem.
- (C) Consideram-se móveis para os efeitos legais, as energias que tenham valor econômico.
- (D) São consumíveis os bens móveis cujo uso importe destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação
- (E) Os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico, desde que separados do bem principal.

4. (Magistratura DF 2011) Bem de família obrigatório ou legal é aquele que resulta diretamente da lei, de ordem pública, que tornou impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar, daí por que não poderá ser objeto de penhora por dívida de natureza civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, salvo nas hipóteses expressamente previstas nos artigos 2º e 3º, I a VII da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Assim, considere as proposições abaixo, assinalando a incorreta:

- (A) Ao solteiro, não obstante resida e ocupe o imóvel sozinho, aplica-se esta mesma regra;
- (B) Ao viúvo, ao contrário, não se aplica tal regra, máxime quando seus descendentes hajam constituído outras famílias;

(C) É entendimento assente que a lei nº 8.009/90 tem aplicabilidade mesmo nos casos em que a penhora for anterior à sua vigência.

(D) Todos os residentes do imóvel, sujeitos do bem de família, portanto beneficiários da regra da impenhorabilidade, têm em seu favor esse direito, ou seja, a lei confere-lhes o poder de não ver constrita a casa onde moram.

5. (Magistratura MS – FCC – 2010) A propósito das diferentes classes de bens, é correto afirmar que

(A) os considerados em si mesmos podem ser principais ou acessórios.

(B) os reciprocamente considerados podem ser móveis ou imóveis.

(C) os bens naturalmente divisíveis não podem ser considerados indivisíveis por declaração de vontade das partes, nem por testamento.

(D) os bens fungíveis são aqueles cujo uso importa destruição imediata da própria substância.

(E) as pertenças são bens acessórios que se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

6. (TRT – 8.ª Região – 2005) Marque a alternativa correta:

I – São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

II – Consideram-se móveis para os efeitos legais: as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

III – 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.

IV – São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

V – 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.

(A) Todas as alternativas estão corretas.

(B) Somente as alternativas II e III estão erradas.

(C) Somente as alternativas III, IV e V estão certas.

(D) As alternativas I, II e III estão erradas.

(E) A única alternativa correta é a IV.

7. (Magistratura/PR – 2012) Considere as seguintes afirmativas:

1. Nas associações, a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

2. O pagamento feito ao credor putativo é válido, ainda que reste provado depois que não era de boa-fé.

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

4. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor. Assinale a alternativa correta.

(A) Somente as afirmativas 1, 2 e 4 são verdadeiras.

(B) Somente as afirmativas 2, 3 e 4 são verdadeiras.

(C) Somente as afirmativas 1 e 3 são verdadeiras.

(D) Somente as afirmativas 1, 3 e 4 são verdadeiras.

8. (Magistratura/AC – CESPE/2012) No que se refere ao enfrentamento jurisprudencial do bem de família, assinale a opção correta.

(A) A vaga de garagem com matrícula própria no registro de imóveis constitui bem de família para efeito de penhora.

(B) O terreno não edificado não caracteriza bem de família, pois não serve à moradia familiar.

(C) É inconstitucional a penhora de bem de família do fiador em contrato de locação.

(D) Não faz jus aos benefícios da lei que regulamenta o bem de família o devedor que não resida no único imóvel que lhe pertença, só utilizando o valor obtido com a locação desse bem para complementar a renda familiar.

(E) A execução de dívida oriunda de pensão alimentícia não pode ensejar a penhorabilidade do bem de família.

9. (AGU – 01.07.2007) No Código Civil de 2002, no capítulo da parte geral dedicado aos bens reciprocamente considerados, introduziu-se a figura das pertenças, verdadeira novidade legislativa no âmbito do direito privado brasileiro. A respeito dos bens reciprocamente considerados, julgue os itens a seguir.

9.1 De acordo com o direito das obrigações, em regra, a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dessa coisa, ainda que não mencionados.

9.2 São pertenças os bens que, constituindo partes integrantes, destinam-se, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

9.3 Em regra, os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças.

10. (182.º Magistratura SP – 2009) Considerados em si mesmos, os bens podem ser

(A) públicos e particulares.

(B) principais e acessórios.

(C) imóveis pela própria natureza, benfeitorias e pertenças.

(D) móveis e imóveis.

11. (MP/PR – 2009) A legislação civil brasileira reputa bens públicos os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, EXCETO:

(A) Os rios, mares, estradas, ruas e espaços públicos, quando objeto de contrato de concessão ou de permissão de serviço público celebrado com empresa privada.

(B) Os bens pertencentes a organizações religiosas.

(C) Os edifícios ou imóveis destinados a serviço público, quando explorados por empresa privada, por força de contrato de concessão ou permissão de serviço público.

(D) Os bens que integrem o patrimônio, ou que sejam explorados por autarquias.

(E) N.d.a.

12. (Magistratura do Trabalho – TRT 21.ª Região – 2010) Em relação ao bem de família, considere as assertivas a seguir e assinale a resposta correta:

I – O terceiro também poderá instituir bem de família, devendo fazê-lo por testamento ou doação, sendo que a eficácia do ato dependerá da aceitação dos cônjuges ou da entidade familiar beneficiados;

II – O bem de família visa à proteção desta, e é isento de execução por dívidas de qualquer natureza posteriores à sua instituição, inclusive aquelas oriundas de despesas de condomínio. A isenção durará enquanto viver um dos cônjuges ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade;

III – O bem de família não pode abranger bens móveis, e consistirá sempre em prédio residencial urbano ou rural, destinado ao domicílio familiar;

IV – A mera dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

(A) todas as assertivas estão corretas;

(B) apenas as assertivas I e IV estão corretas;

(C) apenas as assertivas III e IV estão corretas;

(D) apenas as assertivas I, II e III estão corretas;

(E) apenas as assertivas II, III e IV estão corretas.

GABARITO

1.1 ERRADO	1.2 CERTO
02 – D	03 – E
04 – B	05 – E
06 – A	07 – D
08 – B	9.1 CERTO
9.2 ERRADO	9.3 CERTO
10 – D	11 – B
12 – B	

TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

Sumário: 6.1 Fatos, atos e negócios jurídicos. Conceitos iniciais – 6.2 Do ato jurídico em sentido estrito ou ato jurídico *stricto sensu* – 6.3 Do negócio jurídico: 6.3.1 Principais classificações dos negócios jurídicos; 6.3.2 Os elementos constitutivos do negócio jurídico – 6.4 Resumo esquemático – 6.5 Questões correlatas.

6.1 FATOS, ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. CONCEITOS INICIAIS

Um dos pontos primordiais para entender as relações jurídicas é conhecer profundamente os conceitos basilares de Direito Privado, quais sejam as concepções de *fato*, *ato* e *negócio jurídico*. Esses conceitos, aliás, não interessam somente ao Direito Civil, mas também à Teoria Geral do Direito. Para a compreensão do âmbito jurídico, tais construções são ferramentas básicas que devem sempre ser usadas pelos estudiosos do direito, principalmente por aqueles que se preparam para as provas de graduação, de pós-graduação e para os concursos públicos.

Inicialmente, é interessante conhecer o conceito de *fato*, que significa qualquer ocorrência que interessa ou não ao direito, ao âmbito jurídico. Dentro desse mundo dos fatos, surgem os *fatos não jurídicos*, que não nos interessam como objeto de estudo, e os *fatos jurídicos*; qualquer ocorrência com repercussão para o direito, ou seja, *fatos com repercussões jurídicas*. Como bem elucidado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *o mundo jurídico nada mais é do que o mundo dos fatos jurídicos*:

“Tudo que aqui pudéssemos dizer não seria mais do que resumo do que se expôs na Introdução. O mundo jurídico confina com o mundo dos fatos (materiais, ou enérgicos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos), donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídica, ao *jurídico*, é o mundo jurídico. Nem todos os fatos jurídicos são idênticos. Donde o problema inicial de os *distinguir* e de os *classificar*.”

O fato jurídico provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua

incidência, a regra jurídica *discrimina* o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar” (*Tratado...*, 1974, t. II, p. 183).

Também amparando os conceitos na doutrina, consignem-se as palavras de Sílvio de Salvo Venosa para quem “são fatos jurídicos todos os acontecimentos que, de forma direta ou indireta, ocasionam efeito jurídico. Nesse contexto, admitimos a existência de fatos jurídicos em geral, em sentido amplo, que compreendem tanto os fatos naturais, sem interferência do homem, como os fatos humanos, relacionados com a vontade humana” (*Direito civil. Parte geral...*, 2003, p. 365).

Assim, os fatos jurídicos podem ser subdivididos em *fatos naturais* e *humanos*. O Código Civil de 2002 dedica o Livro III da Parte Geral aos fatos jurídicos, tratando, a partir do art. 104, especificamente, do negócio jurídico. De qualquer forma, conforme será exposto, os negócios jurídicos são fatos jurídicos, o que acaba justificando esse tratamento. Vejamos tais conceitos no quadro a seguir:

Fatos jurídicos	Fatos naturais	Ordinários	
		Extraordinários	
	Fatos humanos	Lícitos (ato jurídico <i>lato sensu</i>)	Ato jurídico <i>stricto sensu</i> ; Negócio jurídico; Ato-fato jurídico.
		Ilícitos	

O *fato jurídico natural* é aquele que independe da atuação humana, podendo ser conceituado também como fato jurídico *stricto sensu*. Mesmo não havendo o elemento volitivo, o fato natural produz efeitos jurídicos com o objetivo de criação, alteração ou mesmo extinção de direitos e deveres (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, 1974, tomo II, p. 187).

O fato jurídico *stricto sensu* pode ser classificado da seguinte:

a) *Fato jurídico natural ordinário* – é o evento natural previsível e comum de ocorrer, como é o caso da morte, do nascimento, do decurso de prazo, da prescrição e da decadência. O que se percebe, portanto, é que o *fato jurídico natural ordinário* sofre forte influência do elemento *tempo*.

b) *Fato jurídico natural extraordinário* – é o evento decorrente da natureza, como o caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou a força maior (evento previsível, mas inevitável ou irresistível). Como exemplo de caso fortuito pode ser citada uma invasão de alienígenas na cidade de São Paulo. Como exemplo de força maior, uma enchente acometendo uma cidade do interior de Minas Gerais, onde a enchente não é comum, pois nunca ocorreu.

Não existe unanimidade doutrinária ou jurisprudencial quanto à conceituação de caso fortuito e

força maior, sendo certo que seguimos, nas diferenças apontadas, os ensinamentos de Orlando Gomes (*Obrigações...*, 2003, p. 176) e de Sérgio Cavalieri Filho (*Programa...*, 2003, p. 84). Essa diferenciação pode ser retirada do art. 393, parágrafo único, do CC, pelo qual: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Como se vê, o dispositivo leva em conta a inevitabilidade e a irresistibilidade do evento, não considerando se ele decorre da natureza ou de fato humano.

Entretanto, alguns autores contemporâneos, como Arnaldo Wald, têm entendimento pelo qual tais conceitos seriam, pelo Direito Civil brasileiro, sinônimos (*Curso...*, 2000, p. 141). Entre os clássicos, Pontes de Miranda afirma, em vários trechos do tomo 53 do seu *Tratado de Direito Privado*, que a melhor forma de encarar tais conceitos é vê-los globalmente, ou seja, como equivalentes (*Tratado de direito privado...*, 1974, t. LIII). Também no âmbito jurisprudencial, alguns julgados tratam o *caso fortuito* e a *força maior* como expressões sinônimas. A título de ilustração:

“Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Acidente em buraco (voçoroca) causado por erosão pluvial. Morte de menor. Indenização. Caso fortuito e força maior. Inexistência. Segundo o acórdão recorrido, a existência da voçoroca e sua potencialidade lesiva era de ‘conhecimento comum’, o que afasta a possibilidade de eximir-se o Município sob a alegativa de caso fortuito e força maior, já que essas excludentes do dever de indenizar pressupõem o elemento ‘imprevisibilidade’. Nas situações em que o dano somente foi possível em decorrência da omissão do Poder Público (o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente), deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Se não foi o autor, cabe responsabilizá-lo apenas na hipótese de estar obrigado a impedir o evento lesivo, sob pena de convertê-lo em ‘segurador universal’. Embora a municipalidade tenha adotado medida de sinalização da área afetada pela erosão pluvial, deixou de proceder ao seu completo isolamento, bem como de prover com urgência as obras necessárias à segurança do local, fato que caracteriza negligência, ensejadora da responsabilidade subjetiva” (STJ, REsp 135.542/MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 19.10.2004, DJ 29.08.2005 p. 233).

Ao lado do fato natural, ou fato jurídico *stricto sensu*, há o *fato jurídico humano*. Parte da doutrina denomina o fato humano como *fato jurígeno*, pela presença da vontade humana (elemento volitivo), incluindo os atos lícitos e os ilícitos (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil...*, 2003, v. I, p. 366). O fato humano ou *jurígeno* pode ser assim classificado:

- a) *Ato jurídico em sentido amplo* ou *ato jurídico lato sensu* – também denominado *ato voluntário* e que também possui importante subclassificação, conforme será ainda analisado.
- b) *Ato ilícito* – é a conduta voluntária ou involuntária que está em desacordo com o ordenamento jurídico. O ilícito pode ser penal, administrativo ou civil, havendo independência entre essas três esferas, o que pode ser percebido pela leitura da primeira parte do art. 935 do CC/2002 (“a responsabilidade civil independe da criminal”). Essa independência, no entanto, não é absoluta, mas relativa, pois uma conduta pode influir nas três órbitas, como ocorre em um acidente de trânsito ou no dano ambiental. O conceito de ato ilícito civil consta do art. 186 do

atual Código, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Esse dispositivo tem estudo aprofundado no próximo volume desta coleção, que trata da responsabilidade civil, o que parece ser o melhor caminho metodológico (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2014, v. 2).

Este autor está filiado ao entendimento pelo qual o ato ilícito não é ato jurídico, pois este deve ser necessariamente lícito.

Seguindo essa corrente e citando doutrina para amparar seu entendimento (Orosimbo Nonato, Vicente Ráo, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona), ensina Zeno Veloso que:

“A nosso ver, embora gerando efeitos jurídicos, o ato ilícito não deve se chamado de ato jurídico, que, por definição, é lícito. Porém, pelos efeitos jurídicos que enseja, o ato ilícito, sem dúvida, é um fato jurídico (em sentido lato). O ato ilícito, ou contrário ao direito, é jurídico, à medida em que provoca um efeito jurídico, fazendo nascer uma responsabilidade civil, base de uma obrigação de ressarcir, de indenizar, a cargo do autor, e de um crédito atribuído à vítima, ao lesado, podendo também dele resultar outra espécie de responsabilidade, a criminal. Mas gera confusão chamar o ato ilícito ‘ato jurídico’, só por causa dos efeitos jurídicos que proporciona. Virtude e crime têm efeitos jurídicos e nem por isto recebem a mesma denominação. E, se nos permitem o exemplo, não se pode, só porque ambas têm asas, e voam, chamar pelo mesmo nome a borboleta e a andorinha” (*Invalidez...*, 2005, p. 15).

Conclui-se, por tais palavras, que o ato ilícito é fato *jurígeno*, pela presença da vontade humana, mas *não constitui ato jurídico em sentido amplo*.

Entretanto, frise-se que alguns autores, caso de Sílvio Venosa, têm entendimento contrário (*Direito civil...*, 2003, v. I, p. 366), opinando que o ato ilícito também é ato jurídico. No mesmo sentido, José Carlos Moreira Alves, relator do anteprojeto da Parte Geral do Código Civil (*A parte geral do Projeto de Código Civil...*, 2003) e Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado...*, t. II, 1974, p. 447).

Como ficou claro, este autor fica com o primeiro posicionamento, de que o ato ilícito não constitui ato jurídico, pois *o que é antijurídico não é jurídico*. Todavia, a questão é controvertida, como se pode depreender dos juristas citados.

O Código Civil de 2002 compara a verdadeiro ato ilícito a conduta da pessoa que excede um direito que possui, contrariando manifestamente o fim social ou econômico de um instituto, a boa-fé ou os bons costumes. Consagra, assim, o atual Código Civil a tese do *abuso de direito* como ato ilícito, conforme previsto no seu art. 187. O abuso de direito é também estudado no próximo volume desta coleção, por interessar diretamente à responsabilidade civil.

De toda sorte, esclareça-se, de imediato, que o abuso de direito não diz respeito somente ao tema da responsabilidade civil. Nesse sentido, o Enunciado n. 539, da *VI Jornada de Direito Civil*, de 2013, que preceitua: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Nos termos da justificativa da ementa da doutrina, “a indesejável

vinculação do abuso de direito a responsabilidade civil, consequência de uma opção legislativa equívoca, que o define no capítulo relativo ao ato ilícito (art. 187) e o refere especificamente na obrigação de indenizar (art. 927 do CC), lamentavelmente tem subtraído bastante as potencialidades dessa categoria jurídica e comprometido a sua principal função (de controle), modificando-lhe indevidamente a estrutura”.

E mais, segundo as justificativas do enunciado, proposto pelo Professor Fábio Azevedo, do Rio de Janeiro: “Não resta dúvida sobre a possibilidade de a responsabilidade civil surgir por danos decorrentes do exercício abusivo de uma posição jurídica. Por outro lado, não é menos possível o exercício abusivo dispensar qualquer espécie de dano, embora, ainda assim, mereça ser duramente coibido com respostas jurisdicionais eficazes. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil. Será rara, inclusive, a aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar, sendo mais útil admiti-lo como base para frear o exercício. E isso torna a aplicação da categoria bastante cerimoniosa pela jurisprudência, mesmo após uma década de vigência do Código. O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil”.

De fato, pode existir abuso de direito sem dano, cabendo medidas inibitórias em casos tais. Todavia, metodologicamente, fica mais viável e fácil o estudo da categoria do campo próprio da responsabilidade civil, exigindo-se o dano para o conseqüente dever de reparar. Tendo sido esta a opção do legislador, também o é a do presente autor. Por fim, cabe ressaltar que o estudo de tão intrincada categoria no primeiro livro de uma coleção de Direito Civil pode confundir e até atormentar o iniciante no estudo do Direito Privado, razão pela qual ela está tratada no Vol. 2 da Coleção.

Superados tais conceitos, parte-se, agora, à análise do ato jurídico *lato sensu*, que pode ser assim subclassificado:

- *Ato jurídico em sentido estrito (ou ato jurídico stricto sensu)* – configura-se quando houver objetivo de mera realização da vontade do titular de um determinado direito, não havendo a criação de instituto jurídico próprio para regular direitos e deveres, muito menos composição de vontade entre as partes envolvidas. No ato jurídico *stricto sensu* os efeitos da manifestação de vontade estão predeterminados pela lei. Podem ser citados como exemplos de atos jurídicos *stricto sensu* a ocupação de um imóvel, o pagamento de uma obrigação e o reconhecimento de um filho.
- *Negócio jurídico* – é o fato jurídico, com elemento volitivo qualificado, cujo conteúdo seja lícito, visando a regular direitos e deveres específicos de acordo com os interesses das partes envolvidas. Diante de uma composição de vontade de partes, que dita a existência de efeitos, há a criação de um instituto jurídico próprio, visando a regular direitos e deveres. A expressão tem origem na construção da negação do ócio ou do descanso (*neg + otium*), ou seja, na ideia de movimento. Como faz Antônio Junqueira de Azevedo, pode-se afirmar que o *negócio*

jurídico constitui o principal exercício da autonomia privada, da liberdade negocial. Para o doutrinador, “*in concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que todo o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (*Negócio jurídico...*, 2002, p. 16). Ou ainda, como quer Álvaro Villaça Azevedo, no negócio jurídico “as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 169). O negócio jurídico é o ponto central principal da Parte Geral do Código Civil, sendo o seu conceito vital para conhecer o contrato e o casamento, seus exemplos típicos.

Além dos conceitos apontados, alguns doutrinadores defendem ainda a existência do denominado ato-fato jurídico, *um fato jurídico qualificado por uma atuação humana, por uma vontade não relevante juridicamente*. Sobre essa categoria, merecem destaque as palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

“Nesse caso, é irrelevante para o direito se a pessoa teve ou não a intenção de praticá-lo. O que se leva em conta é o efeito resultante do ato que pode ter repercussão jurídica, inclusive ocasionando prejuízos a terceiros. Como dissemos, toda a seara da teoria dos atos e negócios jurídicos é doutrinária, com muitas opiniões a respeito. Nesse sentido, costuma-se chamar à exemplificação os atos praticados por uma criança, na compra e venda de pequenos efeitos. Não se nega, porém, que há um sentido de negócio jurídico do infante que compra confeitos em um botequim. Ademais, em que pese à excelência dos doutrinadores que sufragam essa doutrina, ‘em alguns momentos, torna-se bastante difícil diferenciar o ato-fato jurídico do ato jurídico em sentido estrito categoria abaixo analisada. Isso porque, nesta última a despeito de atuar a vontade humana, os efeitos produzidos pelo ato encontram-se previamente determinados pela lei, não havendo espaço para a autonomia da vontade’ (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002: 306)” (*Direito civil. Parte geral...*, 2003, p. 367).

Ao tratar dos atos-fatos jurídicos, Pontes de Miranda desenvolve o conceito de *atos-reais*, nos seguintes termos:

“Os *atos reais*, ditos, assim por serem mais dos fatos, das coisas, que dos homens – ou *atos naturais*, se separamos natureza e psique, ou atos *meramente externos*, se assim os distinguirmos, por abstraírem eles do que se passa no interior do agente – são os atos humanos a cujo suporte fático se dá entrada, como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são atos-fatos jurídicos. Nem é preciso que haja querido a juridicização deles, nem, *a fortiori*, a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (= o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela). *Exemplos de atos reais*. São os principais *atos reais*: a) a *tomada de posse* ou aquisição da posse, b) a transmissão da posse pela *tradição*; c) o *abandono da posse*; d) o *descobrimento do tesouro*; e) a *especificação*; f) a *composição de obra científica, artística ou literária*; g) a *ocupação*” (*Tratado de direito privado...*, 1974, t. II, p. 373).

Relativamente a essa categoria jurídica, é de se concordar integralmente com as palavras de Sílvio Venosa. Na verdade, o que se denomina *ato-fato jurídico* pode se enquadrar no conceito de fato jurídico, no de ato jurídico *stricto sensu*, ou mesmo no de negócio jurídico. Desse modo, cabe análise caso a caso pelo estudioso do direito. O conceito é *mutante, metamorfo*, ou *nômade*, podendo se enquadrar em outras categorias jurídicas.

Ilustrando, o exemplo da criança que compra um confeito em uma padaria seria de um negócio jurídico, até porque a boa-fé das partes deve ser preservada. O antes estudado Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, aponta que a vontade dos menores absolutamente incapazes pode ser juridicamente relevante se eles demonstrarem discernimento bastante para tanto.

Outro exemplo apontado como sendo de *ato-fato jurídico* é o achado de um tesouro que não está sendo procurado, o que geraria uma *posse como ato-fato jurídico*. Nesse caso, há, na opinião deste autor, um ato jurídico, pois decorre da vontade humana. Vale lembrar que o achado do tesouro continua tratado pelo Código Civil, entre os seus arts. 1.264 a 1.266. Pelo primeiro dispositivo, o tesouro é conceituado como “O depósito antigo de coisas preciosas, oculto, e de cujo dono não haja memória”.

Superada essa análise conceitual inicial, passa-se, pela ordem, ao estudo específico do ato jurídico *stricto sensu* e do negócio jurídico.

6.2 DO ATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO OU ATO JURÍDICO STRICTO SENSU

Conforme foi analisado, no *ato jurídico em sentido estrito* há uma manifestação de vontade do agente, mas as suas consequências são as previstas em lei e não na vontade das partes, ausente qualquer composição volitiva entre os seus envolvidos. Ademais, não há criação de um instituto jurídico próprio, visando a regulamentar interesse das partes.

Como bem ensina Marcos Bernardes de Mello, destacado intérprete da obra de Pontes de Miranda, o ato jurídico *stricto sensu* é um “fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático a manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações respectivas” (*Teoria do fato...*, 1995, p. 137).

Um bom exemplo de ato jurídico *stricto sensu*, visando a diferenciá-lo do negócio jurídico, é o reconhecimento de um filho. Imagine-se que uma pessoa teve um filho fora do casamento e, como pai, queira reconhecê-lo. Com o reconhecimento surgem efeitos legais, como o direito do filho usar o nome do pai, o dever do último de prestar alimentos, direitos sucessórios, dever de apoio moral, entre outros. Sendo reconhecido um filho, os efeitos decorrentes do ato não dependem da vontade da pessoa que fez o reconhecimento, mas da lei, da norma jurídica. Como é notório, não pode o pai limitar esses direitos decorrentes de lei. Sendo assim, prevê o art. 1.613 do CC/2002 que o reconhecimento de filho não pode ter eficácia sujeita a condição ou a termo. A título de exemplo, não pode o suposto pai dizer que reconhecerá um filho *se* não tiver que pagar alimentos.

O *pagamento direto* de uma obrigação também constitui um típico *ato jurídico em sentido estrito*.

A obrigação já existia anteriormente, cabendo ao devedor pagá-la a fim de eximir-se do vínculo dela decorrente e das consequências advindas do inadimplemento, como a responsabilidade patrimonial consagrada no art. 391 do CC. Com o pagamento, ausente qualquer composição de vontades, o devedor livra-se desse vínculo.

Por fim, a ocupação de um imóvel do mesmo modo é um ato jurídico *stricto sensu*. O imóvel já existe, havendo no ato de ocupação efeitos de origem puramente legal. *Preenche-se um espaço vazio*, simbologia que demonstra muito bem o ato jurídico em sentido estrito. Assim, para este autor, ao contrário do que aduz Pontes de Miranda, a ocupação, como tomada da posse, não constitui um ato-fato jurídico (ato real), mas um ato jurídico em sentido estrito.

O ato jurídico *stricto sensu* constitui um fato jurídico, bem como um fato jurígeno, pela presença do elemento volitivo. Constitui também um ato jurídico *lato sensu*. Pode-se afirmar que o ato jurídico *stricto sensu* está previsto no art. 185 do CC/2002, segundo o qual: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”. Desse modo, as regras que serão expostas quanto ao negócio jurídico, a partir de agora, devem ser aplicadas também aos atos jurídicos em questão. Ilustrando, pode-se sustentar a anulabilidade do pagamento direto pela presença de um vício do consentimento.

6.3 DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico é uma espécie do gênero ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), constituindo ainda um fato jurídico, particularmente um *fato jurígeno*, pela presença da vontade.

Esse instituto pode ser conceituado como sendo toda a ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito. Constitui um ato destinado à produção de efeitos jurídicos desejados pelos envolvidos e tutelados pela norma jurídica.

Ainda no contexto de definição, cabe também expor a ideia de Larenz, construída a partir do Código Civil Alemão (BGB). Para o jurista, o negócio jurídico é um ato – ou uma pluralidade de atos entre si relacionados entre uma ou várias pessoas –, cujo fim é produzir um efeito jurídico no âmbito do Direito Privado, isto é, uma modificação nas relações jurídicas entre os particulares (LARENZ, Karl. *Derecho civil...*, 1978, p. 422).

O negócio jurídico típico é o contrato, concebido como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, à modificação ou à extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial – conceito clássico ou moderno retirado do art. 1.321 do Código Civil Italiano de 1942. É imperioso repetir que todo contrato constitui negócio jurídico, sem exceção; o que justifica a importância da teoria geral do negócio jurídico para a seara contratual.

Dessa forma, o negócio jurídico é o principal instrumento que as pessoas têm para realizar seus interesses, sendo relevante salientar a importância da Parte Geral do Código Civil para a própria concepção do contrato.

Quando se estudam os elementos do negócio jurídico igualmente se estudam os elementos do contrato. Os vícios do negócio jurídico também são vícios contratuais. Os casos de nulidade ou anulabilidade do negócio geram o contrato nulo e anulável, respectivamente.

Além do contrato, o casamento, do mesmo modo, constitui um negócio jurídico, especial ou *sui generis*, diga-se de passagem. Por isso, é costume afirmar que o negócio jurídico está no ponto central do *Direito Civil Contemporâneo*.

Na doutrina renovada, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho demonstram que a teoria geral do negócio jurídico está passando por profunda transformação, interrogando “como estudar a clássica teoria do negócio jurídico, desenvolvida brilhantemente pelos juristas do passado, sem a necessária advertência de que muitas dessas fontes doutrinárias emergiram em época de economia rudimentar e conservadora, em que as partes da avença eram consideradas absolutamente iguais, e a vontade manifestada era rigidamente mutável?” (*Novo...*, 2003, p. 315).

Ora, conforme é abordado nos demais volumes desta coleção, ocorreu uma verdadeira revolução no modo de se visualizar as obrigações, os contratos, o casamento e, sobretudo, os negócios jurídicos, uma vez que profundas foram as alterações sociais e econômicas pelas quais passou o mundo civilizado.

Relativamente aos negócios patrimoniais, aquele *contrato estanque*, concebido à luz do *pacta sunt servanda*, da regra de que o mesmo *semper* faz lei entre as partes, simplesmente não existe mais. Os *princípios sociais contratuais*, caso da função social e da boa-fé objetiva, trouxeram uma nova forma de visualização dos contratos.

O cerne principal do negócio, a manifestação da vontade, sofreu um verdadeiro impacto, apontando alguns autores que é praticamente impossível hoje a sua manifestação inequívoca e plena. Na prática, predominam os pactos de adesão, ocorrendo a denominada *standardização contratual*. Porque hoje se tornaram raras as manifestações de vontade plenas e inequívocas nos contratos em geral, chegaram alguns autores a apontar a *morte* ou a *crise dos contratos*. Mas na verdade, o contrato não tende a desaparecer, estando em seu apogeu. Essa expressão *crise* não significa derrota, mas mudança de estrutura (TARTUCE, Flávio. *Função social...*, 2007). É justamente isso que vem ocorrendo com os contratos e negócios jurídicos em geral. Pela mitigação da vontade, como elemento primaz e fundamental do contrato, é que a autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada. Para aprofundamentos, recomenda-se a leitura do Capítulo 2 do Volume 3 da presente coleção (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2014, v. 3).

É basilar perceber que o Código Civil de 2002, nesse ponto distante da simplicidade, não buscou conceituar tanto o ato jurídico *stricto sensu* quanto o negócio jurídico, demonstrando somente quais são os seus elementos estruturais (art. 104 do CC). Assinala-se que o Código Civil de 1916 conceituava o ato jurídico em seu art. 81, da seguinte forma: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Esse conceito, apesar de não mais constar da atual codificação, ainda pode ser utilizado para fins categóricos, didáticos e metodológicos.

Na atual codificação também não constam as principais classificações dos negócios jurídicos, matéria doutrinária que se passa a estudar.

6.3.1 Principais classificações dos negócios jurídicos

A classificação do negócio jurídico tem como objetivo enquadrar um determinado instituto

jurídico, bem como demonstrar a natureza jurídica do mesmo. Busca-se, assim, o que se denomina como *categorização jurídica*. Pelo que consta no art. 185 da atual codificação, as classificações a seguir servem tanto para os negócios quanto para os atos jurídicos *stricto sensu*.

Vejam os principais enquadramentos de tais institutos:

I) *Quanto às manifestações de vontade dos envolvidos:*

- *Negócios jurídicos unilaterais* – são aqueles atos e negócios em que a declaração de vontade emana de apenas uma pessoa, com um único objetivo. São exemplos de negócios jurídicos unilaterais o testamento, a renúncia a um crédito e a promessa de recompensa.

Os negócios unilaterais podem ainda ser classificados em *receptícios* – aqueles em que a declaração deve ser levada a conhecimento do seu destinatário para que possa produzir efeitos – e em *não receptícios* – em que o conhecimento pelo destinatário é irrelevante. A promessa de recompensa está dentro dos primeiros e o testamento, dos últimos.

- *Negócios jurídicos bilaterais* – são aqueles em que há duas manifestações de vontade coincidentes sobre o objeto ou bem jurídico tutelado. O negócio jurídico bilateral por excelência é o contrato. Repita-se, portanto, que os contratos são sempre negócios jurídicos, pelo menos bilaterais.
- *Negócios jurídicos plurilaterais* – são os negócios jurídicos que envolvem mais de duas partes, com interesses coincidentes no plano jurídico. Exemplos de negócio jurídico plurilateral são o contrato de consórcio e o contrato de sociedade entre várias pessoas.

II) *Quanto às vantagens patrimoniais para os envolvidos:*

- *Negócios jurídicos gratuitos* – são os atos de liberalidade, que outorgam vantagens sem impor ao beneficiado a obrigação de uma contraprestação. Não envolvem, portanto, sacrifício patrimonial de todas as partes, situações em que uma parte só tem vantagens, não assumindo deveres. Exemplo é o contrato de doação pura.
- *Negócios jurídicos onerosos* – são os atos que envolvem sacrifícios e vantagens patrimoniais para todas as partes no negócio, como é o caso dos contratos de locação e de compra e venda. No primeiro caso a remuneração é o aluguel, no segundo, o preço.

Aqui, a doutrina aponta mais duas outras modalidades de negócios (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo...*, 2003, p. 323), que devem ser consideradas:

- *Negócios jurídicos neutros* – são aqueles em que não há uma atribuição patrimonial determinada, não podendo ser enquadrados como gratuitos ou onerosos, caso da instituição de um bem de família voluntário ou convencional (arts. 1.711 a 1.722 do CC).
- *Negócios jurídicos bifrontes* – são aqueles que tanto podem ser gratuitos como onerosos, o que depende da autonomia privada, da intenção das partes. Podem ser citados os contratos de depósito e de mandato, que podem assumir as duas formas, pela presença ou não da remuneração.

III) *Quanto aos efeitos, no aspecto temporal:*

- *Negócios jurídicos inter vivos* – são aqueles destinados a produzir efeitos desde logo, isto é, durante a vida dos negociantes ou interessados, como ocorre, por exemplo, nos contratos, caso da compra e venda; e no casamento.
- *Negócios jurídicos mortis causa* – aqueles cujos efeitos só ocorrem após a morte de determinada pessoa, como, para ilustrar, se dá no testamento e no legado.

A separação entre os negócios jurídicos *inter vivos* e *mortis causa* é clara no art. 426 do atual CC, pelo qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Trata-se da antiga vedação dos pactos sucessórios ou *pacta corvina*, que constava do Código anterior (art. 1.089 do CC/1916).

IV) *Quanto à necessidade ou não de solenidades e formalidades:*

- *Negócios jurídicos formais ou solenes* – são aqueles que obedecem a uma forma ou solenidade prevista em lei para a sua validade e aperfeiçoamento, caso do casamento e do testamento. Como se verá adiante, tecnicamente, há diferenças entre as categorias forma e solenidade.
- *Negócios jurídicos informais ou não solenes* – são aqueles que admitem forma livre, constituindo regra geral, pelo que prevê o art. 107 do CC, em sintonia com o princípio da operabilidade ou simplicidade. São, por regra, negócios jurídicos informais a locação e a compra e venda de bens móveis.

V) *Quanto à independência ou autonomia:*

- *Negócios jurídicos principais ou independentes* – são os negócios que têm vida própria e não dependem de qualquer outro negócio jurídico para terem existência e validade. Exemplo a ser citado é o contrato de locação.
- *Negócios jurídicos acessórios ou dependentes* – são aqueles cuja existência está subordinada a outro negócio jurídico, denominado principal. Exemplo típico de negócio acessório é o contrato de fiança, geralmente relacionado com um contrato de locação.

VI) *Quanto às condições pessoais especiais dos negociantes:*

- *Negócios jurídicos impessoais* – são aqueles que não dependem de qualquer condição especial dos envolvidos, podendo a prestação ser cumprida tanto pelo obrigado quanto por um terceiro. Exemplo é o contrato de compra e venda.
- *Negócios jurídicos personalíssimos ou intuitu personae* – são aqueles dependentes de uma condição especial de um dos negociantes, havendo uma obrigação infungível, como ocorre no contrato de fiança. Como outro exemplo cite-se a contratação de um pintor famoso, com talento único, para fazer o retrato de uma família.

VII) *Quanto à sua causa determinante:*

- *Negócios jurídicos causais ou materiais* – são aqueles em que o motivo consta expressamente do seu conteúdo como ocorre, por exemplo, em um termo de separação ou de divórcio. A maioria dos negócios jurídicos assume essa forma.
- *Negócios jurídicos abstratos ou formais* – são aqueles cuja razão não se encontra inserida no conteúdo, decorrendo dele *naturalmente*. Exemplos que podem ser citados são um termo de transmissão da propriedade e a simples emissão de um título de crédito.

VIII) *Quanto ao momento de aperfeiçoamento:*

- *Negócios jurídicos consensuais* – são aqueles que geram efeitos a partir do momento em que há o acordo de vontades entre as partes, como ocorre na compra e venda pura (art. 482 do CC).
- *Negócios jurídicos reais* – são aqueles que geram efeitos a partir da entrega do objeto, do bem jurídico tutelado. Alguns contratos, como o comodato, o mútuo, o contrato estimatório e o depósito, assumem essa forma.

IX) *Quanto à extensão dos efeitos:*

- *Negócios jurídicos constitutivos* – são os negócios que geram efeitos *ex nunc*, a partir da sua conclusão, pois constituem positiva ou negativamente determinados direitos, como ocorre com a compra e venda.
- *Negócios jurídicos declarativos* – são os negócios que geram efeitos *ex tunc*, a partir do momento do fato que constitui o seu objeto, caso da partilha de bens no inventário.

6.3.2 Os elementos constitutivos do negócio jurídico

6.3.2.1 Introdução. Os três planos do negócio jurídico. A Escada Ponteana

O estudo dos elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio jurídico é um dos pontos mais importantes e controvertidos da Parte Geral do Código Civil. Como demonstrado, esses também serão os elementos do contrato, trazendo o conteúdo de determinadas cláusulas contratuais.

É fundamental estudar a concepção desses elementos a partir da teoria criada pelo grande jurista Pontes de Miranda, que concebeu uma estrutura única para explicar tais elementos (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, 1974, tomos 3, 4 e 5). Trata-se do que se denomina *Escada Ponteana* ou “Escada Pontiana”. É importante ressaltar que os nossos estudos quanto ao tema surgiram a partir dos ensinamentos transmitidos pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, titular da Faculdade de Direito da USP, por meio do seu grupo de pesquisas.

A partir dessa genial construção, o negócio jurídico tem três planos, a seguir demonstrados:

- *plano da existência;*
- *plano da validade;*
- *plano da eficácia.*

No plano da existência estão os pressupostos para um negócio jurídico, ou seja, os seus *elementos mínimos*, enquadrados por alguns autores dentro dos *elementos essenciais* do negócio jurídico. Constituem, portanto, o *suporte fático do negócio jurídico (pressupostos de existência)*.

Nesse plano surgem apenas *substantivos*, sem qualquer qualificação, ou seja, *substantivos sem adjetivos*. Esses substantivos são: *partes (ou agentes), vontade, objeto e forma*. Não havendo algum desses elementos, o negócio jurídico é inexistente, defendem aqueles autores que seguem à risca a teoria de Pontes de Miranda.

No segundo plano, o da *validade*, as palavras acima indicadas ganham qualificações, ou seja, os substantivos recebem adjetivos, a saber: *partes ou agentes capazes; vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei*.

Esses elementos de validade constam expressamente do art. 104 do CC, cuja redação segue: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Na realidade, não consta do dispositivo menção quanto à *vontade livre*, mas é certo que tal elemento está inserido seja dentro da capacidade do agente, seja na licitude do objeto do negócio. O negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito, ou seja, haverá nulidade absoluta ou nulidade. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável (nulidade relativa ou anulabilidade), como no caso daquele celebrado por relativamente incapaz ou acometido por vício do consentimento. As hipóteses gerais de nulidade do negócio jurídico estão previstas nos arts. 166 e 167 do CC/2002. Os casos gerais de anulabilidade constam do art. 171 da atual codificação.

Por fim, no plano da *eficácia* estão os elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres, caso da condição, do termo, do encargo ou modo, das regras de inadimplemento

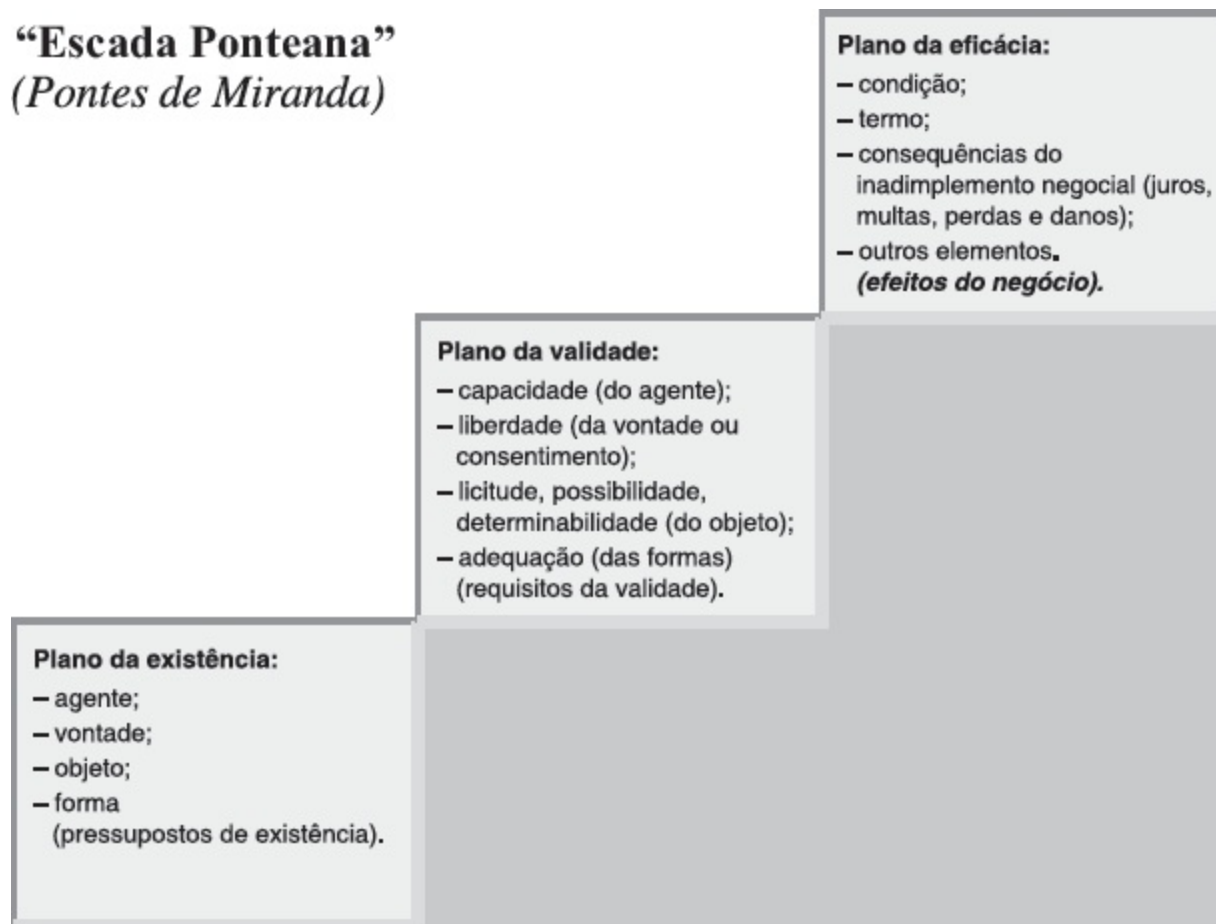
negocial (juros, multa e perdas e danos), do registro imobiliário, da rescisão contratual, do regime de bens do casamento, entre outros.

Nesse último plano, ou *último degrau da escada*, estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas.

Sobre os três planos, ensina Pontes de Miranda que “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é” (*Tratado de direito privado...*, 1974, tomo 3, p. 15).

Dessa forma, a *Escada Ponteana* pode ser concebida conforme o gráfico a seguir:

“Escada Ponteana” (Pontes de Miranda)



Pelo esquema gráfico, percebe-se que, em regra, para que se verifiquem os elementos da validade, é preciso que o negócio seja existente. Para que o negócio seja eficaz, deve ser existente e válido. Tal dedução lógica justifica a simbologia da escada que sobe.

Entretanto, nem sempre isso ocorre. Ora, é possível que o negócio seja existente, inválido e eficaz, caso de um negócio jurídico anulável que esteja gerando efeitos. Ilustrando, pode ser citado o casamento anulável celebrado de boa-fé.

Também é possível que o negócio seja existente, válido e ineficaz, como é o caso de um contrato celebrado sob condição suspensiva e que não esteja ainda gerando efeitos jurídicos e práticos.

Superados esses pontos, anote-se que, para este autor, o atual Código Civil não concebeu de forma expressa e distinta o plano da existência. Como se pode perceber o art. 104 trata, diretamente, do plano da validade (“A *validade* do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito,

possível, determinado e determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”) (destacamos). O que se pode afirmar é que *o plano da existência está embutido no plano da validade*.

Além disso, não há no atual Código um dispositivo que explique tão bem a *Escada Ponteana* quanto o art. 2.035, *caput*, norma de direito intertemporal, cujo teor segue:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

A redação desse último dispositivo traz duas constatações.

A primeira é que o comando também não adota expressamente o plano da existência, eis que o artigo já começa tratando da *validade dos negócios e demais atos jurídicos*.

A segunda constatação, regra quanto à aplicação das normas no tempo, é de que, quanto à *validade* dos negócios jurídicos, deve ser aplicada a norma do *momento* da sua constituição ou celebração. Prevê o comando legal que se o negócio for celebrado na vigência do Código Civil de 1916, quanto à sua validade, devem ser aplicadas as regras que constavam na codificação anterior. Isso, esclareça-se, no que concerne à capacidade das partes, quanto à legitimação, relativamente à vontade livre, quanto à licitude do objeto, no tocante à forma prescrita em lei.

Já quanto ao *plano da eficácia*, devem ser aplicadas as normas incidentes no *momento da produção de seus efeitos* (“mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam”).

Assim, relativamente à condição, ao termo, aos juros, às multas (e outras penalidades), às perdas e danos, à rescisão contratual e ao regime de bens de casamento, deve ser aplicada a norma atual, no caso, o Código Civil de 2002. Pode parecer estranho, mas foi esse o intuito do legislador. No decorrer desta coleção surgirão vários exemplos de aplicação da *Escada Ponteana* e do art. 2.035 do atual CC, sem que haja qualquer inconstitucionalidade, conforme será defendido.

Superada essa visão preliminar, parte-se ao estudo detalhado dos elementos estruturais do negócio jurídico.

6.3.2.2 Elementos essenciais do negócio jurídico

Esses elementos são aqueles que estão no plano da existência e da validade do negócio, trazendo a sua inobservância sérias consequências para o ato celebrado, aplicando-se a teoria das nulidades. São elementos essenciais: a *capacidade do agente*; o *objeto lícito, possível, determinado ou determinável*; a *vontade ou consentimento livre* e a *forma prescrita ou não defesa em lei*, institutos que serão abordados de forma pontual.

a) A capacidade do agente

Como todo negócio jurídico traz como conteúdo uma declaração de vontade (o elemento volitivo que caracteriza o *ato jurígeno*), a capacidade das partes é indispensável para a sua validade.

No que concerne à pessoa física ou natural, aqui figura a grande importância dos arts. 3.º e 4.º do CC/2002, que apresentam as relações das pessoas absoluta ou relativamente incapazes, respectivamente.

Enquanto os absolutamente incapazes devem ser representados por seus pais, tutores e curadores; os relativamente incapazes devem ser assistidos pelas pessoas a quem a lei determinar. Todavia, pode o relativamente incapaz celebrar determinados atos e negócios, como fazer testamento, aceitar mandato *ad negotia* e ser testemunha.

O negócio praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação é nulo, por regra (art. 166, I, do CC). O realizado por relativamente incapaz sem a correspondente assistência é anulável (art. 171, I, do CC).

No tocante à incapacidade relativa de uma parte, prevê o art. 105 do CC que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, também não aproveitando aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, foi indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum a todos. Desse modo, não poderão os credores ou os devedores solidários ser privilegiados por suas alegações. Isso porque, como se sabe, a alegação de incapacidade constitui uma *exceção pessoal*, uma defesa que somente pode ser alegada por determinada pessoa.

Para fixar a matéria, lembre-se o rol dos incapazes que constam nos arts. 3.º e 4.º do Código Civil em vigor, conforme o quadro a seguir:

Absolutamente incapazes – art. 3.º do CC	Relativamente incapazes – art. 4.º do CC
<ul style="list-style-type: none">– Menores de 16 anos – menores impúberes;– Enfermos e deficientes mentais sem discernimento para prática dos atos da vida civil;– Pessoas que por uma causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade.	<ul style="list-style-type: none">– Menores com idade entre 16 e 18 anos – menores púberes;– Ébrios habituais, toxicômanos e pessoas com discernimento mental reduzido;– Excepcionais sem desenvolvimento completo;– Pródigos.

No que toca às pessoas jurídicas, estas devem ser representadas ativa e passivamente, na esfera judicial ou não, por seus órgãos, constituídos conforme as formalidades previstas em lei, já outrora estudadas.

Além dessa capacidade geral, aqui estudada, para determinados negócios, exige-se a capacidade especial para certos atos, denominada *legitimação*. Como exemplo, repise-se o caso de uma pessoa maior e casada que é plenamente capaz, podendo dispor sobre seus bens imóveis sem representação. Mas ela não poderá vender um imóvel sem a outorga de seu cônjuge ou o suprimento judicial deste, salvo se casado for sob o regime de separação absoluta de bens. Essa regra consta dos arts. 1.647 e 1.648 do CC/2002. A pena para o ato assim celebrado é a sua anulabilidade conforme o art. 1.649 da mesma norma codificada, desde que proposta ação pelo outro cônjuge ou pelo seu herdeiro no prazo

decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal.

b) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

Somente será considerado válido o negócio jurídico que tenha como conteúdo um objeto lícito, nos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e à função social ou econômica de um instituto. Como se sabe, ilícito o objeto, nulo será o negócio jurídico (art. 166, II, do CC). Eventualmente pode estar caracterizado no negócio jurídico o abuso de direito, justamente pelo desrespeito aos conceitos que constam do art. 187 da atual codificação, o que por si só, constitui justificativa para a declaração de nulidade, combinando-se os dois dispositivos legais transcritos.

Nessa linha de pensamento, Roberto Senise Lisboa entende que a noção de ilicitude do objeto compreende a moralidade do conteúdo do negócio jurídico. Defende que o negócio jurídico imoral não pode produzir efeitos, mas aponta a grande dificuldade em se reconhecer essa imoralidade, eis que a noção de imoral é variável. Assim, a questão da moralidade do negócio jurídico deve ser apreciada a partir do preenchimento dos conceitos legais indeterminados previstos no art. 187 do CC, “valendo-se o julgador das formas de integração das lacunas da lei para aplicar a justiça distributiva, atingindo, desse modo, os fins sociais para os quais a norma jurídica foi promulgada” (*Manual...*, 2004, v. I, p. 478).

Além disso, o objeto deve ser possível no plano fático. Se o negócio implicar em prestações impossíveis, também deverá ser declarado nulo. Tal impossibilidade pode ser física ou jurídica. A impossibilidade física está presente quando o objeto não pode ser apropriado por alguém ou quando a prestação não puder ser cumprida por alguma razão. Por outra via, a impossibilidade jurídica está presente quando a lei vedar o seu conteúdo.

Segundo o art. 106 do Código Civil, a impossibilidade inicial do objeto não gera a nulidade do negócio se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. Em suma, somente a impossibilidade absoluta é que tem o condão de nulificar o negócio. Se o negócio ainda puder ser cumprido ou executado, não há que se falar em invalidade.

Conforme a doutrina de Álvaro Villaça Azevedo, “se o objeto, no início negocial, é impossível, embora lícito, ele não pode ser prestado naquele momento; contudo, essa prestação pode tornar-se viável, de futuro, caso não seja absoluta essa impossibilidade, pois, nesse caso, jamais poderá o objeto ser prestado, pois não há a mais remota possibilidade de ele vir a existir” (*Código...*, 2003, v. II, p. 53). A título de exemplo, cite-se a hipótese de um negócio envolvendo uma companhia que ainda será constituída por uma das partes envolvidas. Ou, ainda, como quer o próprio Villaça Azevedo, a ilustração da venda de um automóvel que não pode ser fabricado em um primeiro momento, diante de uma greve dos metalúrgicos; surgindo a possibilidade posterior do objeto negocial pela cessação do movimento de paralisação (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 177).

O que se percebe é que esse último comando legal traz em seu conteúdo o *princípio da conservação negocial ou contratual*, segundo o qual se deve sempre buscar a manutenção da vontade dos envolvidos, a preservação da autonomia privada. A construção mantém relação direta com o princípio da função social do contrato, segundo o Enunciado n. 22 do CJF/STJ, aprovado na I

Jornada de Direito Civil, cuja redação merece destaque: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

O objeto do negócio deve ser determinado ou, pelo menos, determinável. O Código Civil de 2002 reconhece falha da codificação anterior, afastando o rigor da certeza quanto ao objeto. Pertinente apontar que, na obrigação de dar coisa incerta, o objeto é ainda pendente de determinação (arts. 243 e 244 do CC), que se dá pela escolha, também denominada *concentração*. Mesmo assim, não há que se falar em invalidade do negócio por indeterminação do objeto, sendo este um exemplo de incidência da regra constante do art. 106 do CC.

Nas típicas situações de negócios jurídicos de alienação de coisa, caso dos contratos de compra e venda e de doação, o objeto deve ser ainda consumível do ponto de vista jurídico (segunda parte do art. 86 do CC – *consuntibilidade jurídica*). Em outras palavras, o objeto deve ser alienável, ao passo que a venda ou a doação de bem inalienável é nula, por ilicitude do objeto ou fraude à lei (art. 166, II e VI, do CC).

A encerrar o estudo desse elemento, saliente-se que é melhor utilizar a expressão *bem inalienável* do que a clássica *coisa fora do comércio*, de outrora – *res extra commercium* do Direito Romano. Como é notório, há tempos superou-se a *fase dos atos do comércio* do Direito Comercial. Muito ao contrário, vivemos a fase do Direito Empresarial.

c) *Vontade ou consentimento livre*

A manifestação de vontade exerce papel importante no negócio jurídico, sendo seu elemento basilar e orientador. Vale dizer que a vontade é que diferencia o negócio, enquadrado dentro dos fatos humanos, fatos jurídicos e atos jurídicos, dos fatos naturais ou *stricto sensu*.

O consentimento pode ser expresso – escrito ou verbal, de forma pública e explícita – ou tácito – quando resulta de um comportamento implícito do negociante, que importe em concordância ou anuência.

Nesse sentido, enuncia o art. 111 do CC/2002 que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Desse modo, por regra, *quem cala não consente*, eis que, para que seja válida a vontade tácita, devem estar preenchidos os requisitos apontados. De toda a sorte, conforme estudado nos outros volumes da coleção, há exceções a essa regra. Várias são as aplicações jurisprudenciais da premissa constante do art. 111 do Código Civil, merecendo destaque a seguinte:

“Agravo de instrumento. Execução de sentença. Honorários advocatícios fixados em embargos à execução. Elaboração de acordo na execucional. Não abrangência dos termos e condições do pacto aos embargos, por constituírem estes últimos ação autônoma. Inexistência de previsão expressa no ajuste acerca da inclusão da verba honorária decorrente da sucumbência nos embargos do executado. Impossibilidade de presunção de que referida obrigação estaria açambarcada na transação. Inaplicabilidade do art. 111 do Código Civil. Causídico que assina o pacto na qualidade de patrono do acordante e não em nome próprio. Aquiescência do advogado acerca da pactuação envolvendo os honorários sucumbenciais referentes a outro processo

inocorrente. Autonomia do estipêndio que torna legítima a pretensão do exequente. Inteligência dos arts. 23 e 24, § 4.º, ambos do estatuto da advocacia. Decisão guerreada mantida. Agravo desprovido” (TJSC, Agravo de instrumento 2008.001031-1, Araranguá, 4.ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. José Carlos Carstens Kohler, *DJSC* 1.º.08.2008, p. 193).

Também no que concerne à vontade, os arts. 112, 113 e 114 trazem três regras fundamentais quanto à interpretação dos contratos e negócios jurídicos em geral, que merecem ser comentadas.

Pelo primeiro comando legal – art. 112 do CC –, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem. Desse modo, o aplicador do direito deve sempre buscar o que as partes queriam de fato, quando celebraram o negócio, até desprezando, em certos casos, o teor do instrumento negocial. Esse art. 112 do CC relativiza a força obrigatória das convenções, o *pacta sunt servanda*. Traz ainda, em seu conteúdo, *a teoria subjetiva de interpretação* dos contratos e negócios jurídicos, em que há a busca da real intenção das partes no negócio celebrado. No que concerne à importância dessa valorização subjetiva, para ilustrar, é interessante transcrever a seguinte ementa do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Locação. Espaço destinado à publicidade. Reparação de danos. Parede lateral de edifício. Publicidade pintada. Substituição por painel luminoso. Interpretação do contrato. Inadmissibilidade. Na hermenêutica tradicional existem dois tipos de interpretação dos contratos: a subjetiva e a objetiva. Por primeiro deve o intérprete procurar esclarecer a vontade real (subjetiva) dos contratantes, ou seja, a intenção comum das partes. Restando dúvidas, ou, para ajudar na investigação, deve-se proceder ao exame concomitante da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual (objetiva). O importante na busca da intenção comum das partes é o exame e valoração dos respectivos comportamentos durante a denominada fase de execução do contrato, período delimitado entre sua formação e extinção” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Rev. 807.399-00/0, 11.ª Câm., Rel. Juiz Egidio Giacoia, j. 17.11.2003. Referências: GOMES, Orlando. *Contratos*, 2002, p. 200-201 e 204; ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 171).

Ainda no que toca ao art. 112 do CC, interessante expor o exemplo construído por Karl Larenz, que demonstra muito bem as dificuldades em se buscar o sentido real do que foi pactuado. Expõe o jurista a situação de alguém que comunica a um hotel a necessidade de reserva de *dois quartos com três camas*. O objetivo do declarante é reservar um quarto com duas camas e outro quarto com uma cama tão somente. Porém, o atendente do hotel acaba por reservar dois quartos com três camas cada um. Como o hotel está lotado, ao chegar, o hóspede é cobrado da última forma (*Derecho Civil...*, 1978, p. 453). Quem deve ter razão? A situação pode ser perfeitamente aplicada aos estudantes do Direito, para que as mais diversas soluções sejam expostas. Fica, então, o caso em aberto, para as devidas aplicações pelos docentes.

Vale dizer que o presente autor passou por situação semelhante no seu cotidiano. Certo dia, em uma barraca de pastel da famosa feira livre da Vila Mariana, em São Paulo, fiz o seguinte pedido: “três queijos, para viagem”. A atendente, inexperiente, entregou um pastel de três queijos, quando o

certo seria vender três pastéis de queijo. A própria gerente da barraca corrigiu o equívoco, uma vez que o pedido de três pastéis de queijo é mais comum, inclusive pelas vendas habituais realizadas a este autor.

Nesse contexto, o art. 113 do CC/2002 determina que os negócios jurídicos, e logicamente os contratos, devem ser interpretados de acordo com a boa-fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração. Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, ao qual se filia, deve-se incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes (Enunciado n. 409). Diante do enunciado doutrinário, pode-se falar em *usos do tráfico*, que, segundo Larenz, constituem uma prática habitual nos negócios, um costume corriqueiro na constância das relações entre as partes (*Derecho Civil...*, 1978, p. 464). Nesse contexto, são fatos que devem ser considerados, segundo o jurista: *a)* os acordos preliminares; *b)* o caráter habitual das relações mantidas entre as partes; *c)* as manifestações anteriores do declarante e do destinatário; *d)* o lugar, o tempo e as circunstâncias anexas aos fatos (*Derecho Civil...*, 1978, p. 461).

Ainda quanto ao art. 113 do CC/2002, esse comando traz, ao mesmo tempo, os princípios da eticidade e da socialidade. O primeiro está no reconhecimento da interpretação mais favorável àquele que tenha uma conduta ética de colaboração e de lealdade (*boa-fé objetiva*). O segundo, pela interpretação do negócio de acordo com o meio social, dentro da ideia da *ontognoseologia jurídica* de Reale, reconhecendo a função social dos negócios e contratos. Valoriza-se, portanto, conforme a ementa transcrita, a *teoria objetiva da interpretação dos contratos e negócios jurídicos*.

Alguns autores, contudo, entendem que o dispositivo em comento traz a boa-fé subjetiva, aquela relacionada com a intenção das partes (NERY, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil...*, 2005, p. 231). Discorda-se desse posicionamento, pois a boa-fé-intenção está inserida no comando legal antes comentado (art. 112 do CC). O art. 113 do CC traz, na verdade, a *função de interpretação da boa-fé objetiva*, conforme foi demonstrado.

Assinala-se que os negócios jurídicos em geral, principalmente os contratos, devem ser interpretados da maneira mais favorável àquele que esteja de boa-fé. Em alguns casos, a lei acaba presumindo de forma relativa essa boa-fé objetiva, guiando a interpretação do magistrado. Podem ser citados os casos de interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do CC) e ao consumidor (art. 47 do CDC).

Em suma, percebe-se que tinha total razão o saudoso Miguel Reale quando afirmava que o art. 113 do CC seria um *artigo-chave* do Código de 2002 (*Um artigo-chave...*, 2006, p. 240). Em conclusão, o dispositivo traz a *função interpretativa* tanto da boa-fé objetiva quanto da função social. Na jurisprudência brasileira, numerosos são os julgados de aplicação da boa-fé objetiva e da função social em uma *relação de simbiose*, de ajuda mútua, para a mitigação da força obrigatória da convenção. Nesse sentido, duas ementas podem ser transcritas a exemplificar:

“Apelação. Ação revisional de contrato. Relação de consumo. Inexistência. Revisão contratual. Possibilidade. Causa de pedir. Existência. Mesmo nas relações contratuais não amparadas pelo direito do consumidor, pode o judiciário rever as normas estabelecidas na avença, como forma de prestigiar a função social do contrato e a boa-fé objetiva em detrimento da autonomia da vontade. Da leitura da peça vestibular, extrai-se que o fato é a celebração do contrato de financiamento n. 885798.0 e o fundamento jurídico revela-se no direito à legalidade das cláusulas concernentes

aos juros, de mora e remuneratórios, anatocismo e comissão de permanência” (TJMG, Apelação cível 1.0024.08.255985-7/0011, Belo Horizonte, 15.^a Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 12.02.2009, *DJEMG* 18.03.2009).

“Contrato de saúde. Paciente de 68 anos de idade, acometida de câncer. Indicação de temozolamina, um quimioterápico de via oral. Inadmissibilidade de se negar cobertura sob fundamento de ser tratamento domiciliar, por depor contra a função social do contrato e a boa-fé objetiva, por existir cobertura para câncer e quimioterapia. Tutela antecipada mantida. Não provimento” (TJSP, Agravo de Instrumento 605.520.4/9, Acórdão 3383957, São Paulo, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 13.11.2008, *DJESP* 23.01.2009).

Anote-se que podem ser encontrados milhares de julgados seguindo a linha apontada acima, o que demonstra que as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social realmente *pegaram* em nosso País, nesses nove anos de Código Civil de 2002.

Ato contínuo de análise, prevê o art. 114 da atual codificação que os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente. Desse modo, em contratos gratuitos como são a doação e o comodato, à vontade das partes nunca pode se dar um efeito ampliativo, sempre restritivo. Especializando o seu teor, prevê o art. 819 do CC/2002 que a fiança não admite interpretação extensiva. Como é notório, a fiança é um típico contrato de garantia gratuita, em regra.

Pois bem, sendo o consentimento inexistente, o negócio jurídico existirá apenas na aparência, mas não para o mundo jurídico, sendo passível de declaração de inexistência ou de nulidade absoluta. Entre os que entendem pela nulidade, estão aqueles não são adeptos da *teoria da inexistência do negócio jurídico*, pelo simples fato de o Código Civil somente tratar da nulidade absoluta e da relativa.

No próximo capítulo, a vontade, como elemento do negócio jurídico, voltará a ser estudada, pela abordagem dos vícios ou defeitos do negócio jurídico, que, por acometerem o consentimento, podem gerar sua anulabilidade. Trataremos também da simulação e, particularmente, da reserva mental (art. 110 do CC).

d) Forma prescrita ou não defesa em lei

Inicialmente, para fins didáticos, forçoso lembrar que a expressão “*não defesa*” significa “*não proibida*”. Muitas vezes, percebe-se certa dificuldade em sua compreensão e alcance.

Clóvis Beviláqua conceituava a forma como “o conjuncto de solemnidades, que se devem observar, para que a declaração da vontade tenha efficacia juridica. É o revestimento juridico, a exteriorizar a declaração de vontade. Esta é a substancia do acto, que a fôrma revela” (*Código Civil...*, 1977, t. I, p. 386).

Como regra, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Desse modo, os negócios jurídicos, em regra, são informais, conforme prevê o art. 107 do CC, que consagra o *princípio da liberdade das formas*.

Entretanto, em casos especiais, visando a conferir maior certeza e segurança nas relações jurídicas, a lei disciplina a necessidade de formalidades, relacionadas com a manifestação da

vontade. Nessas situações, o negócio não admitirá forma livre, sendo conceituado como *negócio formal*.

É fundamental aqui diferenciar *formalidade* de *solenidade*, conforme faz uma parte da doutrina. *Solenidade* significa a necessidade de ato público (escritura pública), enquanto *formalidade* constitui qualquer exigência de qualquer forma apontada pela lei, como, por exemplo, a de forma escrita. Assim, pode-se dizer que a forma é gênero; a solenidade é espécie.

Concorda-se com essa diferenciação, que é importante quando se estuda, por exemplo, a classificação dos contratos. Com tom didático, vale aqui transcrever as palavras de Sílvio de Salvo Venosa: “O contrato solene entre nós é aquele que exige escritura pública. Outros contratos exigem forma escrita, o que os torna formais, mas não solenes. No contrato solene, a ausência de forma torna-o nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene” (*Direito civil...*, 2003, p. 415).

Em termos práticos, a diferenciação é pouco relevante. Isso porque, havendo desrespeito à forma ou sendo preterida alguma solenidade prevista para o negócio, esse será nulo (art. 166, IV e V, do CC).

Ressalte-se o que estatui o art. 109 do CC/2002, segundo o qual “No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. Portanto, podem as partes, por ato de vontade e visando à segurança, prever que o negócio deva atender a solenidades. A imposição do negócio solene pode ser, portanto, convencional entre as partes. A escritura pública é lavrada no Tabelionato de Notas de qualquer localidade do país, estando no plano da validade dos negócios jurídicos (segundo degrau da *Escada Ponteana*).

As formalidades ou solenidades previstas em lei ainda têm por finalidade garantir a autenticidade do negócio, para, eventualmente, facilitar sua prova, bem como garantir que a autonomia privada seja preservada objetivando sempre a certeza e a segurança jurídica.

Cumpra ainda comentar o importante art. 108 do Código Civil. Enuncia esse dispositivo que a escritura pública somente será exigida para negócios jurídicos que visam a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Em relação ao seu conteúdo, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 289 do CJF/STJ, prevendo que “O valor de 30 salários mínimos constante do art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária”. Assim sendo, valoriza-se a autonomia privada, o que foi pactuado pelas partes. De qualquer forma, o enunciado pode abrir brecha para preços simulados, que não são reais. Em havendo simulação, o negócio pode ser declarado nulo, nos termos do art. 167 do Código Civil.

O art. 108 do CC tem relação direta com o princípio da função social dos contratos. Isso porque presumiu o legislador que uma pessoa que compra um imóvel com valor de até trinta salários mínimos não tem condições econômico-financeiras de pagar as despesas de escritura, estando dispensada de tal encargo. Não há função social maior do que esta, diante da proteção das classes desfavorecidas, aflorando o *Direito Civil dos Pobres*, conforme a notória construção de Antonio

Menger (*El derecho...*, 1898).

Pela relação com a função social dos contratos, por envolver matéria de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), não há no dispositivo legal qualquer inconstitucionalidade, por suposta lesão ao art. 7.º, IV, do Texto Maior (“Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, *sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*”) (grifo nosso).

Para rebater qualquer alegação de inconstitucionalidade, lembramos que a função social dos contratos está amparada na cláusula pétrea da função social da propriedade, constante do art. 5.º, XXII e XXIII, do Texto Maior (TARTUCE, Flávio. *Função social...*, 2007). A jurisprudência vem aplicando o teor do art. 108 do CC, merecendo destaque julgado do Tribunal Mineiro:

“Inventário. Pedido de adjudicação de bem arrolado. Instrumento particular. Art. 108 CC. Valor inferior ao estipulado em lei. Recurso provido. O art. 108 do Código Civil ressalta que, não dispondo a Lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que transferem direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país. Considerando-se que para os fins legais os direitos hereditários são bens imóveis, exige-se a escritura pública para a cessão destes direitos. Porém, tendo o bem que se pretende adjudicar valor que não alcança o montante equivalente a trinta salários mínimos, poderá esta ser realizada através de instrumento particular” (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0035.07.101724-4/0011, Araguari, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Geraldo Augusto de Almeida, j. 30.09.2008, *DJEMG* 03.11.2008).

Sob o ponto de vista prático, por certo é que o art. 134, II, do CC/1916, correspondente ao art. 108 da nova codificação, há muito tempo não vinha sendo aplicado, pela previsão em cruzeiros, aplicável à época e que sofreu várias versões no tempo, diante das inúmeras trocas de moedas pelas quais passou o País desde 1916. Com isso, acabou-se impondo aos destituídos o dever de pagar as despesas de escritura pública, retirando da norma anterior o seu objetivo social.

Ainda a respeito do art. 108 do CC, não estão dispensadas as despesas de registro. O contrato deve também ser celebrado por escrito, mesmo em tais ocasiões, também para o registro competente.

Por cautela, nunca é demais lembrar que não se pode confundir a escritura pública com o registro. A primeira representa o próprio contrato de compra e venda, que pode ser celebrado em qualquer Tabelionato de Notas do País, não importando o local do imóvel. Por outra via, o registro gera a aquisição da propriedade imóvel, devendo ocorrer, necessariamente, no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o bem estiver situado. Além disso, a escritura pública, sendo forma, está no plano da validade do negócio jurídico; o registro imobiliário está no plano de sua eficácia. Os degraus da *Escada Ponteana* são distintos.

6.3.2.3 Elementos naturais ou identificadores do negócio jurídico

Os elementos naturais do negócio jurídico são aqueles que identificam determinado negócio jurídico celebrado. Têm a sua origem nos efeitos comuns do negócio, sem que exista a menção expressa da sua existência, nascendo como consequência comum da norma jurídica.

Para facilitar, exemplifica-se que um dos elementos identificadores da compra e venda é o preço, nome que é dado a essa espécie de remuneração. Na locação de imóveis, a remuneração recebe outro nome: aluguel, e assim sucessivamente.

Eventualmente, um elemento natural pode ser essencial, conforme os exemplos mencionados. Tanto o preço quanto o aluguel são elementos essenciais e naturais da compra e venda e da locação, respectivamente, estando inseridos no objeto negocial (plano da validade). Sendo o elemento natural também essencial, e havendo vício ou problema quanto a esse, poderá o negócio jurídico ser declarado nulo ou anulável.

O elemento natural também pode estar relacionado com a forma do negócio jurídico. Assim são os *proclamas do casamento*, os editais que são publicados com vistas à sua celebração, nos termos do art. 1.527 do CC.

6.3.2.4 Elementos acidentais do negócio jurídico

Os elementos acidentais do negócio jurídico são aqueles “que se lhe acrescentam com o objetivo de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro...*, p. 435).

Os elementos acidentais do negócio jurídico não estão no plano da sua existência ou validade, mas no plano de sua eficácia, sendo a sua presença até dispensável. Entretanto, em alguns casos, que serão estudados, sua presença pode gerar a nulidade do negócio, situando-se no plano da validade.

São elementos acidentais do negócio jurídico a *condição*, o *termo* e o *encargo ou modo*, tratados nominal e especificamente entre os arts. 121 a 137 do CC. Passa-se agora a estudá-los.

a) Condição

A condição é o elemento acidental do negócio jurídico, que, derivando exclusivamente da vontade das partes, faz o mesmo depender de um evento futuro e incerto (art. 121 do CC). Vicente Ráo conceitua a condição como sendo “a modalidade voluntária dos atos jurídicos que lhes subordina o começo ou o fim dos respectivos efeitos à verificação, ou não verificação, de um evento futuro e incerto” (*Ato jurídico...*, 1994, p. 244). Para a devida diferenciação, na hipótese em que o efeito do negócio estiver subordinado a evento futuro e certo, o elemento será o termo e não a condição.

De acordo com a primeira parte do art. 122 do CC devem ser consideradas lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Mais uma vez percebe-se no dispositivo conceitos legais indeterminados, que devem ser preenchidos pelo magistrado caso a caso, dentro do sistema de cláusulas gerais adotado pela atual codificação. As condições que contiverem esse conteúdo e que subordinam o negócio geram a sua nulidade (art. 123, II, do CC).

A segunda parte desse mesmo dispositivo – art. 122 do CC – prevê que são proibidas todas as condições que privarem de todo o efeito o negócio jurídico ou que sujeitem o mesmo à vontade de somente uma das partes. As primeiras são denominadas *condições perplexas* pela doutrina, enquanto

as últimas são as *condições puramente potestativas*. Nos dois casos, o negócio também pode ser tido como nulo.

Quanto aos seus efeitos, lembre-se que as condições física e juridicamente impossíveis invalidam o negócio jurídico celebrado, quando tiverem efeitos suspensivos, sendo caso de nulidade absoluta (art. 123, I, do CC). Ainda invalidam o negócio jurídico por nulidade as condições ilícitas ou de fazer coisa ilícita, bem como aquelas incompreensíveis e contraditórias (art. 123, II e III, do CC).

Segundo o art. 124 devem ser consideradas inexistentes (não escritas) as condições impossíveis, quando resolutivas, bem como as de não fazer coisa impossível. César Fiúza recomenda cautela na interpretação desse artigo, se confrontado com o seu correspondente no Código anterior (art. 116 do CC/1916). Vejamos o tratamento atual das condições impossíveis no quadro a seguir:

Condições física ou juridicamente impossíveis	
Quando resolutivas	São consideradas não escritas (inexistentes), mas o negócio continua válido
Quando suspensivas	Invalidam tanto a condição como o contrato, assim como as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita, e as condições incompreensíveis ou contraditórias

Ensina o jurista mineiro que o Código Civil anterior tratava as condições fisicamente impossíveis como não escritas, enquanto as condições juridicamente impossíveis resultavam na invalidade do ato. César Fiuza critica essa previsão anterior e exemplifica:

“Se um testamento exigisse como condição ficar um herdeiro uma hora embaixo d’água, sem respirar, estaríamos diante de condição fisicamente impossível e, portanto, não escrita, sendo válida a cláusula testamentária. Mas se a disposição testamentária impusesse como condição ter o herdeiro que assassinar alguém, estaríamos diante de condição ilícita, não sendo, pois, válida a cláusula. O herdeiro, neste caso, nada receberia. Ora, aquele que não praticasse ato naturalmente impossível, ou seja, aquele que nada demais fazia, a não ser seguir a própria natureza, herdaria normalmente. Não seria justo que aquele que, desobedecendo o comando testamentário, deixasse de cometer ato ilícito ou imoral, nada recebesse. Ademais, a se invalidar a cláusula testamentária, estar-se-ia referendando a vontade ilícita do testador” (*Código Civil anotado...*, 2004, p. 64).

Como se pode perceber, o doutrinador citado entende que a correta interpretação do art. 116 do Código Civil de 1916 já indicava que deveriam ser consideradas não escritas tanto as condições impossíveis quanto as ilícitas, tratamento este que é expresso na codificação atual.

Por fim, ensina Cesar Fiúza que “é óbvio que a nulidade atinge apenas a cláusula que impõe a condição e não todo o negócio jurídico, a não ser que a invalidade da cláusula inviabilize o negócio como um todo” (*Código Civil anotado...*, 2004, p. 65). É de se concordar com esse entendimento, adaptado à conservação negocial e à função social dos contratos e pactos em geral.

Sem prejuízo de tudo o que foi visto até o presente momento, a condição admite diversas

classificações, que se passa a visualizar.

I) *Classificação quanto à sua licitude:*

- *Condições lícitas* – são aquelas que estão de acordo com o ordenamento jurídico, nos termos do art. 122 do CC, por não contrariarem a lei, a ordem pública ou os bons costumes. Não geram qualquer consequência de invalidade do negócio jurídico. Exemplo: venda dependente de uma aprovação do comprador (venda a contento ou *ad gustum*).
- *Condições ilícitas* – são aquelas que contrariam a lei, a ordem pública ou os bons costumes; gerando a nulidade do negócio jurídico a ela relacionado. Exemplo: venda dependente de um crime a ser praticado pelo comprador.

II) *Quanto à possibilidade:*

- *Condições possíveis* – são aquelas que podem ser cumpridas, física e juridicamente, não influenciando na validade do negócio. Exemplo: venda subordinada a uma viagem do comprador à Europa.
- *Condições impossíveis* – são aquelas que não podem ser cumpridas, por uma razão natural ou jurídica, influenciando na validade do ato e gerando a sua nulidade absoluta, nos termos do que prevê a lei. Exemplo: venda subordinada a uma viagem do comprador ao planeta Marte.

III) *Quanto à origem da condição:*

- *Condições causais ou casuais* – são aquelas que têm origem em eventos naturais, em fatos jurídicos *stricto sensu*. Exemplo: alguém se compromete a vender um bem a outrem caso chova.
- *Condições potestativas* – são aquelas que dependem do elemento volitivo, da vontade humana, sendo pertinente a seguinte subclassificação:
 - *Condições simplesmente ou meramente potestativas* – dependem das vontades intercaladas de duas pessoas, sendo totalmente lícitas. Exemplo: alguém institui uma liberalidade a favor de outrem, dependente de um desempenho artístico (v.g. cantar em um espetáculo).
 - *Condições puramente potestativas* – dependem de uma vontade unilateral, sujeitando-se ao puro arbítrio de uma das partes (art. 122 do CC, parte final). São ilícitas, segundo esse mesmo dispositivo. Exemplo: *dou-lhe um veículo, se eu quiser*.

Maria Helena Diniz aponta ainda a *condição promiscua*, como sendo aquela “que se caracteriza no momento inicial como potestativa, vindo a perder tal característica por fato superveniente, alheio à vontade do agente, que venha a dificultar sua realização. Por exemplo, ‘dar-lhe-ei um carro se você, campeão de futebol, jogar no próximo torneio’. Essa condição potestativa passará a ser promiscua se o jogador vier a se machucar” (*Dicionário jurídico...*, 2005, tomo I, p. 902).

- *Condições mistas* – são aquelas que dependem, ao mesmo tempo, de um ato volitivo, somado a um evento natural. Exemplo: *dou-lhe um veículo se você cantar amanhã, desde que esteja chovendo durante o espetáculo*.

IV) *Quanto aos efeitos da condição:*

- *Condições suspensivas* – são aquelas que, enquanto não se verificarem, impedem que o negócio jurídico gere efeitos (art. 125 do CC). Exemplo ocorre na venda a contento, principalmente de vinhos, cujo aperfeiçoamento somente ocorre com a aprovação *ad gustum* do comprador. Enquanto essa aprovação não ocorre, a venda está suspensa.

Desse modo, enquanto não se verifica a condição, o negócio é ainda *pendente*. Ocorrendo a condição, tem-se o *implemento*. Se a condição não é realizada, há a *frustração* (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro...*, 2002, v. 1, p. 439).

De acordo com o art. 126 do CC, se alguém dispuser de alguma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquelas novas disposições, estas últimas não terão valor, caso ocorra o implemento do evento futuro e incerto, sendo a condição incompatível com essas novas disposições. Tal regra impede que uma nova condição se sobreponha a uma anterior, caso sejam elas incompatíveis entre si.

Como demonstrado, as condições suspensivas física ou juridicamente impossíveis geram a nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 123, I, do CC).

- *Condições resolutivas* – são aquelas que, enquanto não se verificarem, não trazem qualquer consequência para o negócio jurídico, vigorando o mesmo, cabendo inclusive o exercício de direitos dele decorrentes (art. 127 do CC). Ilustrando, no campo dos Direitos Reais, quando o título de aquisição da propriedade estiver subordinado a uma condição resolutiva, estaremos diante de uma *propriedade resolúvel* (art. 1.359 do CC). Isso ocorre no pacto de retrovenda, na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária em garantia.

Por outro lado, sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, os direitos que a ela se opõem, segundo art. 128 do atual Código Civil. Segundo o mesmo dispositivo, se a condição resolutiva for aposta em um negócio de execução periódica ou continuada, a sua realização não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente, respeitada a boa-fé. Isso salvo previsão em contrário no instrumento negocial.

A regra em análise é complicada e merece esclarecimentos, com a utilização de exemplo prático.

Imagine-se o exemplo de uma venda de vinhos, celebrada a contento ou *ad gustum*. A não aprovação, a negação do vinho representa uma condição resolutiva. Logicamente, se o comprador já adquiriu outras garrafas de vinho (negócio de execução periódica ou trato sucessivo), a não aprovação de uma última garrafa não irá influenciar nas vendas anteriores. Desse modo, não pode o comprador alegar que não irá pagar as outras bebidas, muito menos o jantar, o que inclusive denota a sua má-fé. Como se percebe, trata-se de mais uma regra que tende à preservação da autonomia privada, à conservação do negócio jurídico e do contrato, reconhecida a sua importante função social (Enunciado n. 22 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*).

A condição resolutiva pode ser *expressa* –, se constar do instrumento do negócio – ou *tácita* – se decorrer de uma presunção ou mesmo da natureza do pacto celebrado. A condição presente na venda *ad gustum* de vinhos é, na maioria das vezes, tácita, uma vez que sequer é celebrado contrato escrito.

Ainda a respeito das duas formas de condição, suspensiva e resolutiva, merecem comentários dois dispositivos com aplicação comum, os arts. 129 e 130 do CC/2002.

Inicialmente, pelo 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. Esse dispositivo, a nosso ver, consagra a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às condições em geral, tanto às suspensivas quanto às resolutivas.

De acordo com o art. 130, ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo. Mais uma vez, está consagrada a boa-fé objetiva, somada à teoria da aparência e à tão aclamada conservação contratual.

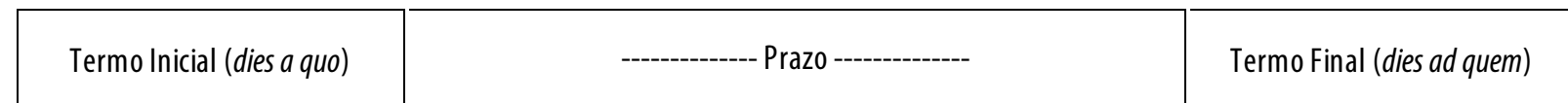
Por fim, cabe esclarecer que fica fácil a identificação da condição no negócio jurídico pelas conjunções utilizadas para caracterizá-la. Na maioria das vezes aparecem as condições *se* (v.g., *dou-lhe um carro se você cantar no show amanhã*) e *enquanto* (v.g., *dou-lhe uma renda enquanto você estudar*). A expressão *se* é utilizada para a *condição suspensiva*; a expressão *enquanto* para a *condição resolutiva*.

b) *Termo*

O termo é o elemento accidental do negócio jurídico que faz com que a eficácia desse negócio fique subordinada à ocorrência de evento futuro e certo. Melhor conceituando, o termo é “o evento futuro e certo cuja verificação se subordina o começo ou o fim dos efeitos dos atos jurídicos” (RÁO, Vicente. *Ato jurídico...*, 1994, p. 301).

Buscando uma primeira classificação, há o *termo inicial (dies a quo)*, quando se tem o início dos efeitos negociais; e o *termo final (dies ad quem)*, com eficácia resolutiva e que põe fim às consequências derivadas do negócio jurídico.

Muito comum o aplicador do direito confundir a expressão *termo* com a expressão *prazo*. O prazo é justamente o lapso temporal que se tem entre o termo inicial e o termo final. Cabe visualização das diferenças pelo esquema a seguir:



Pertinente comentar que, conforme o art. 131 do Código Civil em vigor, o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito, o que diferencia o instituto em relação à condição suspensiva. Desse modo, a pessoa já tem o direito, não podendo somente exercê-lo. Havendo direito adquirido, não se pode esquecer da proteção constante do art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e do art. 6.º da Lei de Introdução.

Vejamos o quadro a seguir:

Condição suspensiva	<ul style="list-style-type: none"> – suspende o exercício e a aquisição do direito; – subordina a eficácia do negócio a evento futuro e incerto 	Ambos permitem a prática de atos de conservação do direito
Termo inicial (ou suspensivo)	<ul style="list-style-type: none"> – suspende o exercício, mas não a aquisição do direito; – subordina a eficácia do negócio a evento futuro e certo 	

O art. 132 do CC/2002 traz as regras específicas a respeito da contagem dos prazos, a saber:

- Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.
- Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.
- Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.

- Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

- Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

Especificamente para os testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esse, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes. Essa é a regra constante do art. 133 do CC, que está relacionada com a interpretação dos negócios jurídicos, mais especificamente quanto à interpretação do prazo a favor de um ou de determinado negociante, no caso a favor do herdeiro e do devedor (em regra).

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 (art. 134 do CC). De acordo com esse comando legal, o negócio é, por regra, instantâneo, somente assumindo a forma continuada se houver previsão no instrumento negocial ou em lei. Por outro lado, dependendo da natureza do negócio haverá obrigação não instantânea, inclusive se o ato tiver que ser cumprido em outra localidade.

Conforme o art. 135 do CC, ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva, respectivamente. Desse modo, quanto às regras, o termo inicial é similar à condição suspensiva; o termo final à condição resolutiva.

No que concerne às suas origens, tanto o termo inicial quanto o final podem ser assim classificados:

- *Termo legal* – é o fixado pela norma jurídica. Exemplificando, o termo inicial para atuação de um inventariante (mandato judicial) ocorre quando esse assume compromisso.
- *Termo convencional* – é o fixado pelas partes, como o termo inicial e final de um contrato de locação.

O termo pode ser ainda *certo ou incerto* (ou *determinado e indeterminado*), conforme conceitos a seguir transcritos:

- *Termo certo ou determinado* – sabe-se que o evento ocorrerá e quando ocorrerá. Exemplo é o fim de um contrato de locação celebrado por tempo determinado.
- *Termo incerto e indeterminado* – sabe-se que o evento ocorrerá, mas não se sabe quando. Exemplo é a morte de uma determinada pessoa.

Por fim, fica fácil também a identificação do termo, pois é comum a utilização da expressão *quando* (v.g., *dou-lhe um carro quando seu pai falecer*).

c) *Encargo ou modo*

O encargo ou modo é o elemento accidental do negócio jurídico que traz um ônus relacionado com uma liberalidade. Geralmente, tem-se o encargo na doação, testamento ou legado. Para Vicente Ráo, “modo ou encargo é uma determinação que, imposta pelo autor do ato de liberalidade, a esta adere, restringindo-a” (*Ato jurídico...*, 1994, p. 361).

O negócio gratuito ou benévolo vem assim acompanhado de um ônus, um fardo, um encargo;

havendo o caso típico de *presente de grego*. Exemplo que pode ser dado ocorre quando a pessoa doa um terreno a outrem para que o donatário construa em parte dele um asilo. O encargo é usualmente identificado pelas conjunções *para que e com o fim de*.

Quanto à doação modal ou com encargo, há regras específicas previstas na Parte Especial do Código Civil. A doação modal está prevista no art. 540 do CC, sendo certo que somente haverá liberalidade na parte que exceder o encargo imposto. Não sendo executado o encargo, caberá *revogação da doação*, forma de resilição unilateral que gera a extinção contratual (arts. 555 a 564). O tema é aprofundado no Volume 3 da presente coleção.

De acordo com o art. 136 do vigente Código Civil, o encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva. Desse modo, no exemplo apontado, o donatário já recebe o terreno. Caso não seja feita a construção em prazo fixado pelo doador, caberá revogação do contrato.

Em regra, o encargo diferencia-se da condição suspensiva justamente porque não suspende a aquisição nem o exercício do direito, o que ocorre no negócio jurídico se a última estiver presente.

Seguindo no estudo do tema, preceitua o art. 137 do CC que deve ser considerado não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico. Trata-se de uma inovação, não havendo correspondente no Código Civil de 1916.

O comando em questão traz, em sua primeira parte, o princípio da conservação negocial ou contratual, relacionado com a função social dos contratos. Desse modo, despreza-se a ilicitude ou a impossibilidade parcial, aproveitando-se o resto do negócio. A segunda parte traz previsão pela qual o encargo passa para o plano da validade do negócio, caso seja fixado no instrumento como motivo determinante da liberalidade, gerando eventual nulidade absoluta do mesmo.

Exemplificando, a doação de um prédio no centro da cidade de Passos, Minas Gerais, feita com o encargo de que ali se construa uma pista de pouso de OVNI, deve ser considerada como pura e simples; enquanto a doação desse mesmo prédio com o encargo de que o donatário provoque a morte de algumas pessoas é nula.

6.4 RESUMO ESQUEMÁTICO

FATO (qualquer ocorrência)	FATO JURÍDICO	FATO NATURAL (fato jurídico <i>stricto sensu</i>)	ORDINÁRIO (nascimento e morte)			
			EXTRAORDINÁRIO	CASO FORTUITO (evento totalmente imprevisível)		
		FORÇA MAIOR (evento previsível, mas inevitável)				
	LATO SENSU	FATO HUMANO (elemento volitivo)	FATO JURÍDICO composição de vontades (interesses)	LÍCITO – ATO JURÍDICO LATO SENSU	– Cria instituto próprio, novo	Ex.: Contrato e casamento
					ATO JURÍDICO <i>STRICTO SENSU</i>	Efeitos legais
		FATO JURÍGENO	– Não cria algo novo			
FATO NÃO JURÍDICO			ILÍCITO	Penal		
				Administrativo		
				Civil (art. 186, CC) = Abuso de direito (art. 187, CC)		

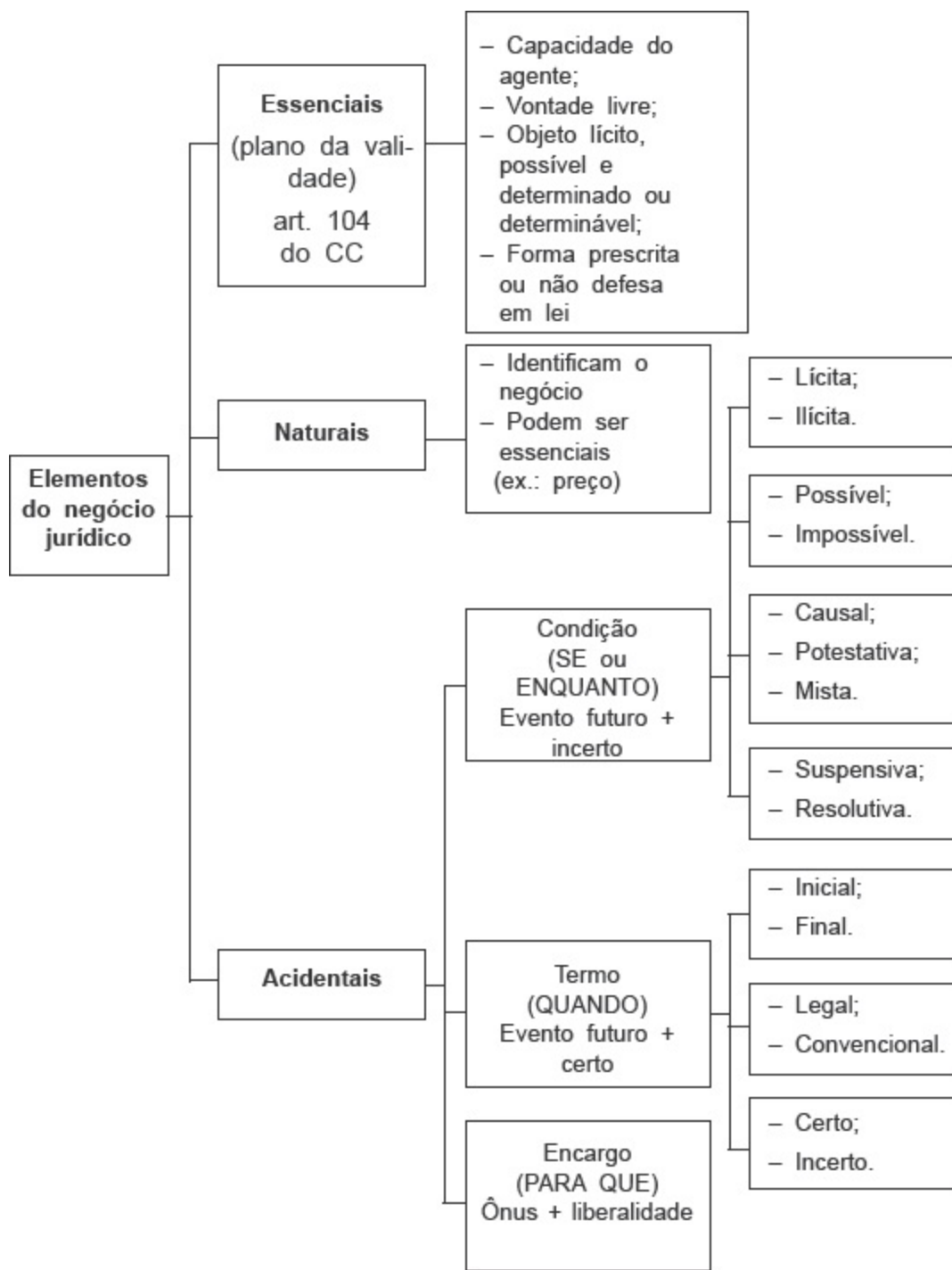
Resumo com fórmulas:

FATO JURÍDICO = FATO + DIREITO

ATO JURÍDICO = FATO JURÍDICO + VONTADE + LICITUDE

NEGÓCIO JURÍDICO = ATO JURÍDICO + INTERESSE DAS PARTES (criando-se algo novo)

Elementos do negócio jurídico



Elementos acidentais do negócio jurídico – quadro comparativo

Condição	Termo	Encargo ou Modo
Negócio dependente de evento futuro + incerto	Negócio dependente de evento futuro + certo	Liberalidade + ônus
Identificado pelas conjunções “se” ou “enquanto”	Identificado pela conjunção “quando”	Identificado pelas conjunções “para que” e ‘torn o fim de”
Suspende (condição suspensiva) ou resolve (Condição resolutiva) os efeitos	Suspende (termo inicial) ou resolve (termo final) os efeitos do negócio	Não suspende nem resolve a eficácia do negócio. Não cumprido o encargo, cabe

6.5 QUESTÕES CORRELATAS

1. (183º Magistratura SP – VUNESP) Assinale a alternativa correta.

- (A) São vedadas as condições que sujeitam o efeito do negócio jurídico ao arbítrio de uma das partes, somente nas relações de consumo.
- (B) As condições contraditórias são consideradas inexistentes, mantendo-se íntegro o negócio jurídico que lhe é subordinado.
- (C) O titular de direito eventual pode praticar os atos destinados a conservá-lo, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva.
- (D) O implemento de condição resolutiva sempre extingue, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe.
- (E) O termo inicial suspende a aquisição do direito.

2. (Ministério Público/PR – 2011) Acerca dos negócios jurídicos, assinale a alternativa correta:

- (A) subordinar a eficácia de um negócio jurídico a uma condição suspensiva significa afirmar que, enquanto esta não se realizar, não se terá adquirido o direito subjetivo a que visa o negócio.
- (B) o termo sempre suspende a aquisição do direito subjetivo, de modo que, enquanto o evento futuro e certo ali previsto não se realizar, não se aperfeiçoa o direito a que visa o negócio.
- (C) a regra que impõe a interpretação dos negócios jurídicos à luz da boa-fé significa que se deve perscrutar a vontade real do declarante, uma vez que a norma está a tratar da boa-fé subjetiva.
- (D) a reserva mental é uma modalidade de simulação e, como tal, é hipótese de anulabilidade dos negócios jurídicos.
- (E) somente os negócios jurídicos comutativos podem ser anulados por coação, não sendo viável pretender, sob esse fundamento, obter a anulação de negócios jurídicos benéficos.

3. (MP/MA – 2004) Assinale a alternativa incorreta.

- (A) Considera-se termo a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.
- (B) Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.
- (C) 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.
- (D) 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.
- (E) É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado no caso de coação, do dia em que ela cessar e no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

4. (TJBA – 2004) Quanto a fatos jurídicos, julgue os itens subsequentes.

- 4.1 – Os negócios jurídicos movimentam a economia mundial e têm recebido especial tratamento legislativo. Para que sejam válidos, o agente tem de ser capaz, o objeto deve ser lícito e a forma há de ser sempre especialmente prevista.
- 4.2 – Os negócios jurídicos podem ser firmados sob condição expressa em cláusula que, pactuada entre as partes, subordine o efeito do negócio a evento futuro e incerto.
- 4.3 – Aos credores sem garantia cabe ação de anulação do ato de remissão de dívida efetuado por devedor sem suporte patrimonial para saldar o débito.

4.4 – A simulação nulifica o negócio jurídico. Deve a nulidade ser alegada pela parte prejudicada ou pelo Ministério Público, não cabendo apreciação de ofício pelo juiz.

4.5 – A ação voluntária que exclusivamente causar dano moral a outrem configura ato ilícito e gera, para o agente, a obrigação de reparar o dano.

5. (MP/GO – 2005) Analise os enunciados a seguir e, em seguida, assinale a alternativa correta:

I – A vontade livre é um dos elementos de validade do negócio jurídico e o art. 104 do Código Civil faz menção expressa a esse requisito.

II – No plano da eficácia do negócio jurídico estão os elementos relacionados com a suspensão ou resolução dos direitos e deveres.

III – A eficácia dos negócios jurídicos se refere à produção de efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo de sua validade.

IV – O Código Civil atual, diferentemente do anterior, adota de forma expressa e distinta a teoria da “escada pontiana” formulada por Pontes de Miranda, que tem por finalidade explicar os elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio jurídico.

V – A qualidade de ser sujeito de direito é um requisito de validade do negócio jurídico.

VI – A *vis compulsiva* é um vício do consentimento que consiste em retirar toda capacidade de manifestação de vontade do agente, acarretando a nulidade absoluta do negócio.

- (A) As alternativas II, III e IV estão corretas.
- (B) As alternativas II e V estão corretas.
- (C) Somente as alternativas I, V e VI estão corretas.
- (D) As alternativas II e III estão corretas.

6. (Defensoria Pública/SE – 2005).

6.1 Os defeitos dos negócios jurídicos que possibilitam sua anulação são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.

6.2 Condição é cláusula de um negócio jurídico que deriva exclusivamente da vontade das partes, que subordina a eficácia ou a resolução do negócio jurídico a acontecimento futuro e incerto. As condições puramente potestativas são admitidas desde que expressas no contrato.

7. (Procurador da PRODESP – 2004) O art. 104 do Código Civil determina que a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Desse modo, é correto afirmar que negócio jurídico celebrado pelo absolutamente incapaz é:

- (A) Nulo e somente poderá ser alegado pelo Ministério Público ou pelo juiz.
- (B) Anulável e somente poderá ser alegado pelo Ministério Público ou pelo juiz.
- (C) Nulo e poderá ser alegado por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.
- (D) Anulável e somente o juiz poderá alegar, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e os encontrar provados.
- (E) Anulável e poderá ser alegado por qualquer interessado.

8. (TRT – 14.ª Região) Examine as proposições abaixo e responda:

I. No ato jurídico em sentido estrito, a emissão da vontade do agente e sua respectiva conformidade com a lei elevam a plano superior, para o fim de produção do efeito reconhecido pela ordem jurídica, o elemento volitivo.

II. O depoimento de um cego não pode ser admitido como prova de celebração de um ato jurídico.

III. O silêncio pode ser fato gerador de um negócio jurídico.

IV. O testamento é um negócio jurídico unilateral não receptício.

- (A) Há apenas uma proposição verdadeira.

- (B) Há apenas duas proposições verdadeiras.
- (C) Há apenas três proposições verdadeiras.
- (D) Todas as proposições são verdadeiras.
- (E) Todas as proposições são falsas.

9. (FAEPOL – Delegado de Polícia RJ/2000) Flávia, divorciada, dezessete anos de idade, celebra um contrato de locação de um imóvel de sua propriedade, sem a assistência de seus pais. Pode-se afirmar que o contrato é:

- (A) Nulo em virtude da incapacidade de Flávia, já que com o divórcio a emancipação perdeu seus efeitos;
- (B) Anulável em virtude da incapacidade de Flávia, já que com o divórcio a emancipação perdeu seus efeitos;
- (C) Nulo, pois Flávia não atingiu a maioridade;
- (D) Válido, pois Flávia está emancipada;
- (E) Válido, pois em qualquer locação de imóvel basta a idade de dezesseis anos do locador para sua validade.

10. (CESPE – CEAJUR/2001) Julgue os itens abaixo, relativos às modalidades dos negócios jurídicos.

- 10.1 A doação de uma casa para Maria, desde que ela se case, é exemplo de condição suspensiva.
- 10.2 A doação de uma casa para João no dia 20/11/2001 é exemplo de termo inicial.
- 10.3 A doação de uma casa para Pedro, desde que ele cuide do ranário lá existente, é exemplo de condição resolutiva.
- 10.4 A doação de uma casa para Leiva, se Rafael ganhar na loteria, é exemplo de termo final.
- 10.5 O fato de Flávia se casar com Lúcio apenas se este possuir um patrimônio de R\$ 1.000.000,00, caracteriza uma condição resolutiva.

11. (VI Exame de Ordem Unificado – FGV) A condição, o termo e o encargo são considerados elementos acidentais, facultativos ou acessórios do negócio jurídico, e têm o condão de modificar as consequências naturais deles esperadas. A esse respeito, é correto afirmar que

- (A) se considera condição a cláusula que, derivando da vontade das partes ou de terceiros, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.
- (B) se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, não vigorará o negócio jurídico, não se podendo exercer desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.
- (C) o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito e, salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, incluindo o dia do começo e excluindo o do vencimento.
- (D) se considera não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.

12. (MP/SP 85.º):

- “É a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico, oneroso ou gratuito, a evento futuro ou incerto”.
- “É a cláusula que subordina os efeitos do ato negocial a um acontecimento futuro e certo”.
- “É a cláusula acessória aderente a atos de liberalidade inter vivos ou causa mortis que impõe um ônus ou uma obrigação ao contemplado pelos referidos atos”.

Estas cláusulas são, respectivamente, de:

- (A) encargo, condição e termo.
- (B) termo, encargo e condição.
- (C) termo, condição e encargo.
- (D) condição, encargo e termo.
- (E) condição, termo e encargo.

13. (Juiz de Direito – TJSP 180.º) No que se refere ao negócio jurídico:

- I. Sua validade requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei;
- II. A incapacidade relativa de uma das partes pode ser invocada pela outra em seu próprio benefício, na defesa de seu direito;
- III. A invocação da incapacidade relativa de uma das partes não aproveita aos interessados capazes, salvo se, neste caso, por divisível o objeto do direito ou da obrigação comum;
- IV. A manifestação da vontade é imprescindível ao negócio jurídico.

Aponte as assertivas incorretas.

- (A) I e II, somente.
- (B) III e IV, somente.
- (C) I, II e III, somente.
- (D) II e III, somente.

14. (Juiz de Direito – TJMG 2007.II) O abuso de direito acha-se incluído na categoria dos atos ilícitos pelo Código Civil de 2002. A ilicitude diz respeito à infringência de norma legal, à violação de um dever de conduta.

Assim, é CORRETO que, para a caracterização do abuso de direito, o Código Civil considera que:

- (A) é imprescritível a noção de culpa em sentido estrito.
- (B) deve estar presente o dolo.
- (C) é dispensável a análise da boa-fé objetiva.
- (D) basta o critério objetivo-finalístico.

15. (Promotor de Justiça – MP/GO 2004) Examine as assertivas abaixo:

- I – Nos negócios jurídicos, o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.
- II – É anulável o negócio jurídico que contenha vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.
- III – É nulo o negócio jurídico quanto tiver por objetivo fraudar lei imperativa.
- IV – É de quatro anos o prazo prescricional para pleitear-se a anulação do negócio jurídico.

- (A) I e II são corretas;
- (B) I e III são corretas;
- (C) II e IV são corretas;
- (D) III e IV são corretas.

16. (MAGISTRATUR/RS – 2009) Com base nas disposições gerais sobre negócio jurídico, assinale a assertiva correta.

- (A) A incapacidade relativa de uma das partes pode ser invocada pela outra em benefício próprio.
- (B) O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.
- (C) A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos visando a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta vezes o maior salário mínimo vigente no país.
- (D) A validade da declaração de vontade independe de forma especial e de exigência expressa da lei.
- (E) Na declaração de vontade, se atenderá mais ao sentido literal da linguagem do que à intenção nela consubstanciada.

17. (XIX Concurso – Juiz do Trabalho Substituto TRT 14ª R. – 2013) Leia as proposições a seguir e marque a alternativa correta:

- I. Fato jurídico é todo acontecimento, previsto em norma jurídica, em razão do qual nascem, se modificam, subsistem e se extinguem relações jurídicas, sendo classificados em fatos naturais, aqueles que independem da vontade humana (nascimento, morte, maioridade, tempestade, naufrágio etc.), e fatos humanos, aqueles que dependem de Vontade humana (perdão, ocupação, confissão, adoção, contratos, ato ilícito).
- II. O decurso do tempo, que dá azo à prescrição e à decadência, é reputado um fato jurídico natural.
- III. Na hipótese de testamento firmado por menor de 16 anos, a pretensão relativa à exceção de nulidade prescreverá cinco anos após o signatário completar a maioridade ou for emancipado.
- (A) Apenas as proposições I e II são verdadeiras.
 (B) Apenas as proposições I e III são verdadeiras.
 (C) Apenas as proposições II e III são verdadeiras.
 (D) Todas as proposições são verdadeiras.
 (E) Todas as proposições são falsas.

GABARITO

01 – C	02 – A
03 – A	4.1 – ERRADO
4.2 – CERTO	4.3 – CERTO
4.4 – ERRADO	4.5 – CERTO
05 – D	6.1 – CERTO
6.2 – ERRADO	07 – C
08 – B	09 – D
10.1 – CERTO	10.2 – CERTO
10.3 – ERRADO	10.4 – ERRADO
10.5 – ERRADO	11 – D
12 – E	13 – D
14 – D	15 – B
16 – B	17 – A



DEFEITOS OU VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E TEORIA DAS NULIDADES

Sumário: 7.1 Introdução. Classificação dos vícios do negócio jurídico – 7.2 Do erro e da ignorância – 7.3 Do dolo – 7.4 Da coação – 7.5 Do estado de perigo – 7.6 Da lesão – 7.7 Da fraude contra credores – 7.8 O novo tratamento da simulação – 7.9 Da invalidade do negócio jurídico. A teoria das nulidades do negócio jurídico: 7.9.1 Introdução; 7.9.2 Da inexistência do negócio jurídico; 7.9.3 Da nulidade absoluta; 7.9.4 Da nulidade relativa ou anulabilidade – 7.10 Resumo esquemático – 7.11 Questões correlatas.

7.1 INTRODUÇÃO. CLASSIFICAÇÃO DOS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Não há dúvidas de que é de vital importância o estudo dos defeitos do negócio jurídico, vícios que maculam o ato jurídico celebrado, atingindo a sua vontade ou gerando uma repercussão social, tornando o negócio passível de ação anulatória ou declaratória de nulidade pelo prejudicado ou interessado.

Dessa forma, a partir de agora tais conceitos serão abordados, importantes para a seara contratual, sendo pertinente apontar que são vícios da vontade ou do consentimento: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão. Os dois últimos constituem novidades, eis que não estavam tratados pelo Código Civil de 1916. O problema acomete a vontade, repercutindo na validade do negócio celebrado (segundo de grau da *Escada Ponteano*).

Também serão analisados, no presente capítulo, a fraude contra credores e o enquadramento ou não da simulação como vício social. Tais institutos jurídicos são condenados pela repercussão social, atentatórios que são à boa-fé e à socialidade.

Nunca se pode confundir os vícios do negócio jurídico com os vícios redibitórios ou vícios do produto. Os primeiros atingem os negócios jurídicos em geral, mais especificamente a manifestação da vontade ou a órbita social, pelos motivos que serão estudados a partir de então. Os últimos atingem os contratos, particularmente o objeto de uma disposição patrimonial. No caso de relação civil, aplicam-se os dispositivos previstos para os *vícios redibitórios* (arts. 441 a 446 do CC). Em havendo relação de consumo, há tratamento específico quanto aos *vícios do produto* no Código do Consumidor (arts. 18 e 26 da Lei 8.078/1990). Ressalte-se que os vícios ou defeitos do negócio jurídico estão no seu plano da *validade*, enquanto que os vícios redibitórios e os vícios do produto estão no plano da *eficácia* do contrato correspondente.

Mas os primeiros, os vícios do negócio jurídico, também são abordados pela teoria geral dos contratos, particularmente no tópico que trata da sua extinção. Isso porque, em casos tais, há a invalidade contratual, modalidade de extinção por fatos anteriores à celebração da avença. Superada essa importante diferenciação, parte-se ao seu estudo.

7.2 DO ERRO E DA IGNORÂNCIA

O erro é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico. De acordo com o art. 138 do CC/2002 os negócios jurídicos celebrados com erro são anuláveis, desde que o erro seja *substancial*, podendo ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias em que o negócio foi celebrado. Em síntese, mesmo percebendo a pessoa que está agindo sob o vício do erro, do engano, a anulabilidade do negócio continua sendo perfeitamente possível.

Dessa forma, de acordo com esse mesmo art. 138 do CC, não mais interessa se o erro é escusável (justificável) ou não. Isso porque foi adotado pelo comando legal o princípio da confiança. Na sistemática do atual Código Civil, está valorizada a eticidade, motivo pelo qual, presente a falsa noção relevante, merecerá o negócio a anulabilidade.

A essa conclusão chegou o corpo de juristas que participou da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a aprovação do Enunciado n. 12, cuja redação merece destaque: “na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”. Destaque-se que o enunciado foi aplicado expressamente por julgado do Tribunal do Paraná (TJPR, Embargos de declaração 0313845-0/01, Cianorte, 8.^a Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. José Sebastião Fagundes Cunha, *DJPR* 02.10.2009, p. 316).

O enunciado doutrinário, pelo menos aparentemente, encerra a discussão anterior sobre a necessidade de o erro ser justificável. Sobre o tema, José Fernando Simão escreveu profundo artigo, concluindo que o erro não precisa ser escusável, bastando a *cognoscibilidade*, o conhecimento do vício por aquele a quem se fez a declaração (SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro..., 2007, p. 459). Isso aproxima o conceito de erro do de dolo.

Para amparar suas conclusões, o doutrinador cita os entendimentos de Sílvio de Salvo Venosa, Inacio de Carvalho Neto, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, contra a necessidade da escusabilidade do erro. Como não poderia ser diferente, é de se concordar integralmente com esses entendimentos, diante da notória valorização da boa-fé objetiva.

De qualquer forma, aquele mesmo jurista aponta que a questão está longe de ser pacífica. Assim, demonstra que doutrinadores como Maria Helena Diniz, Sílvio Rodrigues, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Carlos Roberto Gonçalves, Álvaro Villaça Azevedo e Francisco Amaral ainda concluem que, necessariamente para a anulação de um negócio jurídico, o erro deve ser escusável ou justificável (SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro..., 2007, p. 452-453). Aliás, quando da tramitação do anteprojeto que gerou o atual Código Civil, a questão foi amplamente debatida por Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva.

Vejamos um exemplo para demonstrar como o erro não precisa ser mais escusável. Imagine-se que um jovem estudante recém-chegado do interior de Minas Gerais a São Paulo vá até o Viaduto do Chá, no centro da Capital. Lá, na ponta do viaduto, encontra um vendedor – na verdade, um ambulante que vende pilhas – com uma placa “Vende-se”. O estudante mineiro então paga R\$ 5.000,00 pensando que está comprando o viaduto, e a outra parte nada diz. No caso descrito o erro é muito grosseiro, ou seja, não escusável, e, pela sistemática anterior, a venda não poderia ser anulada. Mas, pela nova visão do instituto, caberá a anulação, mormente porque a outra parte, ciente do erro, permaneceu em silêncio, recebendo o dinheiro. Ora, se a lei protege quem cometeu um erro justificável, muito mais deve proteger o que cometeu o erro inescusável, diante da proteção do portador da boa-fé.

O erro merece o mesmo tratamento legal da ignorância, que é um desconhecimento total quanto ao objeto do negócio. Os casos são tratados pela lei como sinônimos, equiparados.

Nos dois casos, no erro e na ignorância, a pessoa engana-se sozinha, parcial ou totalmente, sendo anulável o negócio toda vez que o erro ou a ignorância for substancial ou essencial, nos termos do art. 139 do CC/2002, a saber:

- a) Interessar à natureza do negócio (*error in negotia*), ao objeto principal da declaração (*error in corpore*), ou a alguma das qualidades a ele essenciais (*error in substantia*). Exemplo: comprar bijuteria pensando tratar-se de ouro (*comprar gato por lebre*). Como outra ilustração, cite-se julgado que envolveu hipótese em que alguém adquiriu um carro modelo intermediário pensando tratar-se de um modelo luxuoso (STJ, REsp. 1.021.261/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 20.04.2010, *Informativo n. 431*).
- b) Disser respeito à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante (*erro quanto à pessoa* ou *error in persona*). Exemplo: ignorar um vício comportamental de alguém e celebrar o casamento com essa pessoa. O art. 1.557 do CC/2002 traz as hipóteses que podem motivar a anulação do casamento por erro.
- c) Constituir erro de direito e não implicar em recusa à aplicação da lei, sendo o motivo único ou causa principal do negócio jurídico (*erro de direito* ou *error iuris*).

Da última previsão do dispositivo em questão surge questão relevante, já comentada anteriormente, mas que merece ser tratada mais uma vez. Isso porque o Código Civil de 2002 reconhece a possibilidade de o *erro de direito* anular um determinado negócio, desde que preenchidos os requisitos apontados. Mas, como demonstrado, a alegação de erro de direito estaria vedada pelo que consta no art. 3.º da Lei de Introdução que traz o *princípio da obrigatoriedade*, pelo qual ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la. Haveria, portanto, um suposto conflito de normas, antinomia ou lacuna de conflito.

Deverá prevalecer a norma do Código Civil para os casos envolvendo o ato jurídico com finalidade específica. Isso porque o art. 139, III, do CC é norma especial prevista para os negócios jurídicos. Por outro lado, o art. 3.º da Lei de Introdução é norma geral, aplicável para todos os institutos. Pelo critério da especialidade, deve ser aplicada a regra constante da nova norma codificada.

A título de exemplo, imagine-se o caso de um locatário de imóvel comercial que celebra novo contrato de locação, mais oneroso, pois pensa que perdeu o prazo para a ação renovatória. Sendo leigo no assunto, o locatário assim o faz para proteger o seu ponto empresarial. Pois bem, cabe a alegação de erro de direito essencial ou substancial, a motivar a anulação desse novo contrato.

Sabe-se que o *erro accidental* diz respeito aos elementos secundários e não essenciais ao negócio jurídico. O erro accidental não gera a anulabilidade do negócio, não atingindo o plano de sua validade. Ao contrário do erro essencial, no erro accidental o contrato é celebrado mesmo sendo conhecido pelos contratantes.

O erro accidental está previsto no art. 142 do Código Civil, eis que nos casos de erro quanto ao objeto (*error in corpore*) e de erro quanto à pessoa (*error in persona*), não se anulará o negócio jurídico quando for possível a identificação dessa coisa ou pessoa posteriormente. Trazendo interessante aplicação do comando, colaciona-se, do Tribunal Paulista:

“Seguro de Vida em Grupo. Ação de Indenização. Sentença reconhecendo a prescrição com relação a dois dos autores e a improcedência da ação com relação a uma terceira autora. Apelo. Beneficiários. Prova de que quem contratou o seguro foi a esposa e mãe deles, que utilizou o CPF do seu falecido pai. Figuração do nome daquele como segurado, por equívoco do banco estipulante, quando da migração de uma apólice para outra. Equívoco que não vicia o negócio (artigo 142 do CC/2002). Apelo improvido, alterando-se o fundamento da extinção com relação a dois dos autores” (TJSP, Apelação 990.09.296108-0, Acórdão 4444793, Tanabi; 36.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Dyrceu Cintra, j. 22.04.2010, *DJESP* 25.05.2010).

O motivo de um negócio jurídico pode ser conceituado como sendo a razão pessoal da sua celebração, estando no seu *plano subjetivo*. Ensina Zeno Veloso, citando Clóvis Beviláqua, que, “os motivos do ato são do domínio da psicologia e da moral. O direito não os investiga, nem lhes sofre influência; exceto quando fazem parte integrante do ato, quer apareçam como razão dele, quer como condição de que ele dependa” (*Invalidade do negócio jurídico...*, 2005, p. 76). O motivo, portanto, diferencia-se da causa do negócio, que está no plano objetivo.

Ilustrando, quando se analisa um contrato de compra e venda a *causa* é a transmissão da propriedade. Os motivos podem ser os mais variados, de ordem pessoal das partes: o preço está bom, o imóvel é bem localizado, o comprador quer comprá-lo para presentear alguém etc.

Assim sendo, o falso motivo, por regra, não pode gerar a anulabilidade do negócio, a não ser que seja expresso como razão determinante do negócio, regra essa que consta do art. 140 do CC. Esse dispositivo trata do *erro quanto ao fim colimado*, que não anula o negócio. Ilustra-se com o caso da pessoa que compra um veículo para presentear uma filha. Na véspera da data festiva descobre o pai que o aniversário é do seu filho. Tal motivo, em regra, não pode gerar a anulabilidade do contrato de compra e venda desse veículo. O objetivo da compra era presentear um dos filhos, não importando àquele que vendeu o bem qual deles seria presenteado. Trazendo outro exemplo instigante, cabe transcrever a seguinte ementa do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Compra e venda de fundo de comércio. Pretensão do comprador à anulação do negócio sob o argumento de que o faturamento da empresa não corresponderia ao que lhe fora informado.

Motivo não previsto como razão determinante do contrato. Descabimento da anulação. Art. 140 do CC/2002. Inexistência de prova da alegada disparidade entre o faturamento real e o informado. Improcedência da demanda que se impõe. Art. 333, 1, do CPC. Recurso não provido” (TJSP, Apelação 534.380.4/7, Acórdão 4085194, Jundiaí, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 15.09.2009, *DJESP* 16.10.2009).

De acordo com o art. 141 do CC/2002 a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta. Conforme ensinam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, “o novo Código deu redação mais precisa ao dispositivo, deixando expresso que a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é causa de anulabilidade e não de nulidade como aparentemente posto pelo Código anterior. Entre os meios interpostos de transmissão da vontade inserem-se todos os meios de comunicação, escrita e audiovisual, sobretudo a internet. O dispositivo aplica-se, portanto, aos chamados ‘contratos eletrônicos’” (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 95). É de se concordar integralmente, lembrando a grande importância dos contratos eletrônicos, que se enquadram como contratos atípicos, aqueles sem previsão legal, nos moldes do art. 425 do CC.

O art. 143 do CC trata de uma hipótese de *erro material retificável*, sendo certo que o *erro de cálculo* não anula o negócio, mas apenas autoriza a possibilidade de retificação da declaração de vontade, hipótese de convalidação prévia. Cabe apenas a correção do cálculo mal-elaborado, o que está de acordo com o princípio da conservação dos negócios jurídicos. Cite-se, para elucidar, o já tão mencionado Enunciado n. 22 do CJF/STJ, que demonstra a relação direta entre o princípio da função social do contrato e a conservação do negócio jurídico: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Prevê o art. 144 da atual norma codificada que o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, oferecer-se para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante. Trata-se de mais uma inovação do atual Código Civil.

Nesse último dispositivo, em sintonia com a valorização da eticidade e da operabilidade, no sentido de efetividade, procurou a nova lei preservar a manifestação de vontade, constante do negócio jurídico (mais uma vez, princípio da conservação contratual), desde que respeitada a intenção real dos negociantes. Maria Helena Diniz traz exemplo interessante nos seguintes termos: “Se A pensar que comprou o lote n. 4 na quadra X, quando, na verdade, adquiriu o lote n. 4 na quadra Y, ter-se-á erro substancial que não invalidará o ato negocial se o vendedor vier a entregar-lhe o lote n. 4 da quadra X, visto que não houve qualquer prejuízo a A, diante da execução do negócio de conformidade com a sua vontade real” (*Novo Código Civil comentado...*, 2002, p. 145).

Cabe ainda comentar o conceito de *erro obstativo*. Ensina Carlos Roberto Gonçalves o “erro obstativo ou impróprio é o de relevância exacerbada, que apresenta uma profunda divergência entre as partes, impedindo que o negócio venha a se formar. É, portanto, o que obsta a sua formação e, destarte, inviabiliza a sua existência” (*Direito civil brasileiro...*, 2003, v. I, p. 365).

O referido doutrinador informa que em alguns ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o alemão, o erro obstativo (também conhecido por *erro obstáculo* ou, ainda, *erro impróprio*) é tão grave, que o negócio jurídico é considerado inexistente. Pelo fato de esse erro não ter recebido

tratamento específico pelo Código de 2002, a sua incidência sobre o negócio jurídico produzirá somente a sua anulabilidade, caso o negócio acabe sendo celebrado (art. 171, II, do CC), pensamento que igualmente é seguido por Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 364). Todavia, é difícil imaginar tal hipótese, uma vez que pelo erro obstativo o negócio não chega a ser constituído.

Do ponto de vista prático, esclareça-se que o prazo para anular o negócio jurídico eivado de erro é decadencial de quatro anos, contados da celebração do negócio jurídico (art. 178, II, do CC).

Por fim, vale deixar claro que o erro não se confunde com o vício redibitório. No primeiro caso, o problema atinge a vontade, já que a pessoa se engana sozinha. No segundo, atinge o objeto do contrato, sendo certo que a pessoa toma conhecimento do problema depois da celebração do contrato. No primeiro caso – de erro –, haverá extinção do contrato por motivo anterior à celebração (anulabilidade) – plano da validade. No segundo – de vício redibitório –, a extinção é por motivo posterior à celebração, eventualmente (resolução) – plano da eficácia. Para aprofundamentos, consulte-se a obra específica de José Fernando Simão (*Vícios do produto...*, 2003), bem como o Volume 3 da presente coleção (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2011, v. 3).

7.3 DO DOLO

O dolo pode ser conceituado como sendo o artifício ardiloso empregado para enganar alguém, com intuito de benefício próprio. *O dolo é a arma do estelionatário*, como diziam os antigos civilistas. De acordo com o art. 145 do CC, o negócio praticado com dolo é anulável, no caso de ser o mesmo a sua causa. Esse dolo, causa do negócio jurídico, é conceituado como dolo essencial, substancial ou principal (*dolus causam*).

No *dolo essencial*, uma das partes do negócio utiliza artifícios maliciosos, para levar a outra a praticar um ato que não praticaria normalmente, visando a obter vantagem, geralmente com vistas ao enriquecimento sem causa.

De fato, não se pode confundir o *dolo-vício* do negócio jurídico com o *dolo da responsabilidade civil*. As diferenças constam no quadro a seguir:

Dolo – Responsabilidade Civil	Dolo – Vício do Negócio
Não está relacionado com um negócio jurídico, não gerando qualquer anulabilidade. Se eventualmente atingir um negócio, gera somente o dever de pagar perdas e danos, devendo ser tratado como dolo acidental (art.	Está relacionado com um negócio jurídico, sendo a única causa da sua celebração (dolo essencial). Sendo o dolo essencial ao ato, causará a sua anulabilidade, nos termos do art. 171, II, do CC, desde que proposta ação no prazo de

146 do CC).

4 anos da celebração do negócio, pelo interessado (art. 178, II, do CC).

Conforme consta da comparação, o *dolo accidental*, que não é causa para o negócio, não pode gerar a sua anulabilidade, mas somente a satisfação das perdas e danos a favor do prejudicado. De acordo com o art. 146 do CC, haverá dolo accidental quando o negócio seria praticado pela parte, embora de outro modo. Em suma, é possível defini-lo como sendo aquele que não é causa do ato (*dolus incidens*). Assim, quando se tem o dolo accidental, o negócio seria celebrado de qualquer forma, presente ou não o artifício malicioso. Como se percebe, o dolo accidental não se resolve no plano da validade do negócio, mas de sua eficácia, gerando o dever de reparar o dano sofrido.

A concretizar o dolo accidental, concluiu o Tribunal Catarinense que “incorrem em dolo accidental (art. 146 do Código Civil) os promitentes vendedores que asseguram contratualmente à promitente compradora a posse do imóvel no prazo de 30 dias, mesmo sabedores de que tal estipulação não poderá ser cumprida, por terem recebido antecipadamente do locatário do imóvel comprometido dois meses de aluguel (o que faz presunção de que a ele garantiram a permanência no imóvel pelo período correspondente)” (TJSC, Apelação Cível 2004.036566-1, Capital, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Subst. Jaime Luiz Vicari, *DJSC* 26.06.2009, p. 105). Corretamente, o julgado resolve o problema em sede de indenização civil.

Não só o dolo do próprio negociante gera a anulabilidade do negócio, mas também o *dolo de terceiro*. Conforme o art. 148 do CC/2002, isso pode acontecer se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento. Em caso contrário, ainda que válido o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou. Simplificando, tendo conhecimento o contratante ou negociante beneficiado, haverá dolo essencial. Não havendo tal conhecimento, o dolo é accidental, o que logicamente depende de prova. De qualquer forma, é difícil a prova desse conhecimento da parte beneficiada ou que ela deveria saber do dolo. Para tanto, deve-se levar em conta a *pessoa natural comum*, o que antes era denominado como *homem médio*, a partir das regras de comportamento e de experiência, o que está de acordo com a teoria tridimensional de Reale. Em suma, deve-se ter como parâmetro a conduta do homem razoável (*reasonable man*).

Vejamos mais um quadro esquemático, para simplificar o estudo do tema:

No <i>dolo de terceiro</i> , se a parte a quem aproveite dele:	– tinha ciência	o negócio é anulável
	– não tinha ciência	o negócio não é anulável, mas o lesado pode pedir perdas e danos ao autor do dolo

O atual Código Civil trata também do *dolo do representante legal*, em seu art. 149. Dessa forma, o dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve. Mas se o dolo for do representante convencional, o representado

responderá solidariamente com ele por perdas e danos. Nesse caso, pode ser invocado o art. 932, III, do CC, que trata da responsabilidade do comitente por ato de seu preposto. Conforme o art. 933 do CC esta responsabilidade independe de culpa, ou seja, é objetiva, sendo também solidária (art. 942, parágrafo único, do CC). Os dispositivos são aplicados por analogia, pois tratam da responsabilidade extracontratual.

Encerrando o presente item, cabe esclarecer que o dolo recebe algumas classificações doutrinárias importantes, que devem ser analisadas, com exemplos correspondentes:

I) *Quanto ao conteúdo:*

- a) *Dolus bonus* (dolo bom) – pode ser concebido em dois sentidos. Inicialmente, é o dolo tolerável, aceito inclusive nos meios comerciais. São os exageros feitos pelo comerciante ou vendedor em relação às qualidades de um bem que está sendo vendido, mas que não têm a finalidade de prejudicar o comprador. O negócio em que está presente esta modalidade de dolo não é passível de anulação, desde que não venha a enganar o consumidor, mediante publicidade enganosa, prática abusiva vedada pelo art. 37, § 1.º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Em suma, a *lábria* do comerciante, inicialmente, é exemplo de *dolus bonus*. Entretanto, se o vendedor utilizar artifícios de má-fé para enganar o consumidor, o ato poderá ser anulado. Por outro lado, haverá também *dolus bonus* no caso de uma conduta que visa a trazer vantagens a outrem, como, por exemplo, a de oferecer um remédio a alguém alegando ser um suco, para curar essa pessoa, caso em que também não se pode falar em anulabilidade. Pode-se citar, ainda, como exemplo que se enquadra nos dois conceitos, o espelho colocado em uma loja, que *emagrece* o comprador. Trata-se de um artifício tolerável que faz até bem à pessoa.
- b) *Dolus malus* (dolo mau) – este sim consiste em ações astuciosas ou maliciosas com o objetivo de enganar alguém e lhe causar prejuízo. Quando se tem o dolo mau, o negócio jurídico poderá ser anulado se houver prejuízo ao induzido e benefício ao autor do dolo ou a terceiro. Como ressaltado, exemplo ocorre na publicidade enganosa (art. 37, § 1.º, CDC), seja ela por ação ou por omissão, em que se promete uma vantagem decorrente de um produto que o consumidor não recebe após a compra.

II) *Quanto à conduta das partes:*

- a) *Dolo positivo* (ou comissivo) – é o dolo praticado por ação (conduta positiva). Exemplo é a publicidade enganosa por ação: alguém faz um anúncio em revista de grande circulação pela qual um carro tem determinado acessório, mas quando o comprador o adquire percebe que o acessório não está presente.
- b) *Dolo negativo* (ou omissivo) – é o dolo praticado por omissão (conduta negativa), situação em que um dos negociantes ou contratantes é prejudicado. Também é conhecido por *reticência accidental* ou *omissão dolosa*. Exemplo ocorre nas vendas de apartamentos decorados, em que não se revela ao comprador que os móveis são feitos sob medida, induzindo-o a erro (publicidade enganosa por omissão). O art. 147 do CC traz previsão expressa quanto à omissão dolosa, caracterizada por eventual silêncio intencional de uma das partes, a respeito de fato ou qualidade que a outra ignorava. Para a caracterização desse dolo omissivo é

preciso que o prejudicado prove que não celebraria o negócio se a omissão não ocorresse.

- c) *Dolo recíproco* ou *bilateral* – é a situação em que ambas as partes agem dolosamente, um tentando prejudicar o outro mediante o emprego de artifícios ardilosos. Em regra, haverá uma compensação total dessas condutas movidas pela má-fé, consagração da regra pela qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), inclusive se presente de forma recíproca. Segundo o art. 150 do CC/2002, não podem as partes alegar os dolos concorrentes, permanecendo incólume o negócio jurídico celebrado, não cabendo qualquer indenização a título de perdas e danos. Exemplificando, se duas ou mais pessoas agirem com dolo, tentando assim se beneficiar de uma compra e venda, o ato não poderá ser anulado. De toda sorte, se os dolos de ambos os negociantes causarem prejuízos de valores diferentes, pode ocorrer uma *compensação parcial das condutas*, o que gera ao prejudicado em quantia maior o direito de pleitear perdas e danos da outra parte. O dolo bilateral (de ambas as partes) é também denominado pela doutrina *dolo compensado* ou *dolo enantiomórfico*.

7.4 DA COAÇÃO

A coação pode ser conceituada como sendo uma pressão física ou moral exercida sobre o negociante, visando obrigá-lo a assumir uma obrigação que não lhe interessa. Aquele que exerce a coação é denominado *coator* e o que a sofre, *coato*, *coagido* ou *paciente*.

Pelo art. 151 do CC/2002, a coação, para viciar o negócio jurídico, há de ser relevante, em fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa envolvida, à sua família ou aos seus bens.

Eventualmente, dizendo respeito o temor à pessoa não pertencente à família do *coato*, o juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto, decidirá se houve coação (art. 151, parágrafo único, do CC). A título de exemplo, se o temor se referir a amigo íntimo do negociante ou à sua namorada, pode-se falar na presença desse vício do consentimento.

A coação pode ser assim classificada:

- a) *Coação física (vis absoluta)* – “é o constrangimento corporal que retira toda capacidade de manifestação de vontade, implicando ausência total de consentimento, acarretando nulidade do ato” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro...*, 2002, p. 395). A nulidade absoluta está justificada, pois a situação de coação física faz com que a pessoa se enquadre na previsão do art. 3.º, III, do CC, como alguém que por causa transitória não pode exprimir sua vontade. Mas alguns autores, como Renan Lotufo, entendem que se tal modalidade de coação estiver presente, o negócio será inexistente (*Código Civil comentado...*, 2003, v. 1, p. 412). Deve-se ficar atento, pois a coação física pode ser tratada tanto como motivo de nulidade absoluta como de inexistência do negócio jurídico. Exemplo de coação física pode ser percebido na hipótese de o vendedor ser espancado e, em estado de inconsciência, obrigado a assinar o contrato. Uma venda celebrada à pessoa hipnotizada constitui outro exemplo de negócio sob coação física. Como se pode notar pelas exemplificações os casos têm pouca relevância prática.
- b) *Coação moral ou psicológica (vis compulsiva)* – coação efetiva e presente, causa fundado

temor de dano iminente e considerável à pessoa do negociante, à sua família, à pessoa próxima ou aos seus bens, gerando a anulabilidade do ato (art. 151 do CC/2002).

Enuncia o art. 152 da atual codificação que, ao apreciar a coação, deve o magistrado levar em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade da pressão exercida. Sintetizando, cabe análise *in concreto* das circunstâncias que circundam o negócio, principalmente as características gerais da pessoa coagida. Aplicando esse dispositivo, cumpre trazer à colação julgado do Tribunal de São Paulo:

“Direito civil. Ação anulatória de negócio jurídico. Coação e dolo. Alegação de celebração de negócio jurídico sob coação moral. Inexistência de ameaça séria e injusta. Apreciação subjetiva dos supostos pacientes de aludido vício de consentimento, consoante disposto no artigo 152 do Código Civil. Mal, outrossim, evitável ou menor do que o suposto negócio extorquido. Não configuração da coação. Afastamento, ademais, da tese subsidiária de que houve atuação com dolo, diante da inexistência de induzimento em erro. Reconhecimento de débito existente da apelante em favor da apelada em virtude mesmo da validade de mencionado negócio jurídico. Honorários advocatícios sucumbenciais. Verba mantida no patamar fixado pelo Juízo *a quo*, diante da inexistência de impugnação especificada dos motivos pelos quais a verba deveria ser reduzida. Sentença mantida. Apelação não provida” (TJSP, Apelação cível 7170680-8, Acórdão 3254291, Jundiaí, 13.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luís Eduardo Scarabelli, j. 12.09.2008, *DJESP* 13.10.2008).

Seguindo nas ilustrações da análise *in concreto*, colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu pela existência de coação moral exercida por igreja evangélica, a fim de que uma fiel com sérios problemas psicológicos realizasse doações de valores consideráveis à instituição. A longa ementa merece a devida leitura, para as reflexões necessárias:

“Responsabilidade civil. Doação. Coação moral exercida por discurso religioso. Ameaça de mal injusto. Promessa de graças divinas. Condição psiquiátrica preexistente. Cooptação da vontade. Dano moral configurado. Indenização arbitrada. 1. Análise do artigo 152 do Código Civil. Critérios para avaliar a coação. A prova dos autos revelou que a autora estava passando por grandes dificuldades em sua vida afetiva (separação litigiosa), profissional (divisão da empresa que construiu junto com seu ex-marido), e psicológica (foi internada por surto maníaco, e diagnosticada com transtorno afetivo bipolar). Por conta disso, foi buscar orientação religiosa e espiritual junto à Igreja Universal do Reino de Deus. Apegou-se à vivência religiosa com fervor, comparecia diariamente aos cultos e participava de forma ativa da vida da igreja. Ou seja, à vista dos critérios valorativos da coação, nos termos do art. 152 do Código Civil, ficou claramente demonstrada sua vulnerabilidade psicológica e emocional, criando um contexto de fragilidade que favoreceu a cooptação da vontade pelo discurso religioso. 2. Análise dos arts. 151 e 153 do Código Civil. Prova da coação moral. Segundo consta da prova testemunhal e digital, a autora sofreu coação moral da igreja que, mediante atuação de seus prepostos, desafiava os fiéis a fazerem doações, fazia promessa de graças divinas, e ameaçava-lhes de sofrer mal injusto caso

não o fizessem. No caso dos autos, o ato ilícito praticado pela igreja materializou-se no abuso de direito de obter doações, mediante coação moral. Assim agindo, violou os direitos da dignidade da autora e lhe casou danos morais. Compensação arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), à vista das circunstâncias do caso concreto. 3. Multa por litigância de má-fé afastada. 4. Redefinida a sucumbência. Recurso da autora conhecido em parte, e nessa parte, provido parcialmente. Prejudicado o recurso da ré. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 583443-30.2010.8.21.7000, Esteio, Nona Câmara Cível, Rel.^a Des.^a Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 26.01.2011, *DJERS* 11.03.2011).

O julgado considerou que os pagamentos do dízimo teriam a natureza de doações, e que deveriam ser anulados pela pressão psicológica, cabendo a apuração do prejuízo patrimonial em posterior liquidação de sentença. Nesse contexto, ressalte-se que o montante mencionado ao final da ementa diz respeito apenas aos danos morais suportados pela autora da ação.

Essa pressão, desde que moral ou psicológica, vicia o consentimento do contratante ou negociante, sendo o ato passível de anulação, desde que proposta ação anulatória pelo interessado, no prazo decadencial de 4 (quatro) anos, contados de quando cessar a coação (art. 178, I, do CC).

Prevê o art. 154 do atual Código Civil que também a coação exercida por terceiro gera a anulabilidade do negócio, se o negociante beneficiado dela tiver ou devesse ter conhecimento, respondendo ambos solidariamente perante o prejudicado pelas perdas e danos.

Por outro lado, o negócio jurídico permanecerá válido se o negociante beneficiado pela coação dela não tiver ou não devesse ter conhecimento (art. 155 do CC), regra também em consonância com a conservação dos negócios em geral. Mas isso não afasta o dever de indenizar do coator que responderá por todas as perdas e danos que tiver causado, nos moldes dos arts. 402 a 404 da atual codificação, sem prejuízo também de danos morais, atentatórios à sua dignidade.

Mais uma vez, a lei, ao se referir ao conhecimento pelo negociante, ampara o conceito nas regras de experiência e na análise da pessoa natural comum.

Desse modo, imagine-se o caso em que alguém celebra um casamento sob pressão de ameaça do irmão da noiva. Se a última tiver ou devesse ter conhecimento dessa coação, o negócio é anulável, respondendo ambos, irmão e irmã, solidariamente. Por outro lado, diante da boa-fé da noiva que não sabia da coação, o casamento é conservado, respondendo o cunhado perante o noivo por eventuais perdas e danos decorrentes de seu ato. Logicamente, os danos devem ser provados, interpretação sistemática do art. 186 do CC/2002.

Sob outro prisma, pelo art. 153 do CC não constituem coação:

- a) A ameaça relacionada com o exercício regular de um direito reconhecido, como no caso de ameaça de protesto de um título em cartório, sendo existente e devida a dívida.
- b) O mero temor reverencial ou o receio de desagradar de pessoa querida ou a quem se deve obediência. Exemplo: casar-se com alguém com medo de desapontar seu irmão, grande amigo. O casamento é válido.

Por derradeiro, com intuito didático, anote-se que o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor

(Lei 8.078/1990) traz regra específica quanto à coação exercida nas relações de consumo. Prevê esse dispositivo que, na cobrança de dívidas, não pode o consumidor ser exposto ao ridículo nem sofrer coação, o que pode gerar o dever de indenizar danos materiais e morais, diante da presença de prática abusiva, modalidade de abuso de direito. Como exemplo dessa coação, pode-se ilustrar a cobrança vexatória, como no caso de exposição de cheques no balcão do estabelecimento comercial para que todos os clientes conheçam o devedor que não os pagou.

7.5 DO ESTADO DE PERIGO

O estado de perigo constitui, segundo o nosso entendimento, uma forma especial de coação, que não estava tratada no Código Civil de 1916. Entretanto, com a coação moral não se confunde. Pelo art. 156 do Código Civil, haverá estado de perigo toda vez que o próprio negociante, pessoa de sua família ou amigo próximo estiver em perigo, conhecido da outra parte, sendo este a única causa para a celebração do negócio. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do contratante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias fáticas e regras da razão (*ontognoseologia jurídica* de Reale). Como já demonstrado, há regra semelhante para a coação moral, no art. 151, parágrafo único, do CC.

No estado de perigo, o negociante temeroso de grave dano ou prejuízo acaba celebrando o negócio, mediante uma prestação exorbitante, presente a onerosidade excessiva (*elemento objetivo*). Para que tal vício esteja presente, é necessário que a outra parte tenha conhecimento da situação de risco que atinge o primeiro, *elemento subjetivo* que diferencia o estado de perigo da coação propriamente dita e da lesão. Com tom elucidativo, é interessante a fórmula a seguir:

ESTADO DE PERIGO = Situação de perigo conhecido da outra parte (elemento subjetivo) + onerosidade excessiva (elemento objetivo).

A sanção a ser aplicada ao ato eivado de estado de perigo é a sua anulação – arts. 171, II, e 178, II, do CC. O último dispositivo consagra prazo decadencial de quatro anos, a contar da data da celebração do ato, para o ingresso da ação anulatória.

Para afastar a anulação do negócio e a correspondente extinção, poderá o juiz utilizar-se da revisão do negócio. Desse modo, filiamo-nos ao entendimento de aplicação analógica do art. 157, § 2.º, do CC também para os casos de estado de perigo. Essa, aliás, foi a conclusão a que se chegou na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a elaboração do seguinte enunciado doutrinário: “Ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2.º do art. 157” (Enunciado n. 148). Com a revisão, busca-se a manutenção do negócio, o princípio da conservação contratual, que mantém íntima relação com a função social dos contratos.

Entendemos que a equidade e a boa razão devem acompanhar o juiz no momento de se determinar ou não a configuração do estado de perigo, eis que contratantes poderão utilizar tal vício como álibi para a posterior anulação do negócio jurídico. O magistrado, neste contexto, deverá julgar favorecendo o negociante dotado de boa-fé objetiva, aplicando os arts. 113 e 422 do CC.

Ilustração interessante de situação envolvendo o estado de perigo é fornecida por Maria Helena

Diniz. Cita a professora o caso de alguém que tem pessoa da família sequestrada, tendo sido fixado o valor do resgate em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Um terceiro conhecedor do sequestro oferece para a pessoa justamente os dez mil por uma joia, cujo valor gira em torno de cinquenta mil reais. A venda é celebrada, movida pelo desespero da pessoa que quer salvar o filho. O negócio celebrado é, portanto, anulável (*Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, v. 1, p. 401).

Outro exemplo interessante é apontado pelo professor paraibano Rodrigo Toscano de Brito. Sinaliza o doutrinador para o caso do pai que chega com o filho acidentado gravemente em um hospital e o médico diz que somente fará a cirurgia mediante o pagamento de R\$ 100.000,00. O preço é pago e a cirurgia é feita, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços. Como se vê, estão presentes todos os requisitos do estado de perigo: há o risco, conhecido pelo médico (*elemento subjetivo*), tendo sido celebrado um negócio desproporcional, com onerosidade excessiva (*elemento objetivo*) (Estado de perigo..., *Questões controvertidas...*, 2005, v. IV, p. 63).

Opinando sobre o último caso descrito, pode-se dizer que o melhor caminho a ser percorrido é justamente o da revisão desse contrato de prestação de serviços, celebrado com preço exorbitante. Ora, imagine-se que o valor normal da cirurgia seria de R\$ 5.000,00. Com a revisão do negócio jurídico, esse é o valor que deverá ser pago ao médico. Se o negócio fosse anulado, o médico nada receberia, o que conduziria ao enriquecimento sem causa da outra parte. Ademais, com a revisão do negócio está-se prestigiando a conservação negocial e a função social dos contratos (Enunciado n. 22 do CJF/STJ).

Outro entendimento poderia sustentar que o não pagamento visa a punir o médico que agiu de má-fé, tendo em vista que houve violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Com todo respeito em relação a esse posicionamento, entendemos que, nesse caso, a função social dos contratos deve prevalecer, somada à vedação do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC). Em síntese, o médico será remunerado com a revisão do negócio.

Para encerrar o estudo do estado de perigo, interessante trazer à tona a comum prática do cheque-caução, exigido muitas vezes quando da internação de consumidores em hospitais. Há quem entenda tratar-se de hipótese típica de estado de perigo, mormente quando o paciente médico já tem plano de saúde. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves que “Merece ser também citado o exemplo de inegável atualidade e característico de estado de perigo, que é o da pessoa que se vê compelida a efetuar depósito ou a prestar garantia sob a forma de emissão de cambial ou de prestação de fiança, exigidos por hospital para conseguir a internação ou atendimento de urgência de cônjuge ou de parente em perigo de vida” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil...*, 2010, v. 1, p. 431). Não tem sido diferente o enquadramento de parte da jurisprudência (TJSP, Apelação 0109749-68.2008.8.26.0002, Acórdão 4885202, São Paulo, 18.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rubens Cury, j. 07.12.2010, *DJESP* 24.01.2011; TJSC, Apelação Cível 2009.043712-5, Brusque, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 29.06.2010, *DJSC* 08.07.2010, p. 181; TJPR, Apelação Cível 0485768-9, Curitiba, 6.^a Câmara Cível, Rel. Des. Prestes Mattar, *DJPR* 17.10.2008, p. 59 e TJRJ, Apelação Cível 2006.001.49905, 17.^a Câmara Cível, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, j. 10.01.2007).

Com o devido respeito, esse não parece ser o melhor enquadramento, uma vez que o estado de perigo gera a anulação do ato correspondente (arts. 171 e 178 do CC/2002). Na verdade, é salutar concluir que a exigência de cheque-caução, especialmente quando o consumidor já tem plano de saúde ou quando ausente justo motivo para a negativa de cobertura, configura uma prática ou cláusula

abusiva que, por envolver matéria de ordem pública, ocasiona a nulidade do ato correspondente (art. 51 do CDC), sem prejuízo de outras sanções, caso da imputação civil dos danos suportados. Utiliza-se a teoria do *diálogo das fontes*, com solução mais satisfatória aos consumidores. Concluindo corretamente dessa forma, colaciona-se, a título de exemplo:

“Plano de saúde. Corré que se recusou a cobrir as despesas de internação do autor, sob o fundamento de descredenciamento do plano. Falta de comunicação do associado quanto ao descredenciamento. Recusa que causou danos morais ao autor, que era idoso e estava com a saúde debilitada. Fixação em R\$ 9.000,00. Razoabilidade. Exigência de cheque-caução pela corré para prestar atendimento médico. Danos morais. Ocorrência. Fixação em R\$ 2.000,00. Recurso do autor provido em parte, improvido o do réu. O corréu Centro Transmontano causou dano moral ao autor, pessoa de idade e que sofria de sérios problemas de saúde, ao negar-se a cobrir as despesas de internação, pois não o informara do descredenciamento do hospital. Ao que tudo indica, o hospital condicionou a prestação de serviço médico à emissão de cheque caução, o que configura prática abusiva e, em face das circunstâncias, notadamente o fato de que paciente era idoso e sua internação era emergencial, acarretou danos morais” (TJSP, Apelação 0131319-87.2006.8.26.0000, Acórdão 4931640, São Paulo, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 08.02.2011, *DJESP* 02.03.2011).

“Responsabilidade civil. Relação de consumo. Hospital. Situação de emergência. Cheque caução. Exigência para fins de internação. Prática abusiva. Aflição e angústia impostas ao consumidor. Dano moral configurado. Violação do Código de Defesa do Consumidor e de lei estadual. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência. O juiz é o destinatário da prova e está autorizado a dispensar as desnecessárias ao deslinde da causa (CPC, 130). Não se configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, presentes as condições previstas no artigo 330, inciso I, do CPC. A exigência de cheque-caução para que ocorra a internação hospitalar de paciente em estado grave emergencial, configura prática abusiva, ferindo as disposições do CDC. Configura ainda afronta a Lei Estadual n.º 3.426/00, que proíbe a exigência de depósito prévio de qualquer natureza, para possibilitar internação de doente em situação de urgência e emergência. Dano moral configurado. Valor que atende aos princípios reitores do instituto. Verba honorária bem fixada. Impossibilidade de se aplicar a multa legal por ausência de pedido inicial, não podendo inovar em sede de recurso. Manutenção da sentença. Conhecimento e desprovimento de ambos os recursos” (TJRJ, Apelação 2008.001.57406, 18.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 07.04.2009, *DORJ* 13.04.2009, p. 167).

Com o devido respeito, não se pode mais insistir na premissa de que o Código Civil é a via de solução para todos os problemas, para a *cura de todos os males*. Em muitos casos, a correta solução de enquadramento está no Código de Defesa do Consumidor e não na lei geral privada. Feito tal esclarecimento, parte-se ao estudo do instituto da lesão.

7.6 DA LESÃO

Dispõe o art.157 da atual codificação que “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente

necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Essa é a concepção constante na nova codificação que, de acordo com o princípio da operabilidade ou simplicidade, procura a facilitação dos institutos, com a previsão taxativa dos conceitos.

O desafio de se descobrir o sentido do instituto ainda permanece, uma vez que grandes são as dificuldades na busca desse conceito emergente, presente que está a desproporção em vários dos contratos que atualmente são celebrados. No presente e no futuro, como sinaliza Renan Lotufo, “caberá ao juiz, diante do caso concreto, averiguar essa desproporção, partindo do acentuado desnível entre as prestações, identificável entre as prestações devidas pelos contratantes” (*Código Civil comentado...*, 2002, v. I, p. 440).

Inicialmente, tem-se a lesão como sendo um vício que acomete a vontade ou o consentimento. Para Maria Helena Diniz “o instituto da lesão visa proteger o contratante que se encontra em posição de inferioridade, ante o prejuízo por ele sofrido na conclusão do contrato, devido à desproporção existente entre as prestações das duas partes” (*Curso de direito civil brasileiro...*, 2002, p. 399).

Não há como declinar, desse modo, a sua imediata aplicação aos contratos, negócios jurídicos por excelência, daí ser mais um dos pontos de relevância para o direito obrigacional em sentido amplo.

O parágrafo primeiro do art. 157 recomenda que a desproporção seja apreciada de acordo com os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico, o que vai ao encontro da *ontognoseologia jurídica* de Reale, eis que há, na espécie, uma apreciação valorativa, hoje primaz para o Direito Privado.

Eventualmente, em vez do caminho da anulabilidade do negócio jurídico, conforme estabelece o art. 178, II, do CC, o art. 157, § 2.º, do diploma civil em vigor dispõe que a invalidade negocial poderá ser afastada “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. Esse oferecimento pelo réu se dá por meio de pedido contraposto na contestação. Esse comando está possibilitando a revisão extrajudicial ou judicial do negócio, constituindo a consagração do princípio da conservação contratual e também da função social do contrato.

Sobre tal relação, é interessante transcrever o teor do Enunciado n. 149 do CJF/STJ: “Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado promover o incitamento dos contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2.º, do Código Civil de 2002”. A conclusão, assim, é de que na lesão a regra é a revisão do contrato e não a sua anulação.

Confirmando a tese de que a revisão do negócio é a regra, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 291 do CJF/STJ, prevendo que “Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio, deduzindo, desde logo, pretensão com vistas à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço”. Em suma, é plenamente possível que a parte prejudicada ingresse diretamente com uma ação fundada na lesão, pleiteando a revisão do negócio.

Pois bem, para a caracterização da lesão é necessária a presença de um *elemento objetivo*, formado pela desproporção das prestações, a gerar uma onerosidade excessiva, um prejuízo a uma das partes; bem como um *elemento subjetivo*: a premente necessidade ou inexperiência, conforme

previsto no *caput* do art. 157. A fórmula a seguir *serve como luva*:

LESÃO = Premente necessidade ou inexperiência (elemento subjetivo) + onerosidade excessiva (elemento objetivo).

O conceito de premente necessidade é genérico e depende de apreciação pelo aplicador da norma. A compra de um imóvel, uma vez que o direito de moradia está previsto no art. 6.º da CF/1988, como um direito social e fundamental, poderá ser tida como premente necessidade? Este autor acredita que sim, inclusive pela proposta de personalização do Direito Privado, à luz da proteção da dignidade da pessoa humana. Aliás, cumpre pontuar que, na *opinio* do presente autor, os contratos de financiamento para aquisição da casa própria celebrados no Brasil, em regra, apresentam o presente vício do negócio jurídico, diante de numerosos desequilíbrios que podem ser percebidos em seu conteúdo.

Em casos de vulnerabilidade contratual, como naqueles que envolvem o aderente, para quem o conteúdo do negócio é imposto no contrato de adesão, pode-se entender que a premente necessidade é presumida. Sendo assim, não há como concordar com o teor do Enunciado n. 290 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual não se pode presumir a premente necessidade ou a inexperiência do lesado.

O conceito de inexperiência é igualmente passível de interpretações divergentes, dificuldade que já foi percebida na subsunção do conceito de *hipossuficiente*, que consta do art. 6.º, VIII, do CDC, e que deu margem a diversas decisões judiciais conflitantes entre si. A hipossuficiência, como se afirma em Direito do Consumidor, pode ser econômica, financeira, política, social ou técnica, o que defere, pela Lei Consumerista, a decretação da inversão do ônus da prova. Pode ser afirmado o mesmo no tocante à lesão, eis que a inexperiência poderá ser econômica, financeira, política, social ou técnica, servindo, no momento, a interpretação do que constitui a hipossuficiência do consumidor, por regra analógica.

Na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado doutrinário que buscou dar um sentido ao conceito. Assim, “a inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha o conhecimento específico sobre o negócio em causa” (Enunciado n. 410). A ementa procura ampliar a ideia de inexperiência, na linha do proposto pelo presente autor, tutelando inclusive os casos de hipossuficiência.

Feitas essas considerações, é interessante citar o trabalho de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem “analisando ainda o art. 157, pode-se concluir ter havido uma verdadeira mudança axiológica no novo Código Civil, presente este vício de consentimento como verdadeira limitação à autonomia individual da vontade, não mais admitindo o ‘negócio da China’, uma vez que não se aceitará mais passivamente a ocorrência de negócios jurídicos com prestações manifestamente desproporcionais” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 376).

Como os doutrinadores baianos, entendemos que a lesão está configurada na prática do *truck system*, hipótese em que o empregador coloca à disposição do empregado mercadorias, no próprio

local de trabalho, com preços bem superiores aos praticados no mercado. Essa prática, aliás, é vedada expressamente pelo art. 462, §§ 2.º a 4.º, da CLT.

Não há dúvidas de que o fator predominante para a caracterização da lesão é justamente a onerosidade excessiva, o *negócio da China* pretendido por um dos negociantes, em detrimento de um desequilíbrio contratual, contra a parte mais fraca da avença.

A base estrutural do vício é, assim, um problema que acomete a vontade, razão pela qual a denominamos *lesão subjetiva*. Esta não se confunde com a lesão objetiva, que consta do art. 480 do CC/2002, conceituada por Álvaro Villaça Azevedo como *lesão enorme (laesio enormis)*, segundo o qual “nesse dispositivo legal está presente, salvo melhor juízo, o entendimento justinianeu de não permitir a onerosidade excessiva e de reprimir cláusulas abusivas, leoninas, que quebram o princípio da comutatividade dos contratos” (O novo Código..., *Questões controvertidas...*, 2004, v. II, p. 26).

Dessa forma, a *lesão objetiva* caracteriza-se pela simples presença da onerosidade excessiva, não se discutindo a questão volitiva como ocorre na lesão subjetiva. Mas dentro do conceito de *lesão subjetiva* está a lesão objetiva, pela menção à prestação desproporcional, que consta do art. 157 do CC.

Cite-se, neste ponto, que a lesão subjetiva, vício do negócio jurídico, já se encontrava prevista no art. 4.º da Lei de Proteção à Economia Popular, Lei 1.521/1951, que define como crime a prática de “obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”. Essa forma de lesão era conceituada como *lesão usurária*, presente, por exemplo, nos casos de cobrança de juros abusivos ou de anatocismo (capitalização de juros sobre juros). A *lesão usurária* também é implícita ao Decreto-lei 22.626/1933 (Lei de Usura).

No que concerne a essa *lesão usurária*, restam dúvidas quanto à possibilidade de gerar a nulidade absoluta do negócio jurídico celebrado. Isso porque o art. 11 da Lei de Usura (Decreto 22.626/1933) menciona que qualquer infração ao que constar naquela lei é capaz de gerar nulidade plena e absoluta do pacto. Por certo é que a lesão do art. 157 do CC, regra geral, gera anulabilidade pelo teor do próprio Código Civil (art. 171, II). Como resolver a questão?

Adotando a conservação contratual, princípio anexo à função social do contrato, o presente autor é adepto do posicionamento pela anulabilidade também da lesão usurária. Isso porque, como visto, deve sempre o magistrado procurar a revisão do negócio, mantendo a vontade manifestada pelas partes. Esse entendimento, aliás, foi defendido em nosso livro *Função social dos contratos*, desde a sua primeira edição (2005, p. 213).

Apesar de similar, a lesão não se confunde com o dolo. Quanto a essa diferenciação, consigne-se o teor do Enunciado n. 150 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual: “a lesão que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”. A lesão exige apenas dois elementos: a premente necessidade ou inexperiência e a onerosidade excessiva, elementos estes que não se confundem com o artifício ardiloso presente no dolo. Vale lembrar que o dolo de aproveitamento é aquele que traz um benefício patrimonial do agente. Esse Enunciado n. 150 do CJF/STJ também serve para distinguir a lesão do art. 157 do CC da lesão usurária, pois a última exigiria o referido dolo de aproveitamento.

Por fim, a lesão de igual modo não se confunde com o estado de perigo, conforme quadro

esquemático comparativo com semelhanças e diferenças que consta a seguir:

Lesão (art. 157 do CC)	Estado de Perigo (art. 156 do CC)
Elemento subjetivo: premente necessidade ou inexperiência	Elemento Subjetivo: perigo que acomete o próprio negociante, pessoa de sua família ou amigo íntimo, sendo esse perigo de conhecimento do outro negociante.
Elemento objetivo: prestação manifestamente desproporcional (lesão objetiva). Aplica-se a revisão negocial pela regra expressa do art. 157, § 2.º, do CC, hipótese de subsunção.	Elemento objetivo: obrigação excessivamente onerosa (lesão objetiva). Há entendimento doutrinário de aplicação analógica do art. 157, § 2.º, do CC, visando a conservação negocial. Adotada essa tese, há hipótese de integração, não de subsunção.

7.7 DA FRAUDE CONTRA CREDORES

Constitui fraude contra credores a atuação maliciosa do devedor, em estado de insolvência ou na iminência de assim tornar-se, que dispõe de maneira gratuita ou onerosa o seu patrimônio, para afastar a possibilidade de responderem os seus bens por obrigações assumidas em momento anterior à transmissão.

A ilustrar, se *A* tem conhecimento da iminência do vencimento de dívidas em data próxima, em relação a vários credores, e vende a *B* imóvel de seu patrimônio, havendo conhecimento deste do estado de insolvência, estará configurado o vício social a acometer esse negócio jurídico. Mesma conclusão serve para o caso de doação (disposição gratuita).

De acordo com o art. 158 do CC/2002, estão incluídas as hipóteses de remissão ou perdão de dívida, estando caracterizado o ato fraudulento toda vez que o devedor estiver insolvente ou beirando à insolvência. Em situações tais, caberá ação anulatória por parte de credores quirografários eventualmente prejudicados, desde que proposta no prazo decadencial de quatro anos, contados da celebração do negócio fraudulento (art. 178, II, do CC). Essa ação anulatória é denominada pela doutrina *ação pauliana* ou *ação revocatória*, seguindo rito ordinário (art. 282 e seguintes do CPC). A expressão *ação pauliana* tem origem romana, atribuída ao pretor Paulo.

Igual direito tem o credor cuja garantia tornar-se insuficiente (art. 158, § 1.º, do CC). Conforme o Enunciado n. 151 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, “o ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1.º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia”.

Todavia, somente os credores que já o eram no momento da disposição fraudulenta poderão promover a referida *ação pauliana* (art. 158, § 2.º, do CC). Quanto ao último dispositivo, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 292, prevendo que para os efeitos do art. 158, § 2.º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu conhecimento por decisão judicial. Analisando tal questão, vejamos instigante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que diz respeito à existência de fraude contra credores diante da celebração de compromisso de compra e venda de imóvel:

“Processo civil e civil. Recurso especial. Fraude contra credores. Anterioridade do crédito. Art. 106, parágrafo único, CC/1916 (art. 158, § 2.º, CC/2002). Promessa de compra e venda não registrada. 1. Da literalidade do art. 106, parágrafo único, do CC/1916, extrai-se que a afirmação da ocorrência de fraude contra credores depende, para além da prova de *consilium fraudis* e de *eventus damni*, da anterioridade do crédito em relação ao ato impugnado. 2. É com o registro da promessa de compra e venda no Cartório de Registro de Imóveis que o direito do promissário comprador alcança terceiros estranhos à relação contratual originária. 3. A promessa de compra e venda não registrada e desacompanhada de qualquer outro elemento que possa evidenciar a alienação do imóvel não afasta a anterioridade do crédito. 4. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.217.593/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 12.03.2013, DJe 18.03.2013).

Como se extrai da ementa transcrita, na fraude contra credores, em regra, há um *elemento objetivo*, formado pela atuação prejudicial do devedor e de terceiro, bem como um *elemento subjetivo*, volitivo, a intenção de prejudicar os credores do primeiro (*consilium fraudis*). A fórmula é, portanto, a seguinte:

**FRAUDE CONTRA CREDITORES = Intenção de prejudicar credores (elemento subjetivo)
+ atuação em prejuízo aos credores (elemento objetivo).**

Para que o negócio seja anulado, portanto e em regra, necessária a presença da *colusão*, conluio fraudulento entre aquele que dispõe o bem e aquele que o adquire. O prejuízo causado ao credor (*eventus damni*) também é apontado como elemento objetivo da fraude. Não havendo tais requisitos, não há que se falar em anulabilidade do ato celebrado, para os casos de negócios onerosos, como na compra e venda efetivada com objetivo de prejudicar eventuais credores.

Entretanto, para os casos de disposição gratuita de bens, ou de remissão de dívidas (perdão de dívidas), o art. 158 do CC/2002 dispensa a presença do elemento subjetivo (*consilium fraudis*), bastando o evento danoso ao credor. Isso porque o dispositivo em comento prevê que, nesses casos, tais negócios podem ser anulados ainda quando o adquirente ignore o estado de insolvência.

Vejamos o quadro a seguir para elucidar a matéria:

Disposição onerosa de bens com intuito de fraude

Conluio fraudulento (*consilium fraudis*) + evento danoso (*eventus damni*)

Disposição gratuita de bens ou remissão de dívida	Basta o evento danoso (<i>eventus damni</i>)
---	--

Segundo o art. 159 do CC, serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Traz esse dispositivo uma presunção relativa (*iuris tantum*) do *consilium fraudis*, a caracterizar o vício social do negócio jurídico. Presumindo o concílio de fraude diante de uma relação de parentesco, destaque-se julgado do Tribunal Paulista:

“Fraude contra credores. Venda de veículo penhorado entre irmãos. Conluio fraudulento presumido pelo parentesco. Situação de insolvência caracterizada e negócio jurídico celebrado após a constituição do crédito. Art. 106 do CC/16 e art. 159 do CC/02. Improcedência dos embargos. Recurso improvido” (TJSP, Apelação cível 620.988.4/3, Acórdão 3491578, Franca, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 12.02.2009, *DJESP* 24.03.2009).

De acordo com o art. 160 da codificação, 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. Trata-se da denominada *fraude não ultimada*. Mas, se for inferior o preço, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o montante que lhes corresponda ao valor real – parágrafo único do dispositivo –, outra consagração do princípio da conservação contratual. Ao contrário da lei anterior (art. 108 do CC/1916), não há mais menção à exigência de citação por edital de todos os interessados, disciplina que cabe agora à lei processual.

A *ação pauliana* ou *revocatória* deve ser proposta pelos credores quirografários contra o devedor insolvente, podendo também ser promovida contra a pessoa que celebrou negócio jurídico com o fraudador ou terceiros adquirentes, que hajam procedido de má-fé (art. 161 do CC). O caso é de *litisconsórcio passivo necessário*, nos termos do art. 46 do CPC. Nesse sentido, interessante transcrever ementa do Tribunal gaúcho que, com clareza ímpar, reconhece a nulidade do processo:

“Apelação cível. Posse. Ação pauliana. Citação de litisconsortes. Nulidade do processo desde a fl. 214, inclusive. Conforme parágrafo único do artigo 47 do CPC, em se tratando de litisconsórcio necessário-unitário, o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo. No entanto, o magistrado de primeiro grau determinou pessoalmente a citação dos litisconsortes. Assim, a presente sentença deverá ser desconstituída para que outra venha a ser proferida, após a intimação do autor para que proceda na citação dos litisconsortes, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito, restando nulo o processo desde a fls. 214, inclusive. Apelo provido em parte. Unânime” (TJRS, Número do processo: 70010325520, j. 24.02.2005, 18.^a Câmara Cível, Juiz-Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Origem: Comarca de Frederico Westphalen).

Na mesma linha, cabe colacionar decisão mais recente do Tribunal de São Paulo: “Processual

civil. Ação pauliana. Ação ajuizada exclusivamente em face dos devedores que negociaram bens imóveis em apontado ato fraudulento. Inadmissibilidade. Hipótese de litisconsórcio necessário, devendo integrar a lide também todos aqueles que participaram do negócio. Interpretação do artigo 161 do CC vigente. Extinção do processo afastada. Concedida oportunidade para regularização do polo passivo da ação, conforme disposto no art. 47, § 1.º do CPC. Recurso provido” (TJSP, Apelação com revisão 186.411.4/9, Acórdão 3679319, Franca, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Boris Kauffmann, j. 02.06.2009, *DJESP* 17.07.2009). Não tem sido diferente a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão publicada no seu *Informativo* n. 469 (REsp 750.135/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.04.2011).

Essa *ação pauliana* afasta o enriquecimento sem causa das partes envolvidas com a fraude, ato unilateral condenado pelos arts. 884 a 886 do CC/2002 em sintonia com a socialidade, repondo o bem alienado no acervo do devedor, visando futura satisfação da dívida anterior.

De toda sorte, esclareça-se que, em face de terceiros, a ação pauliana somente poderá ser proposta e surtirá os efeitos desejados se comprovada a sua má-fé. Não sendo o caso, os terceiros estão protegidos, o que representa clara aplicação da teoria da aparência e do princípio da boa-fé.

Vários são os julgamentos que reconhecem tal proteção, podendo ser transcrito o seguinte, do Superior Tribunal de Justiça, publicado no seu *Informativo* n. 521:

“Direito civil. Manutenção da eficácia de negócio jurídico realizado por terceiro de boa-fé diante do reconhecimento de fraude contra credores. O reconhecimento de fraude contra credores em ação pauliana, após a constatação da existência de sucessivas alienações fraudulentas na cadeia dominial de imóvel que originariamente pertencia ao acervo patrimonial do devedor, não torna ineficaz o negócio jurídico por meio do qual o último proprietário adquiriu, de boa-fé e a título oneroso, o referido bem, devendo-se condenar os réus que agiram de má-fé em prejuízo do autor a indenizá-lo pelo valor equivalente ao dos bens transmitidos em fraude contra o credor. Cumpre ressaltar, de início, que, na ação pauliana, o autor tem como objetivo o reconhecimento da ineficácia (relativa) de ato jurídico fraudulento nos limites do débito do devedor com o credor lesado pela fraude. A lei, entretanto, não tem dispositivo que regulamente, de forma expressa, os efeitos do reconhecimento da fraude contra credores na hipótese em que a ineficácia dela decorrente não puder atingir um resultado útil, por encontrar-se o bem em poder de terceiro de boa-fé. Nesse contexto, poder-se-ia cogitar que a este incumbiria buscar indenização por perdas e danos em ação própria, ainda que se tratasse de aquisição onerosa. Todavia, essa solução seria contrária ao art. 109 do CC/1916 – correspondente ao art. 161 do CC/2002 – e também ao art. 158 do CC/1916 – que tem redação similar à do art. 182 do CC/2002 –, cujo teor dispunha que, anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas pelo equivalente. Desse modo, inalcançável o bem em mãos de terceiro de boa-fé, cabe ao alienante, que o adquiriu de má-fé, indenizar o credor. Deve-se, portanto, resguardar os interesses dos terceiros de boa-fé e condenar os réus que agiram de má-fé em prejuízo do autor a indenizá-lo pelo valor equivalente ao dos bens transmitidos em fraude contra o credor – medida essa que se atém aos limites do pedido da petição inicial da ação pauliana, relativo à recomposição do patrimônio do devedor com os mesmos bens existentes antes da prática do ato viciado ou pelo seu equivalente. A propósito, a aludida conclusão, *mutatis*

mutandis, vai ao encontro da Súmula 92/STJ, que orienta que ‘a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor’. Precedente citado: REsp 28.521-RJ, Quarta Turma, DJ de 21.11.1994” (STJ, REsp 1.100.525/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.04.2013).

A decisão é interessante pelo fato de existirem dois envolvidos na cadeia de transmissão do bem, com má e boa-fé, respectivamente. Como o ato deveria ter sido mantido em relação ao último, encontrou-se uma solução correta para aquele que não estava movido pela boa conduta negocial, tendo que indenizar o credor prejudicado.

Esclarecido tal ponto, seguindo no estudo da categoria, é vital citar o teor da Súmula 195 do STJ, pela qual, “em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”. Assim, imperiosa a necessidade de se promover a dita *ação pauliana*, não substituída pelos embargos de terceiro.

Todavia, o mesmo Superior Tribunal de Justiça tem analisado a fraude à execução em sede de embargos de terceiro (STJ, AGRESP 726.549/RS, j. 14.06.2005, Primeira Turma). As diferenças entre os institutos da fraude contra credores e a fraude à execução ainda serão expostas.

No caso de eventual insolvência do devedor não empresário (ou sociedade empresária, para a qual se aplica a Lei 11.101/2005 – nova Lei de Falências), deverá ser aberto concurso de credores, entrando todos os sujeitos ativos obrigacionais em rateio, na proporção de suas dívidas. Dessa forma, estatui o art. 162 do atual Código que 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.

Também nos casos de insolvência, anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores (art. 165 do CC). Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada (art. 165, parágrafo único, do CC).

Estabelece o art. 163 da norma civil codificada a presunção de fraude dos direitos dos outros credores em relação às garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor, caso de presunção relativa (*iuris tantum*). Para Renan Lotufo “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. Como 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” (*Código Civil comentado...*, 2002, v. I, p. 454).

O art. 164 do CC traz uma presunção relativa de boa-fé, relacionada com negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família. De acordo com esse comando legal, “presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios jurídicos ordinários indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”. Pode-se dizer que a parte final do comando legal traz como conteúdo a *função social da empresa*, para atender aos interesses do núcleo familiar. Esse dispositivo, sem dúvida, denota ainda a boa-fé objetiva aplicável ao âmbito

empresarial.

Superada a análise dos dispositivos previstos para a fraude contra credores no Código Civil de 2002, cabe trazer ao debate algumas questões processuais.

A primeira refere-se ao fato de que parte da doutrina aponta que a atual codificação, quanto ao tratamento da matéria, constitui um retrocesso. Isso porque já havia entendimento anterior de que o ato seria ineficaz e não anulável. Comenta Humberto Theodoro Júnior que “a circunstância de o atual Código repetir *ipsis litteris* o rótulo de anulabilidade aplicado ao negócio em fraude de credores não impede que sua natureza jurídica e seus efeitos práticos sejam, na verdade, os da ineficácia relativa, como antes já demonstramos perante igual texto do vigente Código Civil” (*Fraude...*, 2001, p. 183).

Na mesma esteira, aduz Carlos Roberto Gonçalves que “o novo Código Civil não adotou, assim, a tese de que se trataria de hipótese de ineficácia relativa do negócio, defendida por ponderável parcela da doutrina, segundo a qual, demonstrada a fraude ao credor, a sentença não anulará a alienação, mas simplesmente, como nos casos de fraude à execução, declarará a ineficácia do ato fraudatório perante o credor, permanecendo o negócio válido entre os contratantes: o executado-alienante e o terceiro adquirente” (*Direito civil brasileiro...*, 2003, v. I, p. 413).

Alexandre Freitas Câmara ensina que os defensores da tese pela qual a fraude contra credores gera anulabilidade do negócio jurídico encontram dificuldades em explicar satisfatoriamente o fenômeno:

“Basta pensar no seguinte: nos casos em que se está diante de um ato anulável, a consequência da anulação é a retirada do ato do ‘mundo jurídico’, retornando-se ao *status quo ante*. Significa isto dizer que, uma vez anulado um ato jurídico, devem as partes retornar ao estado em que se encontravam antes de o mesmo ter sido praticado” (*Lições...*, 2004, v. II, p. 211).

Dessa forma conclui o processualista carioca: “A fraude contra credores, pois, não é causa de anulabilidade, mas sim de inoponibilidade do ato jurídico. O ato é válido, mas ineficaz em relação ao credor” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, 2004, p. 215).

Tem razão essa corrente doutrinária, uma vez que alguns problemas práticos surgem ao se reconhecer a anulabilidade do negócio praticado. Anote-se que, não obstante a lei prever expressamente a solução de anulabilidade, alguns julgados seguem a tese ora exposta, considerando o ato como sendo meramente ineficaz (por todos, ver julgado publicado no recente *Informativo* n. 467 do STJ, de março de 2011, REsp 971.884/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.03.2011). De fato, essa parece ser a melhor solução a ser adotada de *lege ferenda*. Todavia, frise-se que a lei é clara ao prever que o negócio é evitado pela anulabilidade, e assim deve ser considerado, como entendimento majoritário, até porque tantos outros julgados seguem o caminho expresso na lei (ver, por todos: STJ, REsp 710.810/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 19.02.2008, *DJe* 10.03.2008).

Uma questão que merece destaque é que, com a anulação, o bem volta para o patrimônio do devedor que agiu com fraude, o que não representa que o credor que promoveu a ação anulatória irá conseguir a satisfação patrimonial, pois se abre concurso de credores, como exposto. Em suma, podem surgir casos em que a *pessoa ganha, mas não leva*, o que deve ser evitado pelo Direito, pela necessária busca da Justiça.

De qualquer forma, sugere-se que, para as provas de graduação, de pós-graduação e de primeira fase nos concursos públicos, seja adotada a tese da anulabilidade, majoritária entre os civilistas, sendo esses os termos do novo diploma legal privado (art. 171, II, do CC).

Outro ponto também fundamental para o estudo do tema é que *não se pode confundir a fraude contra credores com a fraude à execução*.

Inicialmente, a primeira constitui instituto de Direito Civil, enquanto a segunda, instituto de Direito Processual Civil, tratada no art. 593 do CPC. Ocorre a fraude à execução quando, ao tempo da alienação do bem, já corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Mas, apesar da expressão utilizada pelo dispositivo processual, “pouco importa se a demanda era ou não capaz de tornar o devedor insolvente. A insolvência deve ser resultado do ato de alienação ou oneração realizada no curso do processo para que seja considerada em fraude de execução” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, 2004, v. II, p. 219).

Tal demanda pode ser uma ação executiva ou ação condenatória. Prevalece o entendimento pelo qual, para a sua caracterização, deve o fraudador ter sido ao menos *citado* em uma das referidas demandas.

Com todo o respeito a esse posicionamento, filiamo-nos à corrente que aponta bastar a simples propositura da demanda para que a fraude à execução esteja caracterizada, medida que é a mais justa, principalmente pela morosidade que acomete o Poder Judiciário. A título de exemplo, se determinada pessoa tem contra si proposta ação de execução cujo objeto é valor considerável e, após a distribuição desta, vende todo o seu patrimônio, estará presente a fraude de execução.

Entretanto, o entendimento do STJ apontava ser necessária a citação válida para a caracterização da fraude à execução. Porém, como se verá, houve uma mudança de entendimento do STJ, diante da sua recente Súmula 375, editada em março de 2009. Por todos os julgados anteriores, transcreve-se o seguinte:

“*Embargos de terceiro. Execução. Citação válida. Ajuizamento da ação executiva. A fraude de execução pressupõe citação válida em ação capaz de tornar insolvente o alienante. Não basta o ajuizamento da ação*” (STJ, REsp 255.230/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 1.º.09.2005, DJ 26.09.2005, p. 351).

Superado esse ponto, na fraude à execução não há necessidade de o credor promover *ação pauliana*, uma vez que o ato não é anulável, mas ineficaz perante a ação de execução ou condenatória. Portanto, a alienação ocorrida em fraude à execução pode ser declarada ineficaz e reconhecida no próprio processo de execução mediante simples requerimento da parte lesada.

Os bens penhorados podem, como regra, ser vendidos, desde que o comprador tenha ciência e aceite o fato da penhora. Mas independentemente dessa venda os bens penhorados continuam gravados e vinculados ao processo de execução.

Na fraude à execução, sempre se entendeu não haver necessidade de prova do conluio, havendo presunção absoluta (*iure et de iure*) da sua presença. Dessa forma, em regra, não haveria a necessidade de o exequente (ou autor) provar o *consilium fraudis*. Isso porque na fraude à execução o vício é mais grave do que na fraude contra credores, envolvendo ordem pública, por atentado à

atuação do Poder Judiciário. Na fraude contra credores, a lesão é à parte, envolvendo ordem privada.

De qualquer forma, cumpre esclarecer que a doutrina processualista já vinha apontando uma tendência de subjetivação da responsabilidade na fraude à execução, ou seja, uma tendência de necessidade de prova do conluio e da má-fé do adquirente, o que estaria aproximando o instituto em relação à fraude contra credores (BRENNER, Ana Cristina. A fraude de execução..., jan. 2007, p. 186-200 e CARVALHO, Ernesto Antunes. Reflexões..., In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução...*, 2001, v. 2, p. 314). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vinha acompanhando essa tendência. Por todos esses julgados, transcreve-se:

“Processo civil. Fraude à execução. Terceiro de boa-fé. A ineficácia, proclamada pelo art. 593, II, do Código de Processo Civil, da alienação de imóvel com fraude à execução não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé. Embargos de divergência conhecidos, mas não providos” (STJ, EREsp 144.190/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 14.09.2005, DJ 01.02.2006, p. 427).

“Embargos de terceiro. Fraude à execução. Adquirente de boa-fé. Penhora. Inexistência de registro. Alienação feita a antecessor dos embargantes. Ineficácia declarada que não os atinge. ‘A sentença faz coisa julgada as partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros’ (art. 472 do CPC). Ainda que cancelado o registro concernente à alienação havida entre o executado e os antecessores dos embargantes, a estes – terceiros adquirentes de boa-fé – é permitido o uso dos embargos de terceiro para a defesa de sua posse. Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição judicial. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 144.190/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 15.03.2005, DJ 02.05.2005, p. 353).

Diante dessa mudança de entendimento, foi editada a mencionada Súmula 375 do STJ, prevendo que “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Em suma, houve um *giro de cento e oitenta graus* quanto ao posicionamento jurisprudencial. Em verdade, o teor da súmula até se justifica nos casos de aquisição de imóvel, não se presumindo a má-fé do adquirente se houver demandas em outros estados da federação. Todavia, para os outros casos o seu teor fica em cheque, conforme expõem alguns processualistas em interlocuções com este autor. De qualquer maneira, há uma forte tendência de tutela da boa-fé na jurisprudência nacional, presumindo-a, como faz a súmula. Em conclusão, a súmula acaba aproximando a fraude à execução da fraude contra credores.

Por fim, quanto às diferenças entre a fraude contra credores e a fraude à execução, a sentença da ação *pauliana* é constitutiva negativa, enquanto na fraude à execução a decisão que a reconhece tem natureza declaratória, de ineficácia do ato praticado.

Para fins didáticos apresentam-se as diferenças no quadro comparativo a seguir concebido:

--	--

Fraude contra credores	Fraude à execução
Instituto de Direito Civil	Instituto de Direito Processual Civil
O devedor tem várias obrigações assumidas perante credores e aliena de forma gratuita ou onerosa os seus bens, visando prejudicar tais credores.	O executado já citado em ação de execução ou condenatória aliena bens. Há um outro entendimento, pelo qual basta a simples propositura da demanda.
<p>Necessária a presença de dois elementos:</p> <p>a) <i>Consilium fraudis</i> - conluio fraudulento entre devedor e adquirente do bem;</p> <p>b) <i>Eventus damni</i> - prejuízo ao credor.</p>	Basta a presença de prejuízo ou autor/exeqüente. Como esse prejuízo também atinge o Poder Judiciário, há uma presunção absoluta da presença do conluio fraudulento.
Necessidade de propositura de <i>ação pauliana</i> ou revocatoria.	Não há necessidade de propositura de <i>ação pauliana</i> , podendo ser a fraude reconhecida mediante simples requerimento da parte.
A sentença da ação anulatória tem natureza constitutiva negativa , gerando a anulabilidade do negócio jurídico celebrado.	O reconhecimento da fraude à execução tem natureza declaratória , gerando a ineficácia do ato celebrado.

7.8 O NOVO TRATAMENTO DA SIMULAÇÃO

É notório que a simulação recebeu novo tratamento pelo Código Civil de 2002 (art. 167), o que vem sendo amplamente debatido pela civilística nacional.

A primeira dúvida que existe em relação à simulação é se constitui esta um vício social do negócio jurídico ou causa para a sua nulidade absoluta. Maria Helena Diniz entende que a simulação continua sendo vício do negócio, conceituando o instituto como “declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado” (*Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, p. 403). Assim também o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa ao ensinar que “trata-se de um vício social, por diferir dos vícios da vontade” (*Direito civil. Parte geral...*, 2003, p. 467). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, comentando o novo tratamento dado à simulação, apontam que “embora o novo Código Civil deixe de tratar a simulação ao lado dos demais vícios de

consentimento, deslocando-a para o capítulo referente à ‘Invalidade do Negócio Jurídico’ (art. 167) – em que a considera como causa de nulidade e não mais como causa de anulação do negócio jurídico –, por questão metodológica e didática desenvolveremos o tema seguindo a sistemática tradicional, ou seja, antes da análise da fraude contra credores” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 381). Mais à frente, os jovens baianos conceituam a simulação como sendo vício social. O presente autor está filiado a essa corrente, ou seja, a simulação continua sendo vício social do negócio jurídico, mas que causa a sua nulidade.

Entretanto, essa conclusão está longe de ser pacífica. A título de exemplo, na doutrina atual Inacio de Carvalho Neto (*Curso de direito civil...*, 2006, v. I, p. 433) e Francisco Amaral entendem que a simulação deixou de ser um vício social do negócio jurídico. Para o último doutrinador, a simulação acaba “resultando da incompatibilidade entre esta e a finalidade prática desejada concretamente pelas partes, que desejariam, na verdade, atingir o objetivo diverso da função típica do negócio” (AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, p. 531). A simulação, para o culto professor, atinge a *causa negocial*.

Partindo para o seu conceito, na simulação há um desacordo entre a vontade declarada ou manifestada e a vontade interna. Em suma, há uma discrepância entre a vontade e a declaração; entre a essência e a aparência.

A simulação pode ser alegada por terceiros que não fazem parte do negócio, mas também por uma parte contra a outra, conforme reconhece o Enunciado n. 294 do CJP/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*. Assim, fica superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. A regra não mais prevalece, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública.

Na simulação as duas partes contratantes estão combinadas e objetivam iludir terceiros. Como se percebe, sem dúvida, há um vício de repercussão social, equiparável à fraude contra credores, mas que gera a nulidade e não anulabilidade do negócio celebrado, conforme a inovação constante do art. 167 do CC.

Anteriormente, a simulação somente viciava o negócio jurídico quando houvesse clara intenção de prejudicar terceiros, objetivando o enriquecimento sem causa. Mas esse entendimento não pode mais prevalecer. Segundo o Enunciado n. 152, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, “toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”. Dessa forma, este autor entende que não tem mais qualquer repercussão prática a classificação anterior de simulação maliciosa e inocente, a última tida anteriormente como aquela que não trazia a intenção de prejudicar terceiros. Em havendo simulação de qualquer espécie, o ato é nulo de pleno direito, por atentar contra a ordem pública, como vício social.

Apesar de esse entendimento ter prevalecido na *III Jornada de Direito Civil*, também está longe de ser pacífico. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, a simulação inocente não pode nulificar o negócio jurídico, pois, “não havendo intenção de prejudicar a terceiros ou mesmo de violar a lei, não parece produtora de invalidar o negócio jurídico” (*Direito Civil. Teoria Geral...*, 2006, p. 427). No mesmo sentido pensa Sílvio de Salvo Venosa, para quem “a simulação inocente, enquanto tal, não leva à anulabilidade do ato porque não traz prejuízo a terceiros. O ordenamento não a considera defeito” (*Direito civil...*, 2004, v. I, p. 491). Com o devido respeito, não há como

concordar, pois na simulação a causa da nulidade está relacionada com a repercussão social condenável do ato e não com a intenção das partes, envolvendo a ordem pública. A presunção de dano social, em suma, faz-se presente na simulação.

Em reforço, anote-se que o atual Código Civil não reproduz o art. 103 do CC/1916, segundo o qual a simulação não se consideraria defeito quando não houvesse intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei. Esta é outra razão para dizer que não há que se falar mais em *simulação inocente*. A posição de nulidade é confirmada, entre outros, por Zeno Veloso, para quem “O Código Civil de 2002 não repetiu o preceito, não traz essa ressalva. Seja inocente ou maliciosa, a simulação é sempre causa de nulidade do negócio jurídico” (*Invalidade do negócio jurídico...*, 2005, p. 92).

Como já foi expresso, o art. 167 do CC/2002 reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, mas prevê que subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. O dispositivo trata da *simulação relativa*, aquela em que, na aparência, há um negócio; e na essência outro.

Dessa maneira, percebe-se na simulação relativa dois negócios: um aparente (*simulado*) e um escondido (*dissimulado*). Eventualmente, esse *negócio camuflado* pode ser tido como válido, no caso de simulação relativa. Segundo o Enunciado n. 153 do CJF/STJ, também aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, “na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízo a terceiros”. Completando, na *IV Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 293, pelo qual “Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele”.

Exemplificando, ilustre-se com o caso em que um proprietário cede um imóvel a outrem celebrando, na aparência, um contrato de comodato. Mas, *por detrás dos panos* é cobrado aluguel, havendo uma locação. Aplicando a regra comentada e o teor do enunciado, o comodato é inválido, mas a locação é válida, desde que não ofenda a lei ou os direitos de terceiros e tenha todos os requisitos de validade (art. 104 do CC). Mais uma vez, com esse entendimento, há a busca pela conservação negocial, pela manutenção da autonomia privada.

Outro exemplo pode envolver o contrato de trabalho. Se alguém celebra com outrem um contrato de prestação de serviços regido pelo Código Civil (arts. 593 a 609), mas este, na verdade, revela a presença de todos os requisitos da relação de emprego previstos na CLT, nesse caso será nulo o contrato de prestação de serviços, mas válido será o contrato de trabalho regido pelas leis trabalhistas. Anote-se que o STJ julgou recentemente caso semelhante, em que a empregada figurava como sócia de sociedade empresária de forma simulada. Julgou-se pela nulidade do negócio em decorrência da simulação, concluindo-se ainda pela competência da Justiça do Trabalho para apreciar tais questões (STJ, AgRg nos EDcl no CC 106.660/PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. 14.03.2011 – publicado no *Informativo* n. 466).

O art. 167, § 1.º, do CC elenca hipóteses em que ocorre a simulação, a saber:

- a) De negócios jurídicos que visam a conferir ou a transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem (*simulação subjetiva*).

- b) De negócios que contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (modalidade de *simulação objetiva*).
- c) De negócios cujos instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados (outra forma de *simulação objetiva*).

Sem prejuízo desses casos, em outros a simulação pode estar presente todas as vezes que houver uma disparidade entre a vontade manifestada e a vontade oculta. Isso faz com que o rol previsto no art. 167 do CC seja meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*).

O § 2.º do art. 167 ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado, mantendo relação direta com o princípio da boa-fé objetiva. Traz esse comando legal a *inoponibilidade do negócio simulado frente a terceiros de boa-fé*. Interpretando esse dispositivo (art. 167, § 2.º, do CC), pode-se dizer que o princípio da boa-fé objetiva envolve ordem pública, a exemplo do que ocorre com a função social do contrato (art. 2.035, parágrafo único, do CC).

Isso porque o ato simulado é nulo, envolvendo ordem pública, sendo o caso de nulidade absoluta. Ora, para que o ato seja válido perante terceiros de boa-fé, a boa-fé objetiva deve também ser um preceito de ordem pública. Pois se assim não fosse, não poderia a boa-fé *vencer* o ato simulado.

A partir de todas essas conclusões, quanto ao conteúdo, a simulação pode ser assim classificada:

a) *Simulação absoluta* – situação em que na aparência se tem determinado negócio, mas na essência a parte não deseja negócio algum. Como exemplo, ilustre-se a situação em que um pai doa imóvel para filho, com o devido registro no Cartório de Registro de Imóveis, mas continua usufruindo do mesmo, exercendo os poderes do domínio sobre a coisa. Mesmo o ato sendo praticado com intuito de fraude contra credores, prevalece a simulação, por envolver ordem pública, sendo nulo de pleno direito.

b) *Simulação relativa* – situação em que o negociante celebra um negócio na aparência, mas na essência almeja outro ato jurídico, conforme outrora exemplificado quanto ao comodato e à locação. A simulação relativa, mais comum de ocorrer na prática, pode ser assim subclassificada:

- *Simulação relativa subjetiva* – caso em que o vício social acomete o elemento subjetivo do negócio, pessoa com que o mesmo é celebrado (art. 167, § 1.º, I, do CC). A parte celebra o negócio com uma parte na aparência, mas com outra na essência, entrando no negócio a figura do *testa de ferro*, *laranja* ou *homem de palha*, que muitas vezes substitui somente de fato aquela pessoa que realmente celebra o negócio jurídico ou contrato. Trata-se do *negócio jurídico celebrado por interposta pessoa*.
- *Simulação relativa objetiva* – caso em que o vício social acomete o elemento objetivo do negócio jurídico celebrado, o seu conteúdo. Celebra-se um negócio jurídico, mas na realidade há outra figura obrigacional, sendo mascarados os seus elementos verdadeiros. Vale lembrar o seguinte exemplo: para burlar o fisco determinada pessoa celebra um contrato de comodato de determinado imóvel, cobrando aluguel do comodatário. Na aparência há um contrato de empréstimo, mas na essência, trata-se de uma locação.

Em todos os casos, não importando mais a diferenciação acima construída e sem prejuízo de outras teses defendidas pela doutrina, o negócio celebrado é nulo, pelo fato de a simulação envolver preceitos de ordem pública. Dessa forma, é forçoso concluir que a classificação apontada perde a

sua importância prática. Pelo sistema anterior, considerava-se a simulação relativa como causa de anulabilidade e a simulação absoluta, de nulidade.

Encerrando o tratamento da simulação, algumas palavras devem ser ditas quanto à *reserva mental*.

A *reserva mental ou reticência essencial*, prevista no art. 110 do CC/2002, quando ilícita e conhecida do destinatário, é vício social similar à simulação absoluta gerando a nulidade do negócio jurídico. Aqui, é interessante transcrever o inteiro teor do comando em questão: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tenha conhecimento”. A redação é complicada, até de difícil compreensão, distante da operabilidade que orienta o Código Civil de 2002.

Sobre esse novo conceito, anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que “entende-se por reserva mental a emissão intencional de uma declaração não querida em seu conteúdo. Se o declarante diz o que não pretende e o destinatário não sabia que o declarante estava blefando, subsiste o ato. Na hipótese inversa, quando o destinatário conhecia o blefe, é óbvio que não poderia subsistir o ato, uma vez que ambas as partes estavam sabendo que não havia intenção de produzir efeitos jurídicos. O destinatário não se enganou, logo não poderia querer obrigar o declarante, quando sabia que aquela não era a sua manifestação de vontade” (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 82).

Resumindo, a reserva mental opera da seguinte forma:

- Se a outra parte dela não tem conhecimento, o negócio é válido.
- Se a outra parte conhece a reserva mental, o negócio é nulo, pois o instituto é similar à simulação.

Na reserva mental o propósito pode ser tanto de prejudicar o declaratório – o outro negociante –, quanto terceiros, conforme anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código Civil comentado...*, 2005, p. 228). Para esses doutrinadores, contudo, o ato atingido pela reserva mental seria inexistente, não nulo.

Como foi dito, o presente autor entende que a reserva mental ilícita gera nulidade absoluta do negócio. De qualquer modo, a questão divide a doutrina. Também entendendo pela nulidade, comenta Sílvio de Salvo Venosa que “Quando a reserva mental é de conhecimento do declaratório, a situação em muito se aproxima da simulação, do acordo simulatório, tanto que, nessa hipótese, parte da doutrina equipara ambos os institutos. No entanto, o que caracteriza primordialmente a reserva mental é a convicção do declarante de que o declaratório ignora a mentira. Todavia, se o declaratório efetivamente sabe da reserva e com ele compactua, os efeitos inelutavelmente serão de simulação, com aplicação do art. 167” (*Direito civil...*, 2004, v. I, p. 495). Igualmente, Álvaro Villaça Azevedo afirma que “a reserva mental conhecida pelo destinatário considera-se simulação, sendo, portanto, nulo o negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167, caput, 1.^a parte, do atual Código Civil” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 183).

Do Direito Alemão, anote-se que a solução apontada por Karl Larenz quanto à reserva mental igualmente é a nulidade absoluta do negócio jurídico correspondente. Ao comentar o art. 116 do Código Civil Alemão, demonstra o doutrinador que, como regra, uma declaração de vontade não é

nula porque o declarante fez a reserva mental secreta de não querer o que declarou. Não obstante, ensina que o ato será nulo quando a outra parte descobre tal omissão secreta (*Derecho civil...*, 1978, p. 496).

É interessante aqui apontar os exemplos de reserva mental indicados por Nelson Nery e Rosa Nery. Como se poderá perceber, a similaridade com a simulação é imensa (*Código Civil comentado...*, 2005, p. 229):

- a) Declaração do autor de uma obra literária que anuncia que o produto da venda de seus livros será destinado a uma instituição de caridade. Entretanto, o único objetivo é aumentar a venda das obras. Se os compradores dos livros têm conhecimento da reserva, a venda pode ser nulificada.
- b) Declaração do testador que, com o objetivo de prejudicar herdeiro, faz disposição em benefício de quem se diz devedor, o que não é verdade.
- c) Um homem visando exclusivamente ter relação sexual com uma mulher diz que a tomará como esposa.
- d) Uma pessoa declara verbalmente a outra vender-lhe certo bem móvel para enganá-lo, julgando erradamente que a lei sujeita essa venda a escritura pública, pelo qual será nulo o contrato por vício de forma.
- e) Estrangeiro em situação irregular no País casa-se com mulher brasileira para não ser expulso pelo serviço de imigração. Se a mulher sabe dessa omissão feita, o casamento será nulo. Se não sabe, o casamento permanece válido.
- f) Promessa de mútuo feita a um moribundo insolvente como motivo de consolo.

Os exemplos são interessantes para a compreensão do instituto. Todavia, em uma análise crítica, percebe-se que a reserva mental teve pouca aplicação prática nesses oito anos de Código Civil. Surgiu como grande novidade, mas repercutiu muito pouco. Consigne-se que, muitas vezes, partes negociais têm alegado a presença da reserva mental, o que não convence a jurisprudência. Ilustrando, transcreve-se julgado do Tribunal Paulista:

“Dano moral. Responsabilidade civil. Dano material. Protesto indevido de título. Ré ainda ajuizou, por conta do mesmo indevido protesto do título, ação falimentar em face da autora. Alegação de que a autora utilizou-se do instituto da reserva mental, do artigo 110 do Código Civil. Inadmissibilidade. Provas dos autos que confirmam o efetivo dano sofrido pela autora com a restrição creditícia que equivocadamente lhe foi imposta. Condenação por danos morais no patamar reduzido de cinquenta vezes o valor do título. Recurso improvido” (TJSP, Acórdão 906.238-0/6, São José do Rio Preto, 27.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beatriz Braga, j. 02.05.2006).

Mais recentemente, do mesmo Tribunal, também não aplicando o conceito de reserva mental, por não convencer os julgadores:

“Prestação de serviços educacionais. Ação de indenização por reparação de dano material e

moral. Lucro cessante. Curso de mestrado em comunicação social não reconhecido pela CAPES/MEC. Termo de acordo firmado entre as partes. Alegação de vício de consentimento. Não caracterizado. Acordo válido. Prevalência da manifestação de vontades. Inadmissibilidade da chamada reserva mental. O autor não é pessoa simples ou deslustrada, que se submeteria a assinar um termo de acordo, sem conhecer seus termos e sem avaliar suas consequências. Acordo claro e inequívoco firmado entre as partes que deve subsistir em razão da boa-fé objetiva. No presente caso o acordo é oponível ao consumidor que não é pessoa intelectual e economicamente simples. Sentença reformada. Recurso da requerida provido e recurso do autor não provido” (TJSP, Apelação 994.05.020068-0, Acórdão 4591137, Santos, 9.^a Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 25.11.2009, *DJESP* 04.08.2010).

7.9 DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. A TEORIA DAS NULIDADES DO NEGÓCIO JURÍDICO

7.9.1 Introdução

De acordo com a melhor doutrina, a expressão *invalidade* em sentido amplo é empregada para designar o negócio que não produz os efeitos desejados pelas partes envolvidas. O Código Civil de 2002 fez a opção de utilizar a expressão, tratada entre os seus arts. 166 a 184, os quais consubstanciam a chamada *teoria das nulidades do negócio jurídico*.

Outros autores preferem utilizar a expressão *ineficácia*, que representa a situação em que o negócio jurídico não gera efeitos. Entendemos ser melhor utilizar a expressão que consta da novel lei, sendo certo que o ato inválido é também ineficaz, em regra, diante da *Escada Ponteanana*, outrora demonstrada.

Assim, a invalidade e a correspondente ineficácia do negócio jurídico abrangem, segundo a clássica doutrina do Direito Civil:

A invalidade do negócio jurídico abrange:	A inexistência do negócio jurídico
	A nulidade absoluta – negócio nulo
	A nulidade relativa ou anulabilidade – negócio anulável

Ressalte-se que a inexistência do negócio jurídico é estudada neste ponto, pois as situações, muitas vezes, são resolvidas pelo caminho da nulidade. Em reforço, sendo o negócio inexistente, será também inválido.

Os casos que se passam a estudar a partir de então são importantíssimos para todo o Direito Privado. Nunca é demais lembrar que todo contrato constitui negócio jurídico bilateral. Desse modo, os casos de nulidade e anulabilidade negocial são causas de nulidade e anulabilidade contratual, que geram a extinção dos pactos por causas anteriores ou contemporâneas à sua celebração.

Segue-se, então, na análise de tais situações, especificamente.

7.9.2 Da inexistência do negócio jurídico

O negócio inexistente é aquele que não gera efeitos no âmbito jurídico, pois não preencheu os seus requisitos mínimos, constantes do seu plano de existência. São in-existentes os negócios jurídicos que não apresentam os elementos que formam o suporte fático: partes, vontade, objeto e forma.

Para os adeptos dessa teoria, em casos tais, não é necessária a declaração da invalidade por decisão judicial, porque o ato jamais chegou a existir – não se invalida o que não existe. Costuma-se dizer que o *ato inexistente é um nada para o Direito*.

Como se extrai dos clássicos, a *teoria da inexistência do negócio jurídico* surgiu em 1808 pelo trabalho de Zacarias (ou Zacchariae), para solucionar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eis que não havia previsão no Código Francês a respeito da sua nulidade. Vejamos as palavras de Sílvio Rodrigues a respeito da eclosão da ideia:

“A ideia surgiu na doutrina francês, através da obra de Zacarias, e apareceu para solucionar um problema que se propunha de maneira relevante, em matéria de casamento. Neste campo, e para manter a estabilidade do matrimônio, a doutrina apregoa e a jurisprudência acolhe o preceito de que não há nulidade virtual, ou seja, todas as eventuais nulidades do casamento devem constar expressamente da lei. *Pás de nullité sans texte!* Casos aparecem, entretanto, em que, embora não se encontre texto de lei, é inconcebível o casamento. Assim, por exemplo, a hipótese de matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo. Embora a lei silencie sobre tal nulidade, é evidente que tal conúbio não pode sobreviver, pois é do próprio conceito de matrimônio ser ele a reunião de sexo diverso” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil...*, 1994, v. 1, p. 290-291).

Pontue-se, em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, que há tendência de seu conhecimento nos países ocidentais evoluídos. Veja-se, no Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 5 de maio de 2011, reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar (publicada no *Informativo* n. 625 do STF). O julgado motivou decisões seguintes de admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo em nosso País, conforme aprofundamentos que constam do Volume 5 desta coleção. Sucessivamente, muitas unidades da federação, caso do Estado de São Paulo, acabaram por regulamentar a possibilidade de sua celebração nos Cartórios de Registro Civil, por meio de normas das Corregedorias dos respectivos Tribunais Estaduais.

Em 2013, o Conselho da Justiça Federal, por bem, editou a Resolução 175, estabelecendo que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (art. 1.º). Em complemento, estatui-se que “a recusa prevista no art. 1.º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis” (art. 2.º).

Como se nota, o exemplo que motivou o desenvolvimento da teoria da inexistência esvaziou-se na realidade jurídica brasileira.

Pois bem, alguns autores não são adeptos da *teoria da inexistência do ato ou negócio jurídico*, uma vez que o Código trata apenas do negócio nulo e anulável. De qualquer forma, vários

doutrinadores de quilate seguem essa teoria, consubstanciada nos três planos apontados por Pontes de Miranda, caso, por exemplo, de Caio Mário da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Renan Lotufo, Antônio Junqueira de Azevedo, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Sílvio de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Amaral, Zeno Veloso, José Fernando Simão, entre outros.

Contrários à teoria da inexistência estão Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. As críticas de Sílvio Rodrigues à ideia de inexistência são bem conhecidas pela civilística nacional. Para este clássico doutrinador, a teoria da inexistência seria inexata, inútil e inconveniente. Inexata, pois, muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. Inconveniente, uma vez que, sendo considerada desnecessária uma ação judicial para afastar os efeitos do negócio inexistente, o direito à prestação jurisdicional está sendo afastado, principalmente no que concerne às pessoas de boa-fé (*Direito civil...*, 1994, v. 1, p. 291-292).

Desse modo, para a corrente doutrinária que não aceita a ideia de ato inexistente, os casos apontados como de inexistência do negócio jurídico são resolvidos com a solução de nulidade. A questão está devidamente aprofundada no Volume 3 (Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie) e no Volume 5 (Direito de Família) da presente coleção.

Ressalte-se que, como não há qualquer previsão legal a respeito da inexistência do negócio jurídico, a teoria da inexistência não foi adotada expressamente pela novel codificação, a exemplo do que ocorreu com o Código de 1916. Como foi demonstrado, o art. 104 do Código Civil de 2002 trata diretamente do plano da validade, assim como o faz a primeira parte do art. 2.035 da mesma codificação. Na realidade, implicitamente, o plano da existência estaria inserido no plano da validade do negócio jurídico. Por isso é que, em tom didático, pode-se afirmar que *o plano da existência está embutido no plano da validade*.

No campo prático, sabe-se que não há sequer a necessidade de se promover a ação correspondente, para declarar o *negócio jurídico inexistente*. Mas, eventualmente, haverá a necessidade de propositura de demanda, a fim de afastar eventuais efeitos decorrentes dessa inexistência de um negócio celebrado, caso, por exemplo, de um casamento. Para essa ação, segundo os adeptos da inexistência, devem ser aplicadas as mesmas regras previstas para a nulidade absoluta.

Nesse ponto reside crítica contundente e prática à teoria da inexistência, por ser muito mais fácil considerar o negócio como nulo, subsumindo as regras previstas para a nulidade absoluta, percorrendo *caminho mais tranquilo*, didática e juridicamente. Dessa forma, as hipóteses para as quais tais autores apontam a inexistência são, de forma indireta, casos de nulidade absoluta.

7.9.3 Da nulidade absoluta

Em sentido amplo, a nulidade é conceituada pela doutrina como sendo a sanção imposta pela lei que determina a privação de efeitos jurídicos do ato negocial, praticado em desobediência ao que a norma jurídica prescreve (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, v. 1, p. 447). A nulidade é a consequência prevista em lei, nas hipóteses em que não estão preenchidos os requisitos básicos para a existência válida do ato negocial.

Duas são as espécies de nulidades, concebendo-se a palavra em sentido amplo ou *lato sensu*: nulidade absoluta (nulidade *stricto sensu*) e nulidade relativa (ou anulabilidade). Trataremos, inicialmente, da primeira hipótese.

Nessa, o negócio jurídico não produz efeitos, pela ausência dos requisitos para o seu plano de validade (art. 104 do CC). A nulidade absoluta ofende regramentos ou normas de ordem pública, sendo o negócio absolutamente inválido, cabendo ação correspondente para declarar a ocorrência do vício.

O art. 166 do CC/2002 estabelece as hipóteses de nulidade, a saber:

- a) Quando o negócio for celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação, conforme rol que consta do art. 3.º do CC, já visualizado (inciso I).
- b) Na hipótese em que o objeto do negócio for ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável. A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica (inciso II). Em relação à ilicitude do objeto, na esteira das lições *ponteanas*, trata-se do *ilícito nulificante*, “que tem por pressupostos o ser contrário a direito, isto é, o infringir princípio do ordenamento jurídico (pressuposto objetivo)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, 1974, t. III, p. 144). Há ainda o *ilícito indenizante*, que gera responsabilidade civil, a ser estudado no próximo volume desta coleção. Por fim, segundo Pontes de Miranda, o *ilícito caducificante* gera a perda de direitos, como ocorre nas hipóteses de perda do poder familiar, estudadas no Volume 5 desta série bibliográfica.
- c) Quando o motivo determinante do negócio, para ambas as partes, for ilícito. Como já analisado, o motivo está no plano subjetivo do negócio, na intenção das partes. Não se confunde, portanto, com a causa negocial, que reside no plano objetivo. Sobre essa previsão, constante do art. 166, III, do CC, ensina Zeno Veloso que “o negócio, em si, não tem objeto ilícito, mas a nulidade é determinada porque, no caso concreto, houve conluio das partes para alcançar um fim ilegítimo e, eventualmente, criminoso. Por exemplo: vende-se um automóvel para que seja utilizado num sequestro; empresta-se uma arma para matar alguém; aluga-se uma casa para a exploração de lenocínio. A venda, o comodato e o aluguel não são negócios que contrariem o Direito, muito ao contrário, mas são fulminados de nulidade, nos exemplos dados, porque o motivo determinante deles, comum a ambas as partes, era ilícito” (*Invalidez do negócio jurídico...*, 2005, p. 77).
- d) Quando o negócio não se revestir da forma prescrita em lei ou quando for preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para a sua validade (incisos IV e V). Como a solenidade constitui uma espécie de forma, não haveria a necessidade da última previsão. Assim, os dois incisos devem ser aplicados para o caso de uma compra e venda de imóvel com valor superior a trinta salários mínimos, em que não foi elaborado o contrato por escritura pública, negócio esse que é nulo de pleno direito.
- e) Haverá também nulidade do negócio que tiver como objetivo fraudar a lei imperativa. Quanto à previsão do inciso VI do art. 166 do CC, ensina Zeno Veloso que a previsão não se confunde com a ilicitude do objeto. Isso porque, na fraude à lei, há uma infringência oblíqua ou indireta da norma proibitiva. A título de exemplo, o jurista cita o caso de uma retrovenda

celebrada, cujo objetivo é o de dar aparência de legalidade a um contrato de mútuo em que foram cobrados juros abusivos (*Invalidez do negócio jurídico...*, 2005, p. 84).

- f) Nulo será o negócio quando a lei expressamente o declarar (*nulidade expressa* ou *textual*) ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (*nulidade implícita* ou *virtual*). Ambas as hipóteses constam do art. 166, VII, do CC. Como caso de *nulidade textual*, exemplifica-se com a vedação da doação universal de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (art. 548 do CC). Como exemplo de *nulidade implícita ou virtual*, vale citar a previsão do art. 426 do CC/2002, pelo qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva (vedação do pacto sucessório ou *pacta corvina*). O comando legal, no último caso, apenas veda o ato, não prevendo a sanção, que, no caso, é a *nulidade absoluta virtual*.

Além das situações previstas no art. 166 do CC, foi estudado que o negócio simulado também é nulo, subsistindo apenas o que se dissimulou (art. 167 do CC). Aqui se repise que qualquer modalidade de simulação, mesmo a inocente, é invalidante.

Ainda, conforme analisado quando do estudo dos vícios da vontade, ensina parte da doutrina que o negócio jurídico eivado de coação física (*vis absoluta*) é nulo de pleno direito, pela ausência de vontade, enquadrando-se o paciente na hipótese do art. 3.º, III, do CC. Vale repetir que alguns doutrinadores entendem que a hipótese é de negócio inexistente.

Superada a análise dos casos envolvendo a nulidade absoluta, é imperioso verificar quais *os efeitos e procedimentos* decorrentes do seu reconhecimento.

Inicialmente, quando há nulidade absoluta, deve ser proposta uma *ação declaratória de nulidade* que segue, regra geral, o rito ordinário. Essa ação, diante de sua natureza predominantemente declaratória, é imprescritível, ou melhor, tecnicamente, não está sujeita a prescrição ou decadência. A imprescritibilidade ainda está justificada porque a nulidade absoluta envolve preceitos de ordem pública, impedindo, conseqüentemente, que o ato convalesça pelo decurso do tempo (art. 169 do CC).

Dessa forma, com a emergência do Código Civil de 2002, não cabe mais a alegação da prescritibilidade em vinte anos (agora, dez anos – art. 205 do CC), da referida ação de nulidade, tese que não pode mais prosperar. Em reforço e oportunamente, será demonstrado que, quanto à matéria de prescrição e decadência, adotou a nova codificação os critérios científicos propostos por Agnelo de Amorim Filho, que relaciona a imprescritibilidade às ações declaratórias (*RT* 300/7 e 744/725).

De toda sorte, cabe deixar claro que a questão não é pacífica, na doutrina e na jurisprudência, sendo pertinente expor as correntes principais a respeito da controvérsia.

De início, adotando a premissa da imprescritibilidade seguida por este autor, leciona Álvaro Villaça Azevedo que “a ação de nulidade, a seu turno, é imprescritível” (*Teoria...*, 2012, p. 350). Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o art. 169 da atual codificação encerrou polêmica anterior, “para extinguir com a divergência na doutrina, o presente Código é expresso em relação à imprescritibilidade do negócio jurídico” (*Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 191). Na mesma linha, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado ponderam que “esclarece o legislador que o negócio nulo *ipso iure* não pode ser confirmado e que o direito de postular a

declaração de sua nulidade não se sujeita à decadência” (*Código...*, 2005, p. 108). Por fim, as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem, “percebe-se, assim, em que pese antigas divergências doutrinárias, que o ato nulo não prescreve” (*Curso...*, 10. ed., 2012, p. 612. v. 1).

Na jurisprudência superior já se reconhecia, antes mesmo do Código Civil de 2002, que “a ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico. Inaplicabilidade à espécie dos arts. 177 e 178 do Código Civil. Precedentes desta Corte” (STJ, REsp 38.549/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. 08.06.2000, *DJ* 28.08.2000, p. 70). Ou, ainda, posicionava-se que: “as nulidades de pleno direito invalidam o registro (Lei 6.015/1973, art. 214). Princípio da continuidade. Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da 3.^a Turma do STJ, ‘Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição’ (REsp.12.511, *DJ* de 04.11.1991)” (STJ, REsp 89.768/RS, Rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 04.03.1999, *DJ* 21.06.1999, p. 149).

Os acórdãos mais recentes da Corte Superior não discrepam de tal solução. Vejamos ementa publicada em 2013, seguindo o mesmo caminho da imprescritibilidade da nulidade absoluta:

“Recursos especiais. Falência. Dação em pagamento. Nulidade. Forma prescrita em lei. Alienação. Terceiros de boa-fé. Decisão que não ultrapassa os limites da lide. Legitimidade. Decadência. Prescrição. Retorno das partes ao estado anterior. Enriquecimento ilícito não configurado. Obrigação contratual. Juros de mora. Termo inicial. Honorários. Ação desconstitutiva. 1. O julgamento que levou em consideração causa de pedir e pedido, aplicando a melhor solução à espécie, não é *extra* nem *ultra petita*. 2. A indenização fixada com base nas circunstâncias próprias do caso (valor do negócio anulado), na legislação pertinente (art. 182 do CC), e em decisão judicial fundamentada e atenta aos limites da controvérsia, não caracteriza enriquecimento ilícito. 3. Tratando-se de ação de nulidade de negócio jurídico e não a típica revocatória, não há que se falar em aplicação do art. 55 do DL 7.661/1945, com legitimidade apenas subsidiária dos demais credores em relação ao Síndico da massa. Qualquer credor habilitado é, em princípio, parte legítima para propor a ação de anulação (art. 30, II, do DL 7.661/1945). 4. Cuidando-se de ação anulatória, tampouco se aplica o prazo do art. 56, § 1.º, do DL 7.661/1945. 5. Os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo. (Precedentes). 6. Constatado que o retorno à situação fática anterior é inviável, não resta ao julgador que declarou nulo negócio jurídico outro caminho que não a determinação da resolução mediante recompensa monetária, nos termos do art. 182, do Código Civil, que também se aplica à nulidade absoluta. 7. Os honorários na ação de natureza predominantemente desconstitutiva, ainda que tenha como consequência lógica uma condenação, devem ser fixados nos termos do art. 20, § 4.º, do CPC. 8. Tratando-se de obrigação contratual, os juros de mora contam-se a partir da citação (arts. 397, do CC, e 219, do CPC). 9. Recursos Especiais improvidos” (STJ, REsp 1.353.864/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 07.03.2013, *DJe* 12.03.2013).

Porém, há uma outra corrente que entende que os atos nulos estão sujeitos ao maior prazo de prescrição previsto em lei para a sua declaração de nulidade, especialmente no que toca aos efeitos patrimoniais. Assim, aplicar-se-ia o prazo geral de prescrição de dez anos, previsto no art. 205 da atual codificação. Essa é a opinião, por exemplo, de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, citando Caio Mário da Silva Pereira e outros julgados do STJ (*Código Civil interpretado...*, 2003, p. 316. v. 1).

Por fim, é possível expor uma corrente que representa uma *terceira via*, pois há quem sustente que a ação para declarar o ato nulo é sempre imprescritível, aplicando-se a prescrição para outras pretensões decorrentes da nulidade do negócio jurídico. A título de exemplo, eventual pedido de reparação civil estaria sujeito ao prazo de três anos tratado pelo art. 206, § 3.º, inc. V, do atual Código Civil. Nessa trilha, o Enunciado n. 536, da *VI Jornada de Direito Civil*: “Resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição”. As justificativas do enunciado citado merecem destaque:

“Parece preponderar na doutrina pátria, não sem discordância respeitável, o entendimento de que não há prescrição da pretensão ao reconhecimento de nulidade em negócio jurídico, embora os seus adeptos optem pela apresentação de fundamentos distintos. Nesse sentido, argumenta-se que a ação de nulidade é de natureza constitutiva e, quando não se encontra submetida a prazo decadencial específico, é imprescritível. Na direção contrária, sustenta-se que, quanto às nulidades, a ação manejável é a declaratória, insuscetível de prescrição ou decadência. O tema, na seara pretoriana, ainda não recebeu tratamento uniforme, havendo precedentes tanto pela sujeição à prescrição com a aplicação do prazo geral quanto pela imprescritibilidade. A redação do art. 169 do Código Civil, ao explicitar que o negócio jurídico eivado de nulidade não subsiste pelo decurso do tempo, favorece a corrente da imprescritibilidade por qualquer dos raciocínios acima, principalmente diante do fato de que o art. 179, em complemento, somente estabelece o prazo genérico de decadência para as hipóteses de negócios anuláveis. Considerada como premissa a imprescritibilidade, deve-se proceder à diferenciação entre o pleito tendente unicamente ao reconhecimento da invalidade dos efeitos patrimoniais dela decorrentes. Quanto a estes, não se pode desconhecer a possibilidade de surgimento de pretensão, de modo a tornar inelutável a incidência da prescrição”.

Com o devido respeito, o presente autor entende que os efeitos patrimoniais da ação de nulidade também não estão sujeitos à prescrição, pois a ordem pública relativa ao ato nulo prevalece em casos tais. Em suma, se reconhecida a prescritibilidade da pretensão, a declaração de nulidade pode não produzir qualquer efeito jurídico, inclusive nos casos citados nas justificativas do enunciado doutrinário, ao qual não se filia.

Feita tal pontuação e seguindo no estudo do tema, as nulidades absolutas, por envolverem ordem pública, podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (art. 168 do CC). Também por envolverem o interesse de todos, as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos (art. 168, parágrafo único, do CC). Trata-se da tão comentada declaração de ofício ou *ex officio* pelo magistrado, sempre indispensável quando os interesses da coletividade estiverem em jogo. Pelo

mesmo dispositivo, a nulidade absoluta não pode ser suprida, sanada, pelo magistrado mesmo a pedido da parte interessada.

O citado art. 169 do CC enuncia que o negócio jurídico nulo não pode ser confirmado pelas partes, nem convalesce pelo decurso do tempo. Dessa forma, o ato não pode ser convalidado ou aproveitado. Regra geral, a nulidade absoluta tem um *efeito fatal*, liquidando totalmente o negócio. Consequência prática desse efeito é o que consta do art. 367 do CC, pelo qual não podem ser objeto de novação as obrigações nulas, eivadas de nulidade absoluta. O instituto da novação está aprofundado no Volume 2 da presente coleção, no capítulo que trata do pagamento indireto da obrigação.

Como inovação importante, o Código Civil de 2002 admite a conversão do negócio jurídico nulo em outro de natureza diferente, conforme o seu art. 170, que prescreve: “Se o negócio jurídico nulo contiver requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Sobre o tema, é pertinente citar o excelente trabalho de Cláudio Belmonte, fundamentado nesse dispositivo e em outros (*Proteção contratual do consumidor...*, 2002).

De qualquer sorte, o dispositivo recebe críticas contundentes da doutrina. Antes mesmo da entrada em vigor do Código de 2002, o tema havia sido estudado por João Alberto Schützer Del Nero (*Conversão substancial...*, 2001). Comentando o então anteprojeto, o jurista já apresentava as seguintes críticas quanto ao atual art. 170 do Código Civil brasileiro: “a) assim como o § 140 do Código Civil alemão e o artigo 1.424 do Código Civil italiano, seria possível a conversão do negócio jurídico apenas em caso de nulidade, não de anulabilidade, nem de ineficácia, em sentido estrito literal do texto – à diferença do artigo 293.º do Código Civil português, que refere expressamente as hipóteses de nulidade e de anulabilidade; b) a expressão ‘permitir supor que o teriam querido’ não é clara porque tanto poderia referir o querer dirigido ao outro negócio jurídico (e esse parece ser o entendimento mais adequado), como o querer dirigido à subsistência do outro negócio jurídico, ou seja, a chamada ‘intenção ou vontade de conversão’ (*Konversionsabsicht, Konversionswille* ou *animus convertendi*); e c) o emprego do verbo ‘subsistir’ poderia sugerir que o outro negócio jurídico já estava, por assim dizer, contido no primeiro e, portanto, não haveria propriamente conversão, mas, sim, apenas manutenção do (outro) negócio jurídico” (*Conversão substancial...*, 2001, p. 278).

As críticas se justificam, somando-se o fato de que o dispositivo é mal escrito e de difícil compreensão pela comunidade jurídica em geral.

Quanto ao tema da conversão do negócio nulo, o seu reconhecimento contraria a sistemática anterior, pela qual não era admitido o aproveitamento do negócio jurídico nulo. Nesse sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes dizia, com muita propriedade, que a nulidade tinha efeitos destruidores, eis que “nada deve restar do contrato, nenhum efeito, pelo menos futuro, dele pode exsurgir” (*Curso de direito civil...*, 1988, v. I, p. 450). Com a nulidade absoluta o negócio era aniquilado, *transformando-se em cinzas*.

Na atualidade, é possível a conversão do negócio nulo em outro negócio jurídico, aproveitando-o em certo sentido. Para tanto, a lei exige um *elemento subjetivo*, eis que é necessário que os contratantes queiram o outro negócio ou contrato para o qual o negócio nulo será convertido. Implicitamente, devem ter conhecimento da nulidade que acomete o pacto celebrado.

Segundo o Enunciado n. 13 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, há também um *requisito objetivo*, eis que “o aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se”. Pelo que consta do enunciado, é necessário que a situação fática permita a conversão, particularmente pela certa similaridade entre os elementos do negócio nulo e daquele para o qual ocorrerá a conversão. Em outras palavras, o negócio a ser convertido deve apresentar os pressupostos de existência (*suporte fático*) e os requisitos de validade, ou seja, os *dois primeiros degraus da Escada Ponteana*.

Nesse sentido, a conversão do negócio jurídico constitui o meio jurídico pelo qual o negócio nulo, respeitados certos requisitos, transforma-se em outro negócio, totalmente válido, visando à conservação contratual e à manutenção da vontade, da autonomia privada.

Roberto Senise Lisboa aponta duas teorias em relação à conversão do negócio jurídico. A primeira, denominada *teoria objetiva*, aponta que é desnecessária a apreensão da vontade negocial originária, havendo apenas uma correção da quantificação jurídica do negócio. A segunda, adotada pelo Código Civil Brasileiro, denominada *teoria subjetiva*, segue o entendimento “pelo meio do qual deve o intérprete concluir se subsistiu uma vontade negocial subsidiária, expressa ou tácita, para a conversão”. Há, nessa última, uma “presunção de vontade (uma vontade hipotética, conforme Cariota Ferrara)” (*Manual de direito civil...*, 2004, v. I, p. 488). A conclusão é de que o art. 170 do CC traz uma conversão *subjetiva e indireta*. *Subjetiva* porque exige a vontade das partes; *indireta* porque o negócio nulo é convertido em outro.

Desse modo, na busca da *verdade real do negócio*, procura-se o equilíbrio entre as partes, afastando-se o caráter individualista e o tecnicismo da codificação anterior. Nesse ponto, há contato com o princípio da função social do contrato, eis que o negócio é analisado no plano prático, concreto, conforme defendido na obra *A função social dos contratos*, desde a sua primeira edição (2005, p. 224). Valoriza-se eventual vontade concreta das partes, mediante uma manifestação posterior. Em reforço, essa conversão está em total sintonia com o princípio da conservação negocial, para o aproveitamento dos negócios jurídicos e das vontades nestes consubstanciadas.

Passando ao campo concreto, como exemplo de conversão do negócio jurídico nulo, pode ser citada a ausência de escritura pública em venda de imóvel com valor superior a trinta salários mínimos, o que acarreta a nulidade absoluta do ato, conforme analisado outrora, quando da discussão do art. 108 do CC. Pela aplicação dos arts. 170 e 462 do CC em vigor, há a possibilidade de esse ato ser aproveitado, transformando-se a compra e venda nula em compromisso bilateral de compra e venda – espécie de contrato preliminar. Isso porque o último dispositivo prescreve que “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

Para tanto, imprescindível que as partes, após manifestações de vontade livres, denotem as suas intenções de celebrar esse novo negócio jurídico, elemento subjetivo sem o qual a conversão não é possível. Além disso, o negócio a ser convertido deve ter os requisitos mínimos do outro negócio, o que possibilita a sua convalidação, mas com outros efeitos jurídicos.

A encerrar a análise da nulidade absoluta, pertinente recordar que a sentença que declara a nulidade absoluta tem efeitos *erga omnes*, contra todos, diante da emergência da ordem pública. Os efeitos declaratórios dessa decisão são também *ex tunc*, retroativos ou retrooperantes, desde o

momento de trânsito em julgado da decisão até o surgimento do negócio tido como nulo. Em outras palavras e no campo concreto, devem ser considerados nulos todos os atos e negócios celebrados nesse lapso temporal.

Deve ser feita a ressalva de que há uma clara tendência de se tutelar terceiros ou negociantes de boa-fé em face dos atos nulos. Seguindo tal esteira, o preciso Enunciado n. 537, da *VI Jornada de Direito Civil, in verbis*: “A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela”.

O presente autor é totalmente favorável à linha adotada pelo enunciado doutrinário. Para ilustrar, vale o seguinte exemplo, geralmente utilizado em aulas e exposições sobre o assunto: imagine-se que alguém compra um imóvel de certa pessoa que parecia estar dotada de condições psicológicas normais quando da prática do ato. Posteriormente, a pessoa é interditada e o laudo médico aponta que o vendedor já era enfermo e deficiente mental sem discernimento para a prática dos atos da vida civil quando a venda foi realizada. Pela regra geral de nulidade, o contrato será declarado nulo, atingindo também eventuais terceiros de boa-fé, pelos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da sentença declaratória de nulidade absoluta.

Com o devido respeito, como a eticidade é um dos fundamentos da atual codificação, não há como percorrer o último caminho, devendo os negócios serem preservados em face das partes que agiram de boa-fé. Notadamente no caso exposto, a boa-fé é cristalina se o vendedor não aparentava a situação de enfermidade quando o ato foi celebrado.

Como últimas palavras sobre o tema, infelizmente, a única ressalva expressa quanto ao negociante de boa-fé encontrável na parte geral do Código Civil diz respeito aos terceiros de boa-fé frente ao negócio jurídico simulado (art. 167, § 2.º, do CC/2002). Tal premissa deveria constar como parágrafo único do art. 166, alcançando todas as hipóteses de nulidade absoluta, não só em face de terceiros, mas também quanto a qualquer negociante direto do ato que esteja movido por uma boa conduta. Automaticamente, a boa-fé venceria não só os negócios jurídicos nulos, mas também os anuláveis. Pela falta de previsão legal nesse sentido, cabe à doutrina e à jurisprudência realizar a devida ponderação entre a boa-fé e as invalidades dos negócios, buscando a conservação dos atos como premissa-regra.

7.9.4 Da nulidade relativa ou anulabilidade

Como se sabe, a nulidade relativa envolve preceitos de ordem privada, de interesse das partes, o que altera totalmente o seu tratamento legal, se confrontada com a nulidade absoluta, antes estudada.

As hipóteses de nulidade relativa ou anulabilidade constam do art. 171 da novel codificação, a saber:

- a) Quando o negócio for celebrado por relativamente incapaz, sem a devida assistência, conforme rol que consta do art. 4.º do CC.
- b) Diante da existência de vício a acometer o negócio jurídico, como o erro, o dolo, a coação moral ou psicológica, a lesão, o estado de perigo ou a fraude contra credores. Lembre-se que a coação física e a simulação são vícios do negócio jurídico que geram a sua nulidade

absoluta, não a nulidade relativa.

- c) Nos casos especificados de anulabilidade. Exemplifica-se, mais uma vez, com as previsões dos arts. 1.647 e 1.649 do atual Código Civil. Para determinados atos, elencados no primeiro dispositivo, como no caso da venda de bem imóvel, a norma exige a outorga uxória (mulher) ou marital (marido). Desrespeitado esse dispositivo, caberá ação anulatória a ser promovida pelo cônjuge, no prazo decadencial de dois anos, contados do fim da sociedade conjugal (art. 1.649). No decorrer desta coleção são analisados outros casos de anulabilidade expressos na norma codificada.

Nos casos de anulabilidade, o seu reconhecimento deverá ser pleiteado por meio da denominada *ação anulatória*, que também segue, regra geral, o rito ordinário. Tal ação tem natureza constitutiva negativa, estando relacionada com direitos potestativos, o que justifica os prazos decadenciais a ela referidos (critério científico de Agnelo de Amorim Filho, objeto do próximo capítulo). Esses prazos, regra geral, estão previstos nos arts. 178 e 179 do CC/2002, cuja transcrição integral é pertinente:

“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”.

“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”.

O primeiro dispositivo deve ser aplicado em casos específicos, envolvendo a capacidade relativa e os vícios do negócio jurídico. Nos casos relacionados à incapacidade relativa e a coação, os prazos são contados da cessão, o que parece justo e correto. Nas situações de erro, dolo, coação moral, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, o início do prazo se dá com a realização do negócio, o que deve ser tido como celebração do ato, ou seja, quando ele passa a ser válido no campo jurídico (DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 203).

Não tem sido diferente a dedução jurisprudencial (STJ, REsp 868.524/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 09.02.2010, *DJe* 12.03.2010; STJ, REsp 1.025.920/RO, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.04.2010, *DJE* 27.04.2010; TJDF, Recurso n. 2004.01.1.019818-2, Acórdão n. 400.192, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Otávio Augusto, *DJDFTE* 21.01.2010, p. 148; TJSP, Apelação 992.08.063150-8, Acórdão 4834077, Osasco, Trigésima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 24.11.2010, *DJESP* 16.12.2010; e TJRS, Acórdão 70023163959, Pelotas, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 13.03.2008, *DOERS* 24.03.2008, p. 56).

O segundo comando traz um prazo geral de decadência para se anular o negócio jurídico, de dois anos, contados da sua conclusão – também no sentido de celebração –, quando não houver prazo especial fixado pelo texto legal.

De qualquer modo, há quem entenda que os prazos dos arts. 178 e 179 do Código Civil devem ser contados não da celebração do ato, mas da sua ciência correspondente. Dessa feita, no caso de uma venda de imóvel, o prazo decadencial para a ação anulatória deve ser contado do registro imobiliário e não da elaboração da escritura.

Percorrendo tal caminho, José Fernando Simão, em sua primorosa tese de livre-docência defendida na Faculdade de Direito da USP, cita como argumentos a segurança e a estabilidade das relações negociais (SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil...*, 2011, p. 290). Igualmente, Zeno Veloso expõe que “tratando-se da ação pauliana, ou revocatória, na hipótese de fraude contra credores, apesar de o termo inicial do prazo de decadência coincidir com o dia em que se realizou o negócio jurídico (art. 178, II), a jurisprudência vem se firmando no entendimento de que tal prazo deve ser contado da data da transcrição do título no registro imobiliário, e não do dia da escritura” (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico...*, 2005, p. 277).

Adotando a mesma premissa a respeito do art. 179 do CC, o Enunciado n. 538, da *VI Jornada de Direito Civil*: “No que diz respeito a terceiros eventualmente prejudicados, o prazo decadencial de que trata o art. 179 do Código Civil não se conta da celebração do negócio jurídico, mas da ciência que dele tiverem”.

Na jurisprudência, de fato, podem ser encontrados julgados que também seguem tal dedução jurídica. A ilustrar, tratando de fraude contra credores:

“Direito civil. Agravo no recurso especial. Ação pauliana. Prazo Decadencial. Termo inicial. Registro Imobiliário. – A decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado. – O termo inicial do prazo decadencial de quatro anos para propositura da ação pauliana é o da data do registro do título aquisitivo no Cartório Imobiliário, ocasião em que o ato registrado passa a ter validade contra terceiros. Precedentes. Agravo no recurso especial não provido” (STJ, AgRg no REsp 743.890/SP, Rel.^a Min.^a Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 20.09.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 250).

“Direito civil. Ação pauliana. Fraude na alienação de imóvel. Invalidação. Prazo prescricional/decadencial (art. 178, par. 9., v, b, CC). Termo *a quo* de fluência. Data do registro do título aquisitivo no álbum imobiliário. Recurso acolhido. – A par da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do prazo quadrienal previsto no art. 178, par. 9., v, b, CC, se prescricional ou decadencial, impõe-se considerar como termo inicial de sua fluência, em se tratando de invalidação de bem imóvel postulada com base em alegação de fraude, a data do registro do título aquisitivo respectivo no assento imobiliário” (STJ, REsp 36.065/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 16.08.1994, *DJ* 10.10.1994, p. 27.175).

Mesmo sendo fortes e contundentes os argumentos expostos, cabe frisar que o presente autor deduz que por *conclusão e realização* deve-se entender o momento quando o negócio jurídico existe e é válido, ou seja, quando a escritura pública é firmada. Nessa esteira, Paulo Lôbo menciona que o dia do começo do prazo decadencial tratado pelos arts. 178 e 179 do CC/2002 é o *início* do negócio jurídico: “Igualmente, conta-se do início do negócio jurídico o prazo para anulação em virtude de

erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, porque é o momento em que se exterioriza a vontade viciada, abrindo-se a possibilidade para o interessado pleitear a anulação” (LÔBO, Paulo. *Direito civil...*, 2009, p. 315).

Compartilha dessa forma de pensar, Humberto Theodoro Jr., que, comentando o art. 178 do atual Código Civil, ensina: “Aqui não é relevante definir quando a pessoa prejudicada tomou conhecimento do defeito do negócio. Para a regra legal, o mais importante é evitar o dilargamento excessivo do prazo de impugnação à validade do contrato. A preocupação se refere à necessidade de serem estáveis as relações jurídicas e, assim, não se sujeitarem à anulação, por tempo muito prolongado” (THEODORO JR., Humberto. *Comentários...*, 2003, p. 595. t. I. v. III). Superado o estudo dessa divergência, não se pode mais admitir o entendimento jurisprudencial, mesmo por súmulas de Tribunais Superiores, de prazos prescricionais para a anulação de um negócio jurídico, matéria que será devidamente desenvolvida quando do tratamento da prescrição e da decadência (Capítulo 8).

O art. 178, somado ao art. 177, ambos do CC, justificam o fato de a anulabilidade não poder ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, devendo ser sempre arguida ou alegada pela parte interessada, mediante ação específica, regra geral. Ademais, diante da sua natureza privada, não cabe ao Ministério Público intervir nas ações que a envolvem.

De acordo com o art. 172 do CC, o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro, valorização, mais uma vez, da boa-fé objetiva. Trata-se da chamada *convalidação livre da anulabilidade*. Mas esse ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo, elementos objetivo e subjetivo da convalidação, respectivamente – denominada *confirmação expressa* (art. 173 do CC).

O Código Civil, em seu art. 174, dispensa (“é escusada”) a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o atingia. A confirmação, assim, dar-se-á de forma tácita ou presumida, por meio de conduta do sujeito passivo obrigacional. Mais uma vez, denota-se o intuito de conservação do contrato e do negócio jurídico.

O art. 175 do CC trata da *irrevogabilidade da confirmação*, seja ela expressa ou tácita. Dessa forma, com a confirmação, extinguem-se todas as ações ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor. Não caberá mais, portanto, qualquer requerimento posterior de anulabilidade do negócio anterior, o que está de acordo com a máxima que veda o comportamento contraditório e que tem relação com a boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium non potest*).

Segundo o art. 176 da atual codificação, “quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente”. Esse artigo constitui novidade e faz com que o negócio celebrado por menor púbere, sem a autorização do pai ou do tutor, seja validado se a autorização ocorrer posteriormente. Trata-se de outra hipótese de convalidação.

Também quanto ao menor púbere (de 16 a 18 anos), não pode o mesmo valer-se da própria torpeza, beneficiando-se de ato malicioso (*a malícia supre a idade*). Não pode, portanto, 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. O negócio jurídico reputa-se válido e gera efeitos, afastando-se qualquer anulabilidade (art. 180 do CC).

Complementando esse último dispositivo, preceitua o art. 181 do CC que: “Ninguém pode

reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”. Exemplificando, diante da vedação do enriquecimento sem causa, reconhece-se a possibilidade da pessoa reaver o dinheiro pago, se provar que o menor dele se beneficiou.

A respeito da sentença da ação anulatória, mais uma vez diante de sua natureza privada, tem ela efeitos *inter partes*. Tradicionalmente, sempre se apontou que os seus efeitos seriam *ex nunc*, não retroativos ou somente a partir do trânsito em julgado da decisão. Essa tese estaria confirmada pelo art. 177 do atual Código, que preceitua:

“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”.

O que poderia parecer pacífico em doutrina e jurisprudência não é tão pacífico assim. Isso porque há posicionamento orientando que os efeitos da sentença na ação anulatória (negócio anulável) também seriam retroativos (*ex tunc*) parciais, com fundamento no art. 182 da atual codificação, pelo qual “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Esse último posicionamento é defendido, na doutrina, por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, citando Humberto Theodoro Júnior e Ovídio Baptista (*Novo...*, 2003, v. I, p. 411). Mas quem melhor demonstra o equívoco é Zeno Veloso. Ensina o mestre que “trata-se, sem dúvida, de entendimento equivocado, que decorre, talvez, da leitura distorcida do art. 177, primeira parte (...), que corresponde ao art. 152, primeira parte, do Código Civil de 1916” (*Invalidez do negócio jurídico...*, 2005, p. 331). E arremata o jurista paraense:

“O que o art. 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinham produzindo o negócio inquinado são defeitos. Nada resta, nada sobra, nada fica, pois a desconstituição é retroativa, vai à base, ao começo, ao nascimento do negócio jurídico defeituoso e carente, o que, enfática e inequivocamente, afirma o art. 182, como já dizia, no Código velho, no art. 158. Quanto a isso não há mudança alguma, em nosso entendimento. O art. 177, primeira parte, deve ser visto e recebido diante do sistema e interpretado conjuntamente com o art. 182, que transcrevemos acima” (*Invalidez do negócio jurídico...*, 2005, p. 331).

Desse modo, há que se defender efeitos retroativos parciais à sentença anulatória, eis que se deve buscar a volta à situação primitiva, anterior à celebração do negócio anulado, se isso for possível. Ademais, cite-se o caso de anulação de um casamento, em que as partes voltam a ser solteiras. Percebe-se claramente a presença de efeitos retroativos.

Apesar de seguirmos esse posicionamento defendido por Zeno Veloso, não poderíamos deixar de esclarecer que, pela visão clássica, ainda prevalece o entendimento quanto aos efeitos *ex nunc* da

ação anulatória de negócio jurídico.

De toda sorte, frise-se que, quando da *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, foi feita proposta de enunciado doutrinário no sentido de ser a corrente seguida por este autor a majoritária. De acordo com o exato teor da proposição: “Os efeitos da anulabilidade do negócio jurídico, excetuadas situações particulares como as obrigações de trato sucessivo, relações trabalhistas e em matéria societária, são idênticos aos da nulidade e ocorrem de forma *ex tunc*. Anulado o negócio, os efeitos se projetam para o futuro e também de forma retroativa para o passado”.

Nas suas justificativas, o autor da proposta, juiz de direito e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo, Augusto Passamani Bufulin, ressalta que “No Brasil, apesar de haver uma corrente que defende a eficácia *ex nunc* da ação anulatória, como Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Arnaldo Rizzardo, a corrente majoritária, defendida por Humberto Theodoro Júnior, Zeno Veloso, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Nader, Renan Lotufo, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenthal, Leonardo Mattietto, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues, afirma que os efeitos da anulabilidade e da nulidade são idênticos no plano da eficácia e operam de forma *ex nunc*, para o futuro, e *ex tunc*, retroativamente ao passado, pois o vício encontra-se presente desde a formação do negócio. Esse é o entendimento correto a ser dado ao art. 182 do CC”.

Em suma, já há quem veja que a corrente que apregoa efeitos *ex tunc* para o ato anulável é a majoritária. Talvez a não aprovação do enunciado doutrinário em questão demonstra que tal premissa ainda não é a verdadeira...

Ainda no que concerne ao art. 182 do Código Civil, cabe ressaltar que o posicionamento majoritário aponta para a possibilidade de aplicar o comando também às hipóteses de nulidade absoluta. Essa é a posição, na doutrina, entre outros, de Maria Helena Diniz (*Código civil anotado...*, 15. ed., 2010, p. 204), Sílvio de Salvo Venosa (*Código civil interpretado...*, 2010, p. 198), Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza (*Código Civil interpretado...*, 2004, p. 328. v. 1). Tal forma de pensar é que gera a conclusão segundo a qual os efeitos da nulidade são *ex tunc*, conforme antes apontado.

Igualmente, na jurisprudência, podem ser encontrados arestos que fazem incidir o art. 182 do CC/2002 para a nulidade absoluta. Entre tantos julgados, vejamos acórdão assim publicado no *Informativo n. 517* do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Necessidade de ressarcimento no caso de inviabilidade de retorno à situação anterior à nulidade declarada. O credor, no caso em que tenha recebido em dação em pagamento imóvel de sociedade empresarial posteriormente declarada falida, poderá ser condenado a ressarcir a massa pelo valor do objeto do negócio jurídico, se este vier a ser declarado nulo e for inviável o retorno à situação fática anterior, diante da transferência do imóvel a terceiro de boa-fé. Incide, na situação descrita, o disposto no art. 182 do CC/2002, de acordo com o qual, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Trata-se, a propósito, de dispositivo legal que, quanto aos seus efeitos práticos, também tem aplicabilidade nos casos de nulidade absoluta, não tendo incidência restrita às hipóteses de nulidade relativa. Ademais, deve-

se preservar a boa-fé de terceiros que sequer participaram do negócio jurídico viciado” (STJ, REsp 1.353.864/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07.03.2013).

Superada a análise de tais questões, interessante e encerrando o estudo da teoria das nulidades, cabe ainda comentar dois dispositivos.

O primeiro é o art. 183 da norma geral privada, pelo qual a invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio. Mais uma vez, há a busca da verdade real, da conservação do negócio, da manutenção do ato volitivo. A ilustrar, um contrato preliminar não pode ser anulado, se puder ser provado por testemunhas. Repita-se que a forma é dispensada para o pré-contrato, conforme o art. 462 da codificação vigente.

Sob outro prisma, respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável, mais um reconhecimento da conservação do negócio (art. 184 do CC). O dispositivo consagra a máxima latina *utile per inutile non vitiatur*. O que se percebe é o tratamento da *invalidade parcial*, que pode ser absoluta ou relativa.

Assim sendo, ocorrerá a *redução do negócio jurídico* para a parte válida, o que também está sintonizado com a sua conservação. Mas, por esse mesmo comando, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a anulabilidade destas não induz a da obrigação principal. Aplica-se a regra de que o acessório segue o principal, não sendo a recíproca verdadeira.

Esse art. 184 do CC/2002 foi objeto de estudo pelo jurista Marcos Jorge Catalan. O doutrinador ressalta que a redução do negócio jurídico está fundada no conceito relativo à máxima *utile per inutile non vitiatur*, “um dos tantos fundidos ao longo do tempo pelo direito romano, autoriza a purificação do negócio com a supressão de partes viciadas deste, desde que o mesmo possa manter sua essência, permitindo desse modo que sejam aproveitados alguns de seus efeitos”. Em suma, a redução do negócio jurídico consiste “no mecanismo que impõe ao juiz o dever de afastar os vícios contidos no negócio jurídico, atribuindo-lhe a obrigação de separar do todo eventual que não possa ser recepcionado pelo sistema” (CATALAN, Marcos Jorge. Uma leitura inicial da redução do negócio..., 2007, p. 482-483).

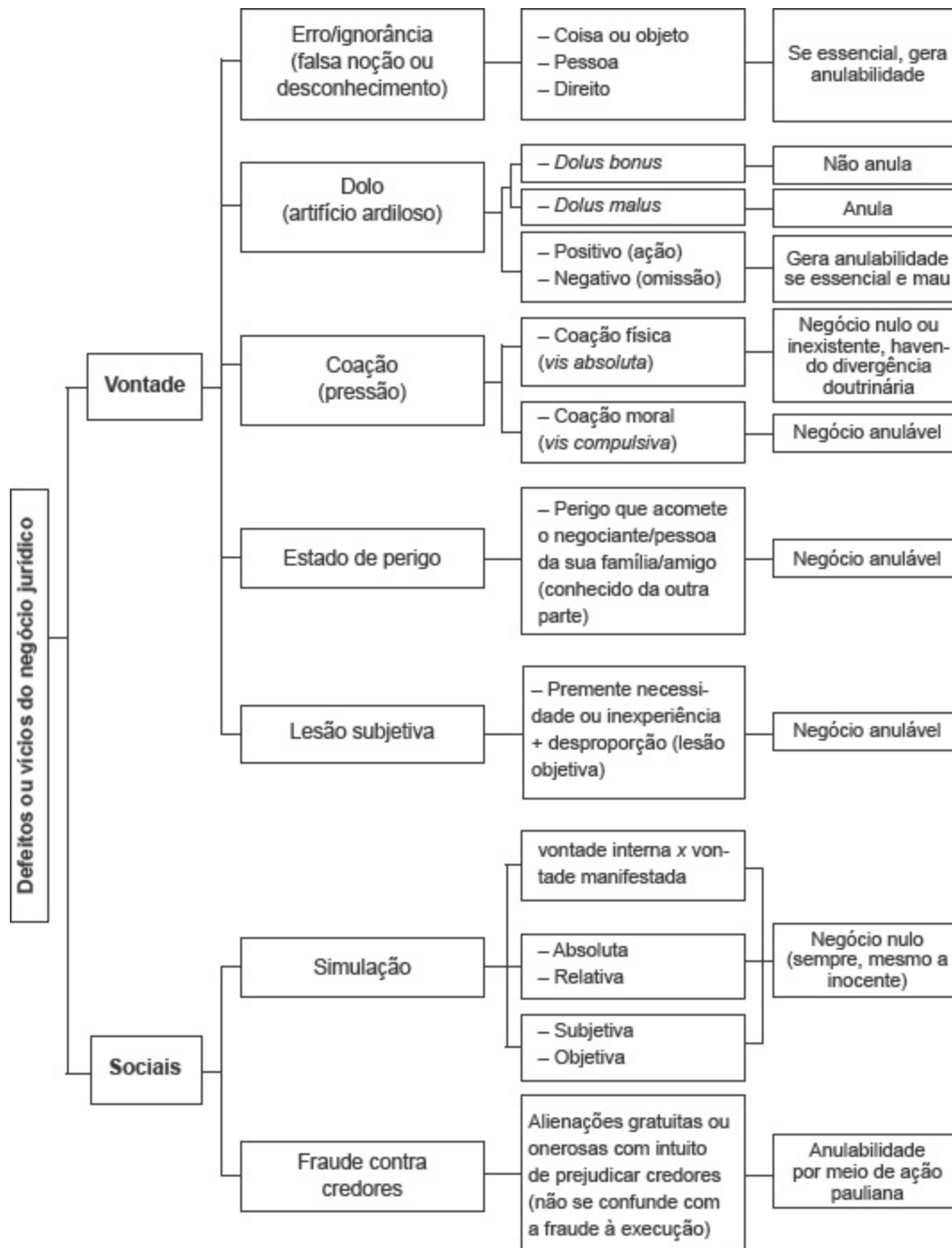
A título de exemplo, pense-se o caso de um negócio jurídico cuja multa ou cláusula penal tenha sido celebrada com lesão (art. 157 do CC). Nesse caso, somente a multa é anulável, permanecendo o restante do negócio como válido. Ocorre a redução do negócio, pois se retira a parte viciada.

Outra ilustração, agora envolvendo a nulidade absoluta, está no art. 549 do Código Civil que consagra a nulidade da doação somente na parte que exceder o que doador poderia dispor por testamento, ou seja, cinquenta por cento do seu patrimônio. Trata-se da nulidade parcial da *doação inoficiosa*, que visa a proteger a legítima quota dos herdeiros necessários. A nulidade apenas atinge parte do negócio, conservando-se o seu restante.

Por derradeiro, a concretizar a norma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que “Nos termos do art. 184, segunda parte, do CC/2002, ‘a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal’. Portanto, eventual abusividade de determinadas cláusulas acessórias do contrato não tem relevância para o deslinde desta ação. Ainda que, em tese, transgridam os princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social do contrato ou imponham ônus excessivo ao recorrido, tais abusos não teriam o condão de contaminar

de maneira irremediável o contrato, de sorte a resolvê-lo. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, REsp 783.404/GO, Rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, Terceira Turma, j. 28.06.2007, DJU 13.08.2007, p. 364).

7.10 RESUMO ESQUEMÁTICO



Teoria das nulidades. Negócio nulo e anulável

Quadro Comparativo

Negócio Nulo (ordem pública)

Negócio Anulável (ordem privada)

– Negócio celebrado por absolutamente incapaz (art. 3.º do CC), sem a devida representação.

– Objeto ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável.

– Motivo a ambas as partes for ilícito.

– Desrespeito à forma ou preterida alguma solenidade.

– Objetivo do negócio de fraude à lei imperativa.

– Lei prevê a nulidade absoluta (nulidade textual) ou proibir o ato sem cominar sanção (nulidade virtual).

– Negócio simulado, incluída a reserva mental.

– Presença de coação física (*vis absoluta*).

– Negócio celebrado por relativamente incapaz (art. 4.º do CC), sem a devida assistência.

– Quando houver vício acometendo o negócio jurídico: erro, dolo, coação moral/psicológica, estado de perigo, lesão e fraude contra credores.

– Lei prevê a anulabilidade.

• Nulidade Absoluta (nulidade).

• Ação declaratória de nulidade, imprescritível.

• Não pode ser suprida nem sanada, inclusive pelo juiz. Exceção: conversão do negócio jurídico (art. 170 do CC).

• Ministério Público pode intervir na ação de nulidade absoluta. Cabe decretação de ofício pelo juiz.

• Sentença da ação declaratória tem efeitos *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (retroativos).

• Nulidade relativa (anulabilidade).

• Ação anulatória, com previsão de prazos decadenciais.

• Pode ser suprida, sanada, inclusive pelas partes (convalidação livre).

• Ministério Público não pode intervir na ação anulatória, somente os interessados. Não cabe decretação de ofício pelo juiz.

• Sentença da ação anulatória tem efeitos *inter partes* (entre as partes) e *ex nunc* (não retroativos) – segundo a maioria da doutrina.

7.11 QUESTÕES CORRELATAS

1. (TJSP – Concurso 181.º) Em um negócio de compra e venda de imóvel, com pagamento à vista, o vendedor, premido da necessidade de salvar-se de grave mal de saúde, conhecido pela outra parte, acaba por transferi-lo a esta por valor bem inferior ao de mercado. Sobre o assunto em questão, assinale a alternativa correta.

(A) Não restou configurado vício de consentimento hábil a possibilitar ao prejudicado pedido de anulação do contrato.

(B) No caso, o negócio deve ser anulado, ainda que oferecido pelo beneficiado suplemento suficiente ou redução do seu proveito.

(C) A anulação do negócio jurídico, se pedida, não seria devida, se oferecido pelo adquirente suplemento suficiente ou

redução do seu proveito.

(D) O interesse da parte beneficiada no contrato não pode merecer proteção, porque nulo o negócio, uma vez que sua realização, nas condições em que celebrado pelo vendedor, significava que não existira, na verdade, de parte deste, manifestação nenhuma de vontade.

2. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) Em relação aos defeitos dos negócios jurídicos, assinale a afirmativa incorreta.

- (A) A emissão de vontade livre e consciente, que corresponda efetivamente ao que almeja o agente, é requisito de validade dos negócios jurídicos.
- (B) O erro accidental é o que recai sobre características secundárias do objeto, não sendo passível de levar à anulação do negócio.
- (C) A simulação é causa de anulação do negócio, e só poderá ocorrer se a parte prejudicada demonstrar cabalmente ter sido prejudicada por essa prática.
- (D) O objetivo da ação pauliana é anular o negócio praticado em fraude contra credores.

3. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Celebrado negócio jurídico não oneroso pelo devedor, que o reduza à insolvência, será ele considerado

- (A) ineficaz por fraude contra credores, por se tratar de ato gratuito.
- (B) nulo por fraude à execução, por presunção absoluta de *consilium fraudis*.
- (C) anulável por fraude à execução, ante a clara intenção de frustrar o cumprimento das suas obrigações.
- (D) nulo por fraude contra credores, por revelar ato atentatório contra a dignidade da justiça.
- (E) anulável por fraude contra credores, por iniciativa do credor quirografário com crédito anterior à alienação.

4. (Magistratura/AC – CESPE/2012) Considerando que os vícios incidentes sobre a vontade, regulados no Código Civil sob a denominação defeitos do negócio jurídico, estão relacionados à formação ou à origem do negócio e atuam no plano da validade, assinale a opção correta.

- (A) A finalidade da revisão judicial do negócio que culmine em lesão é proteger a pessoa que, ao contratar, esteja em uma situação de inferioridade em relação à outra parte e, por essa razão, se submeta a uma prestação desproporcional; presentes os requisitos legais da lesão, deve o juiz anular o negócio jurídico, e não incitar os contratantes a uma revisão judicial da avença.
- (B) Por não ser considerado erro accidental, o erro de cálculo serve como fundamento para invalidar o negócio jurídico.
- (C) Ainda que juridicamente relevante, a reticência não pode ser invocada para invalidar o negócio jurídico.
- (D) Os vícios de consentimento prejudicam a exteriorização do negócio jurídico, atuando sobre o consentimento; já os vícios sociais se mostram quando há uma divergência entre a vontade exteriorizada e a ordem legal.
- (E) A sistemática em relação aos defeitos do negócio foi alterada no novo Código Civil: além de serem incorporados ao sistema dois novos vícios, a lesão e o estado de perigo, ainda se considera a simulação como causa de anulação, e não mais de nulidade.

5. (MP/GO – 2010) Acerca das assertivas abaixo sobre defeitos e invalidade do negócio jurídico, assinale a alternativa correta.

- (A) O vício social consiste em uma declaração de vontade não correspondente ao íntimo e verdadeiro querer do agente, ou seja, consiste em uma divergência entre a vontade declarada e a vontade interna.
- (B) É válido o negócio jurídico realizado sob coação de terceiro se o negociante beneficiado pela coação dela não tiver ou não devesse ter conhecimento.
- (C) O princípio da conversão substancial consiste na possibilidade de as partes, por vontade expressa ou tácita, confirmarem e ratificarem um negócio jurídico inválido.
- (D) A simulação absoluta é causa de nulidade negocial, entretanto subsistirá o negócio dissimulado, se for válido na substância e na forma.

- 6. (Magistratura do Trabalho – TRT 21.ª Região – 2010) Da análise de vários negócios jurídicos, constataram-se os seguintes vícios:**
- I – o silêncio intencional de uma das partes sobre fato que a outra parte ignorava, cujo conhecimento não teria ensejado a celebração do contrato;
 - II – uma das partes do contrato, por sua inexperiência, se obrigou a uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação devida pela outra parte contratante;
 - III – uma das partes contratantes, no momento da celebração do contrato, usou do expediente de incutir fundado temor de dano iminente e considerável aos bens da outra parte.
- É correto afirmar que estas condutas correspondem aos seguintes defeitos contratuais:
- (A) erro; fraude e dolo;
 - (B) dolo; lesão e coação;
 - (C) erro; dolo e lesão;
 - (D) dolo; lesão e fraude;
 - (E) dolo; fraude e lesão.
- 7. (Magistratura MS – FCC – 2010) Sobre os defeitos do negócio jurídico, é INCORRETO afirmar que**
- (A) só o erro substancial anula o negócio jurídico.
 - (B) o dolo acidental anula o negócio jurídico.
 - (C) o erro de indicação da pessoa ou coisa, a que se refere a declaração de vontade, não viciará o negócio quando se puder identificar a coisa ou a pessoa cogitada.
 - (D) vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro.
 - (E) podem anular o negócio jurídico fraudulento os credores cuja garantia se tornou insuficiente.
- 8. (Magistratura/PR – 2012) Acerca dos fatos jurídicos, assinale a alternativa incorreta.**
- (A) Nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido ao titular do direito eventual praticar os atos destinados a conservá-lo.
 - (B) Subsistirá a manifestação de vontade ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, mesmo se dela o destinatário tinha conhecimento.
 - (C) 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.
 - (D) Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito.
- 9. (VUNESP – 44º – Magistratura do RJ/2012) 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, configura-se**
- (A) lesão.
 - (B) estado de perigo.
 - (C) lesão especial.
 - (D) estado de necessidade.
- 10. (Defensoria Pública/RS – 2011) Assinale a alternativa que contém a afirmação correta em relação ao assunto indicado. Incidência dos Institutos da prescrição e da decadência na teoria das invalidades do negócio jurídico.**
- (A) Segundo o Código Civil, as nulidades, por ofenderem interesse público, podem ser arguidas pelas partes, sendo vedado ao juiz conhecê-las de ofício em processo que verse sobre a validade de determinado negócio jurídico.
 - (B) O negócio jurídico nulo não convalece pelo decurso do tempo, razão pela qual apenas as anulabilidades estão sujeitas a prazos prescricionais.

- (C) A invalidade do instrumento contratual induz necessariamente a invalidade do negócio jurídico.
- (D) A decretação judicial é necessária para o reconhecimento de nulidades e anulabilidades, pois estas espécies de vícios não têm efeito antes de julgados por sentença.
- (E) Respeitada a intenção das partes, é cabível a manutenção do negócio jurídico no caso de reconhecimento de invalidade parcial, a qual não o prejudicará na parte válida se desta for separável.

11. (MP/SE – CESPE – 2010) Assinale a opção correta a respeito dos defeitos dos negócios jurídicos.

- (A) Todo e qualquer negócio jurídico está sujeito a anulação sob o fundamento de lesão.
- (B) A sentença de anulação do negócio jurídico por coação não tem efeito retroativo, uma vez que apenas determina a cessação de possíveis efeitos jurídicos futuros.
- (C) O *consilium fraudis* ou *scientia fraudis* não é requisito essencial para a anulação de negócio jurídico gratuito sob o fundamento de fraude contra credores.
- (D) A simulação importa em nulidade do negócio jurídico. Por isso, torna o ato completamente sem efeito entre as partes e perante terceiros, em face dos contraentes.
- (E) A lesão caracteriza-se pela superveniência, em negócio jurídico, de fato que torne manifestamente desproporcionais as prestações.

12. (Juiz do Trabalho – TRT 8ª Região – 2011) Analise as proposições abaixo e assinale a alternativa CORRETA: I – Afixação de domicílio é ato jurídico em sentido estrito, tendo efeitos *ex lege*. II – A conversão é a operação pela qual se retiram de um determinado negócio jurídico as partes inválidas, desde que separáveis e respeitada a intenção das partes, sendo decorrente do princípio da conservação. III – É de três anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado, no caso de coação, do dia em que ela cessar. IV – A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

- (A) As alternativas II e III estão corretas.
- (B) As alternativas I e II estão corretas.
- (C) As alternativas III e IV estão corretas.
- (D) As alternativas I e IV estão corretas.
- (E) As alternativas II e IV estão corretas.

13. (Juiz do Trabalho – TRT 8ª Região – 2011) Em consonância com a teoria das nulidades do negócio jurídico, é CORRETO afirmar:

- (A) É possível o convalidamento do negócio jurídico se o erro na indicação da pessoa ou da coisa for suprível pelo seu conteúdo e pelas circunstâncias.
- (B) Presumem-se em fraude contra credores os negócios ordinários praticados pelo devedor insolvente, ainda que indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.
- (C) O negócio jurídico simulado é anulável porque é formado a partir de uma declaração de vontade ou de uma confissão de dívida emitida para não gerar nenhum efeito jurídico, com o fito de lesar interesse de terceiro.
- (D) O falso motivo vicia a declaração de vontade, em qualquer caso, tornando anulável o negócio jurídico.
- (E) No estado de perigo, ao contrário do que ocorre na lesão, o contraente, por razões essencialmente econômicas, ou por sua evidente inexperiência, é levado, inevitavelmente, a contratar, prejudicando-se.

14 (TJSP 177) Relativamente à fraude contra credores, assinale a resposta correta.

- (A) A alienação de bem imóvel mediante compromisso de compra e venda não registrado, anteriormente à constituição da dívida pelo promissário vendedor, configura fraude contra credores, porque o compromisso não registrado não presume nem assegura conhecimento da alienação dos bens a terceiros, enquanto a constituição da dívida se deu na suposição de que ele tinha bens para garantir o débito.

- (B) Fiador em contrato de locação que vende seus bens logo após a assinatura do contrato, se vier a ser acionado para responder pelo pagamento de locativos devidos e não pagos pelo locatário, se sujeitará à anulação, por fraude contra credores, da venda de seus bens que o reduziu à insolvência, porque, ao tempo da transmissão, a fiança já havia sido constituída.
- (C) Fiador em contrato de locação que, logo após a assinatura do contrato, faz doação de seus bens aos filhos, não se sujeita à anulação do ato por fraude contra credores, ainda que seja reduzido à insolvência.
- (D) A alienação de bem em fraude contra credores que, sucessivamente, é transmitido pelo adquirente para terceiro e deste para quarto adquirente, rende ensejo à anulação, porque a fraude nesse caso se presume e não é tolerada pelo ordenamento jurídico pátrio.

15. (TJSP 177) Relativamente a negócio jurídico celebrado com erro do contratado e com dolo do contratante, tendo por objeto escuta telefônica de concorrente comercial, assinale a alternativa correta.

- (A) É anulável se o erro for substancial e o dolo essencial e a escuta telefônica não forem de conhecimento da Polícia.
- (B) É negócio jurídico nulo de pleno direito.
- (C) Não é negócio jurídico nulo nem anulável se o dolo é acidental, isto é, com ou sem ele o contrato se realizaria, e se o erro não for substancial.
- (D) O negócio jurídico é válido, porque o dolo e o erro são recíprocos, caso em que um dos contratantes não pode alegar a má-fé do outro, e o objeto do contrato é o que há de mais corriqueiro e diz respeito à livre concorrência assegurada na Constituição.

16. (Procurador Federal/AGU – CESPE – 2010) Com relação aos vícios do negócio jurídico, julgue o item que se segue.

- Se cabalmente comprovada a inexperiência do contratante, configura-se a lesão, mesmo que a desproporcionalidade entre as prestações das partes seja superveniente.

17. (Magistratura Rondônia – PUC/PR/2011) Dadas as assertivas abaixo, assinale a única CORRETA

- (A) Os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. Em caso de ameaça ou lesão a esses direitos, pode o interessado reclamar perdas e danos. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida qualquer parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau.
- (B) Prescreve em três anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.
- (C) No negócio jurídico, uma das hipóteses que caracteriza como substancial o erro é quando 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.
- (D) É anulável o negócio jurídico quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.
- (E) Independentemente de autorização, a utilização da imagem de uma pessoa destinada a fins comerciais somente poderá ser proibida se atingir a sua honra, boa fama ou a respeitabilidade.

18. (Juiz do Trabalho – TRT 8ª Região – 2011) Em consonância com a teoria das nulidades do negócio jurídico, é CORRETO afirmar:

- (A) É possível o convalidamento do negócio jurídico se o erro na indicação da pessoa ou da coisa for suprível pelo seu conteúdo e pelas circunstâncias.
- (B) Presumem-se em fraude contra credores os negócios ordinários praticados pelo devedor insolvente, ainda que indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.
- (C) O negócio jurídico simulado é anulável porque é formado a partir de uma declaração de vontade ou de uma confissão de dívida emitida para não gerar nenhum efeito jurídico, com o fito de lesar interesse de terceiro.
- (D) O falso motivo vicia a declaração de vontade, em qualquer caso, tornando anulável o negócio jurídico.
- (E) No estado de perigo, ao contrário do que ocorre na lesão, o contraente, por razões essencialmente econômicas, ou por sua evidente inexperiência, é levado, inevitavelmente, a contratar, prejudicando-se.

19. (DPE/SP – FCC – 2012) Em relação aos defeitos do negócio jurídico, é correto afirmar:

- (A) O dolo recíproco enseja a anulação do negócio jurídico e a respectiva compensação das perdas e ganhos recíprocos.
- (B) O dolo do representante legal de uma das partes obriga o representado a responder civilmente perante a outra parte, independente do proveito que houver auferido.
- (C) O dolo do representante convencional de uma das partes obriga o representado a responder civilmente perante a outra parte, até o limite do proveito que houver auferido.
- (D) A caracterização da omissão dolosa em negócio bilateral exige a prova de que sem a omissão o negócio não teria sido celebrado.
- (E) O dolo de terceiro enseja a anulação do negócio jurídico, independente do conhecimento das partes contratantes.

20. (Advogado CETESB – VUNESP/2013) A fraude contra credores é prevista no Código Civil como um dos defeitos do negócio jurídico. A respeito da fraude contra credores, é correto afirmar que

- (A) se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á pelo pagamento ao devedor insolvente.
- (B) ainda que os negócios tivessem por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará na anulação do negócio jurídico principal e seus acessórios.
- (C) a ação por fraude contra credores poderá ser intentada contra o devedor insolvente, mas não contra a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta.
- (D) anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do credor prejudicado, sem que se tenha de efetuar o concurso de credores.
- (E) se presumem 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.

21. (TJSP – Exame Oral – 2004) Qual o princípio que inspira a conversão dos negócios jurídicos?

Resposta: O princípio da conservação dos atos, negócios e contratos, que visa a manutenção da vontade. Na seara contratual, trata-se de princípio anexo à função social dos contratos (TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil, São Paulo: Método, 2005).

22. (TJSP – Exame Oral – 2004) Dê exemplo de aplicação da regra de conversão.

Resposta: Uma compra e venda de imóvel com valor superior a trinta salários mínimos é celebrada sem escritura pública. Trata-se de compra e venda nula (nulidade absoluta), aplicando-se os arts. 108 e 166, IV e V, do novo CC. Mas, se as partes quiserem, é possível converter essa compra e venda nula em contrato preliminar ou compromisso bilateral de compra e venda. Isso porque, conforme o art. 462 do novo CC, o contrato preliminar não necessita da mesma forma do contrato definitivo.

23. (TRT/SC 12.^a Região – 2.^a Fase – 2005) Como se compatibilizam os princípios da prevalência da vontade real dos celebrantes dos negócios jurídicos com o princípio da invalidade da reserva mental?

Resposta: Elaborar dissertação sobre a reserva mental, conforme exposto no capítulo.

24. (TRT 1.^a Região – 2.^a fase – 2005) No que tange à anulação dos negócios jurídicos em razão de declarações de vontade emanadas de erro, a escusabilidade é um critério para a sua aferição? Justifique.

Resposta: A resposta é não, pois o Código Civil adota, no seu art. 138, o princípio da confiança. Esse entendimento consta do Enunciado n. 12 do Conselho da Justiça Federal.

25. (TRT/MT 23.^a Região – 2005).

- 1) Escreva sobre a reserva mental na manifestação de vontade para a formação de um contrato. Conceitue e explique suas consequências.
- 2) Discorra sobre o instituto da lesão. Conceitue e explique suas consequências. Resposta: Elaborar dissertação conforme exposto no capítulo.

26. (Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso – 2.ª fase – 2007) Defina o dolo negativo, exemplificando-o e discorrendo sobre os seus requisitos. Resposta objetivamente justificada.

Resposta: O dolo negativo ou omissivo é o dolo praticado por omissão (conduta negativa), situação em que um dos negociantes ou contratantes é prejudicado. Também é conhecido por reticência ou omissão dolosa. Exemplo ocorre na venda de apartamentos decorados, em que não se revela ao comprador que os móveis são feitos sob medida, induzindo a erro o comprador (publicidade enganosa por omissão). O art. 147 do CC traz previsão expressa quanto à omissão dolosa, caracterizada por eventual silêncio intencional de uma das partes, a respeito de fato ou qualidade que a outra ignorava. Para a caracterização desse dolo omissivo é preciso que o prejudicado prove que não celebraria o negócio se a omissão não ocorresse.

GABARITO

01 – C	02 – C
03 – E	04 – D
05 – B	06 – B
07 – B	08 – B
09 – B	10 – E
11 – C	12 – D
13 – A	14 – C
15 – B	16 – ERRADO
17 – C	18 – A
19 – E	20 – E

DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. O TRATAMENTO DIFERENCIADO

Sumário: 8.1 Introdução – 8.2 Da prescrição: 8.2.1 Conceito de prescrição; 8.2.2 Disposições gerais sobre a prescrição; 8.2.3 Das causas impeditivas e suspensivas da prescrição; 8.2.4 Das causas de interrupção da prescrição; 8.2.5 Dos prazos de prescrição previstos na Parte Geral do Código Civil. As ações imprescritíveis; 8.2.6 Prescrição e direito intertemporal – 8.3 Da decadência. Conceitos e disposições gerais: 8.3.1 Prazos de decadência – 8.4 Resumo esquemático – 8.5 Questões correlatas.

8.1 INTRODUÇÃO

Como é notório, o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois *o Direito não socorre aqueles que dormem*. Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica é que surge a matéria da prescrição e da decadência. Pode-se também afirmar que a prescrição e a decadência estão fundadas em uma espécie de boa-fé do próprio legislador.

Nesse sentido, conforme ensina Miguel Reale, na exposição de motivos do Código Civil de 2002, um dos principais baluartes na atual codificação é o *princípio da operabilidade*, primeiramente em um sentido de simplicidade, pelo qual se busca facilitar o estudo dos institutos jurídicos privados.

Tal princípio pode ser flagrantemente percebido pelo tratamento dado pela codificação vigente tanto à prescrição quanto à decadência, particularmente pela facilitação de visualização dos institutos. O Código Civil em vigor traz um tratamento diferenciado quanto a tais conceitos: a prescrição consta dos seus arts. 189 a 206; a decadência, dos arts. 207 a 211.

Aliás, os prazos de prescrição estão concentrados em dois artigos do Código Civil: arts. 205 e 206. Os demais prazos, encontrados em outros dispositivos da atual codificação, são, pelo menos em regra, todos decadenciais.

Mas não é só.

Como a matéria era demais confusa na vigência do Código Civil de 1916, visando a esclarecer o assunto, Agnelo Amorim Filho concebeu um artigo histórico, em que associou os prazos prescricionais e decadenciais a ações correspondentes, buscando também quais seriam as ações imprescritíveis (Critério científico..., 1960, RT 300/7 e 744/725).

Esse brilhante professor paraibano associou a prescrição às ações condenatórias, ou seja, àquelas

ações relacionadas com direitos subjetivos, próprio das pretensões pessoais. Assim, a prescrição mantém relação com deveres, obrigações e com a responsabilidade decorrente da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica.

Por outro lado, a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas. As ações anulatórias de atos e negócios jurídicos, logicamente, têm essa última natureza. A decadência, portanto, tem relação com um estado de sujeição, próprio dos direitos potestativos. Didaticamente, é certo que o direito potestativo, por se contrapor a um estado de sujeição, é aquele que *encurrala a outra parte, que não tem saída*.

Por fim, as ações meramente declaratórias, como aquelas que buscam a nulidade absoluta de um negócio, são imprescritíveis, ou melhor, tecnicamente, não estão sujeitas à prescrição ou à decadência. A imprescritibilidade dessa ação específica está também justificada porque a nulidade absoluta envolve ordem pública, não convalidando pelo decurso do tempo (art. 169 do CC).

Não há a menor dúvida de que o Código Civil de 2002 adotou a teoria do genial doutrinador paraibano.

Na própria exposição de motivos da nova codificação, apresentada na Câmara dos Deputados em 1975 pelo jurista José Carlos Moreira Alves, consta, quanto à decadência, que:

“Com efeito, ocorre a decadência quando um *direito potestativo* não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei – como sucede em matéria de anulação, desquite etc. – exige que o direito de anular, o direito de desquitar-se só possa ser exercido em Juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente), dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insusceptíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular o negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)” (*A parte geral...*, 2003, p. 161).

Pela excelência da tese, por diversas vezes serão utilizados os critérios científicos de Agnelo Amorim para solucionar questões controvertidas relativas ao assunto. Assim sendo, não se pode mais aceitar entendimentos jurisprudenciais, inclusive sumulados por Tribunais Superiores, que associam prazos prescricionais a ações que visam a anular negócios jurídicos, que têm natureza constitutiva negativa.

A título de exemplo concreto, não tem mais aplicação a Súmula 494 do STF, pela qual: “A ação para *anular* a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, *prescreve* em vinte anos, contados da data do ato”. O texto por último transcrito, por si só, afasta qualquer entendimento nesse sentido. Para o caso em questão, portanto, deve ser aplicado o prazo geral de decadência previsto no art. 179 do CC – dois anos contados da celebração do ato.

Nesse sentido, cite-se o Enunciado n. 368 do CJP/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual o prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do CC). Esse, aliás, é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 771.736-

0/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a Turma, j. 07.02.2006, v.u.). Mais recentemente, de forma correta, assim se posicionaram o Tribunal Mineiro (TJMG, Apelação cível 1.0518.05.085096-6/0011, Poços de Caldas, 15.^a Câmara Cível, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 08.05.2008, *DJEMG* 04.06.2008), o Tribunal Paulista (TJSP, Apelação com Revisão, Acórdão 3671454, São Caetano do Sul, 6.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 04.06.2009, *DJESP* 26.06.2009) e o Tribunal Gaúcho (TJRS, Acórdão 70027007053, Giruá, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 19.11.2009, *DJERS* 26.11.2009, p. 60). Clama-se para que o próprio Supremo Tribunal Federal faça a devida revisão da antiga Súmula 494, que data do remoto ano de 1969.

Superada essa análise introdutória, parte-se agora à abordagem facilitada da matéria, devendo ser ressaltado que a codificação anterior fazia uma verdadeira confusão na previsão do assunto, agora exposto de forma clara e precisa.

8.2 DA PRESCRIÇÃO

8.2.1 Conceito de prescrição

Com o intuito de indicar que não se trata de um direito subjetivo público abstrato de ação, o atual Código Civil adotou a tese da prescrição da pretensão. De acordo com o art. 189 do CC, violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que pode ser extinta pela prescrição.

Se o titular do direito permanecer inerte, tem como *pena* a perda da pretensão que teria por via judicial. Repise-se que a prescrição constitui um benefício a favor do devedor, pela aplicação da regra de que *o direito não socorre aqueles que dormem*, diante da necessidade do mínimo de segurança jurídica nas relações negociais.

Não se pode esquecer que a prescrição pode ser *extintiva* – caso da tratada na Parte Geral do Código Civil e que será agora estudada – ou *aquisitiva*, caso da usucapião, que está abordada no Volume 4 da presente coleção, relativo ao Direito das Coisas.

A prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, é, nesse contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu* justamente pela ausência de vontade humana, prevendo a lei efeitos naturais, relacionados com a extinção da pretensão. A sua origem está no decurso do tempo, exemplo típico de fato natural.

Na doutrina nacional, alguns autores, como Maria Helena Diniz (Curso..., 2007, v. 1, p. 383) e Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil...*, 2005, p. 595, v. 1), ainda conceituam a *prescrição extintiva* como sendo a perda do direito de ação ou da própria ação, tese antiga de Clóvis Beviláqua e com a qual não há como concordar, principalmente com a emergência da codificação de 2002.

Conforme elucida Renan Lotufo, ao comentar o art. 189 do atual Código, “não há referência a ação no artigo, mas à pretensão, e é esta que se extingue com o 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 na contagem do prazo” (*Código Civil comentado...*, 2003, v. 1, p. 519). Desse modo, merece alento a crítica formulada pelo professor da

PUC/SP, no sentido de que a prescrição, de fato, constitui a extinção da pretensão. A questão é de opção legislativa quanto à categorização jurídica.

Esclareça-se que a ideia de pretensão adotada pelo Código Civil Brasileiro tem relação com a noção de Windscheid, com o fim de transpor ao Direito Privado a *actio*, oriunda do antigo Direito comum. Trata-se do conceito de direito subjetivo processual, considerado a partir da *possibilidade de processo* (LARENZ, Karl. *Derecho Civil...*, p. 315).

Na prescrição, nota-se que ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo. Tanto isso é verdade que, se alguém pagar uma dívida prescrita, não pode pedir a devolução da quantia paga, eis que existia o direito de crédito que não foi extinto pela prescrição. Nesse sentido, determina o art. 882 do CC/2002 que não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Superada essa visão conceitual, partimos à análise das principais regras relacionadas com a matéria.

8.2.2 Disposições gerais sobre a prescrição

Conforme antes exposto, o Código Civil de 2002 passa a adotar, em seu art. 189, a tese de que a prescrição é a perda ou extinção da pretensão, por relacionar-se com um direito subjetivo (“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”). O comando legal faz menção expressa aos arts. 205 e 206, que concentram os prazos de prescrição da codificação novel, visando à facilitação (operabilidade, no sentido de simplicidade).

Observa-se e repita-se que o Código de 2002 adota quanto a esse instituto a tese de Agnelo Amorim Filho, que, como visto, em artigo impecável tecnicamente associou os prazos de prescrição às ações condenatórias. De fato, os prazos especiais apresentados no art. 206 dizem respeito a ações condenatórias, particularmente àquelas relativas à cobrança de valores ou à reparação de danos, mantendo uma relação com os *direitos subjetivos*.

Para as ações dessa natureza, em que não houver previsão de prazo específico, aplica-se a regra geral de dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil em vigência. Esse prazo incide em qualquer ação, não havendo mais distinção quanto às ações reais e pessoais, como constava do art. 177 do Código Civil de 1916 (20 anos para ações pessoais, 15 anos para ações reais entre ausentes, 10 anos para ações reais entre presentes). A premissa tem relação com a facilitação do Direito Privado, a simplicidade. Como exemplo de aplicação desse prazo geral, o STJ editou a Súmula 412, prescrevendo que “A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil”.

Quanto à contagem do prazo prescricional, é o teor do Enunciado n. 14 do CJP/STJ, aprovado na *Jornada de Direito Civil*, realizada em setembro de 2002:

“Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”.

A doutrina majoritária sempre foi favorável ao que refere o enunciado, sendo certo que os parâmetros que nele constam devem ser aplicados para o início da contagem dos prazos prescricionais. A título de exemplo, pode-se apontar:

- No caso de uma dívida a termo, a prescrição tem início quando ela não é paga (vencimento + inadimplemento).
- No caso de um ato ilícito, a prescrição tem início quando ocorre o evento danoso.

Todavia, esses parâmetros de início da contagem do prazo prescricional – a partir da *violação* do direito subjetivo – vêm sendo contestados jurisprudencialmente. Isso porque cresce na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a adoção à teoria da *actio nata*, pela qual o prazo deve ter início a partir do *conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo*. Realmente, a tese é mais justa, diante do princípio da boa-fé.

Os primeiros julgados aplicavam a tese ao Direito Tributário e ao Direito Administrativo. Mais recentemente, surgiram outras decisões, incidindo esse novo parâmetro à esfera civil. Para ilustrar, cumpre transcrever julgado em que a teoria da *actio nata* foi aplicada a caso envolvendo a responsabilidade civil do Estado:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Pretensão de indenização contra a Fazenda Nacional. Erro médico. Danos morais e patrimoniais. Procedimento cirúrgico. Prescrição. Quinquídio do art. 1.º do Decreto 20.910/1932. Termo inicial. Data da consolidação do conhecimento efetivo da vítima das lesões e sua extensão. Princípio da *actio nata*. 1. O termo *a quo* para aferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida. Precedentes da Primeira Seção. 2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp 931.896/ES, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 20.09.2007, DJ 03.10.2007, p. 194).

No campo jurisprudencial, a teoria da *actio nata* também pode ser retirada do teor da Súmula 278 do mesmo Tribunal, que enuncia: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”. Do mesmo Tribunal, igualmente para ilustrar, vejamos mais recente julgado, publicado no seu *Informativo* n. 470, fazendo incidir a *actio nata*:

“Erro médico. Prescrição. Termo *a quo*. A Turma, na parte conhecida, deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. *In casu*, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana ocorrida em 1979, única cirurgia a que se submeteu. Nesse contexto, consignou-se que o termo *a quo* da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. Segundo o Min. Relator, se a parte não sabia que havia

instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em juízo. Precedente citado: REsp 694.287-RJ, DJ 20/9/2006” (STJ, REsp 1.020.801/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2011).

Seguindo nas concretizações práticas, a teoria da *actio nata* é abstraída da conclusão de que, no caso de falecimento de pessoa da família, o início do prazo prescricional para que os parentes promovam a demanda reparatória se dá com o falecimento do ente querido. Assim: “O termo inicial da contagem do prazo prescricional na hipótese em que se pleiteia indenização por danos morais e/ou materiais decorrentes do falecimento de ente querido é a data do óbito, independentemente da data da ação ou omissão. Não é possível considerar que a pretensão à indenização em decorrência da morte nasça antes do evento que lhe deu causa” (STJ, REsp 1.318.825/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. 509).

Em sede legislativa, a teoria foi adotada pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual, havendo acidente de consumo, o prazo prescricional de cinco anos tem início do conhecimento do dano e de sua autoria.

Surge, assim, um novo dimensionamento do tema da prescrição, melhor adaptado às ideias de eticidade e socialidade, valorizando-se a questão da informação. Realmente, a teoria da *actio nata* parece melhor adaptada à realidade contemporânea e à boa-fé objetiva.

Pois bem, o art. 190 do CC/2002 traz novidade, prevendo que a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão. A exceção é vista como um *contradireito* frente à pretensão, geralmente com o fim de negá-la ou de afastar o seu cumprimento (LARENZ, Karl. *Derecho Civil...*, p. 321).

De acordo com o Código Civil, os prazos aplicáveis às pretensões igualmente devem regulamentar as defesas e exceções correspondentes, de acordo com a equivalência material, consagração, em parte, do princípio da *actio nata*, pelo qual o prazo também pode ter início a partir da ciência da lesão ao direito subjetivo. Isso porque o réu da ação poderá ter conhecimento da lesão ao seu direito subjetivo justamente pela propositura da ação por alguém que também lhe deve determinada quantia. Sendo assim, não poderá perder o prazo para alegar, por exemplo, a compensação das dívidas.

Por razões óbvias, o dispositivo em análise também será aplicado às demandas condenatórias. Sobre essa inovação, o Código Civil atual supre uma omissão da codificação anterior, sendo certo que “alguns autores chegaram a defender a imprescritibilidade da exceção, o que não faz nenhum sentido. Prescrito o direito de ação, não há o que ser excepcionado” (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado...*, 2005, p. 122).

Ainda no que concerne ao art. 190 do Código Civil, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado estabelecendo que o comando somente incide às exceções impróprias, aquelas que são dependentes ou não autônomas, caso da compensação. Por outra via, as exceções propriamente ditas, independentes ou autônomas são imprescritíveis, como é a alegação de pagamento direto ou de coisa julgada (Enunciado n. 415). A proposta, de autoria de André Borges de Carvalho Barros, segue a doutrina de Maria Helena Diniz (*Código Civil anotado...*, 2010, p. 215).

De acordo com o art. 191 do atual Código, passa a ser admitida a renúncia à prescrição por parte daquele que dela se beneficia, ou seja, o devedor. Está superada a admissão da renúncia prévia, pois a renúncia somente é possível após se consumir a prescrição. Inicialmente, essa renúncia à

prescrição poderá ser *expressa*, mediante declaração comprovada e idônea do devedor, sem vícios. Pode ocorrer ainda a renúncia *tácita* da prescrição, por condutas do devedor que induzem a tal fato, como o pagamento total ou mesmo parcial da dívida prescrita, que não pode ser repetida, exemplo que é de obrigação natural (art. 882 do CC). Igualmente há renúncia tácita à prescrição no caso de acordo para parcelamento da dívida (TJMG, Apelação Cível 1.0145.02.0039445/0011, Juiz de Fora, 6.^a Câmara Cível, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, j. 20.10.2009, *DJEMG* 11.12.2009). Essa renúncia à prescrição ainda pode ser *judicial* – quando manifestada em juízo –, ou *extrajudicial* – fora dele.

Como é notório, os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes, outra inovação que consta do art. 192 do CC/2002. O comando legal em questão somente consolida o entendimento doutrinário anterior, pelo qual a prescrição somente teria origem legal, não podendo os seus prazos ser alterados por ato volitivo. Aqui, reside ponto diferenciador em relação à decadência, que pode ter origem convencional, conforme será visto oportunamente. Trazendo interessante aplicação prática do art. 192 do Código, transcreve-se julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Prescrição. Execução de contrato de financiamento. Vencimento antecipado. *Dies a quo* do prazo prescricional. Alteração do prazo prescricional. Impossibilidade. 1) Para que seja considerado o prazo prescricional do Código Civil revogado é preciso que já tenha havido a redução do prazo e, ainda, ter transcorrido mais da metade do prazo quando da entrada em vigor no novo código. 2) O prazo prescricional inicia-se da data em que ocorreu o vencimento antecipado da dívida, uma vez que é nesta data que o direito é violado e nasce a pretensão do credor. 3) Ter-se o prazo prescricional como iniciado na data do fim do contrato, e não do vencimento antecipado, violaria o disposto no *art. 192 do Código Civil*, pois se estaria alterando prazo estabelecido em Lei. 4) Recurso conhecido e improvido” (TJDF, Recurso inominado 2008.07.1.001151-3, Acórdão 328.066, 2.^a Turma Cível, Rel. Des. Luciano Vasconcelos, *DJDFTE* 10.11.2008, p. 100).

Na mesma linha, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que a previsão de prazo prescricional para ressarcimento inserido em contrato de compra e venda de ações de sociedade representa clara violação do art. 192 do Código Civil, norma de ordem pública que não pode ser contrariada por convenção das partes, premissa que sempre deve prevalecer (TJSP, Apelação n. 913233430.2009.8.26.0000, Acórdão n. 5924801, São Paulo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.05.2012, *DJESP* 11.06.2012).

Dispõe o art. 193 da codificação vigente que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita (o devedor ou qualquer interessado). Ilustrando, a prescrição pode ser alegada em sede de apelação, ainda que não alegada em contestação:

“Direitos civil e processual civil. Prescrição. Espécie extintiva. Alegação. Apelação. Possibilidade. Art. 162, CC. Silêncio em contestação. Irrelevância. Precedentes. Recurso especial. Enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Recurso desacolhido. I – A prescrição extintiva pode ser alegada em qualquer fase do processo, nas instâncias ordinárias, mesmo que não tenha sido deduzida na fase própria de defesa ou na inicial dos embargos à execução. II – A pretensão

recursal, que depende do reexame de documentos apresentados nas instâncias ordinárias, não comporta análise nesta Corte, a teor do Enunciado n. 7 de sua Súmula” (STJ, REsp 157.840/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^a Turma, j. 16.05.2000, *DJ* 07.08.2000, p. 109).

Em complemento, anote-se que, em recente julgado envolvendo o Direito Tributário, concluiu o STJ que a prescrição pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição, por envolver matéria de ordem pública, não havendo supressão de instância (STJ, AgRg-REsp 1.176.688/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.08.2010, *DJE* 13.10.2010).

Na prática, é muito comum a sua alegação ocorrer em sede de contestação, não como preliminar processual, mas como preliminar de mérito, porque com a sua apreciação serão analisadas questões de direito material. Como o Código Civil de 2002 não traz qualquer novidade em relação à matéria, continua em vigor a Súmula n. 150 do STF, pela qual prescreve “a execução no mesmo prazo da prescrição da ação”. Cumpre salientar que este autor não é adepto da *prescrição intercorrente* na esfera privada, aquela que corre no curso de demanda ou ação. Aliás, o entendimento majoritário sinaliza contra essa forma de prescrição, diante da morosidade que acomete o Poder Judiciário.

Na verdade, esse panorama quanto à alegação da prescrição pela parte mudou.

Isso porque *previa* o art. 194 do Código Civil que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. Utiliza-se a expressão no passado, pois o dispositivo em questão foi revogado pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.

Com a revogação desse dispositivo, perdem sentido dois enunciados do Conselho da Justiça Federal, aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*. O primeiro é o de número 154, pelo qual o juiz deveria suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz. Já o Enunciado n. 155 do CJF/STJ dispunha que estaria revogado o § 5.º do art. 219 do CPC que previa: “Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”.

Esse último dispositivo processual também foi alterado pela Lei 11.280/2006, tendo agora a seguinte redação simplificada: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Como se vê, a alteração do texto é substancial, justamente o oposto do que estava tratado. Cai o mito de que a prescrição não pode ser conhecida de ofício. Isso, em prol de *suposta* celeridade processual. Em tom crítico, pode-se dizer que o Código Civil era harmônico quanto ao tema de prescrição, principalmente se confrontado com a decadência. Mas essa harmonia foi quebrada pela reforma processual, como se verá adiante.

Como se pode notar, a matéria ficou consolidada somente na lei processual, não havendo mais qualquer disposição a ela no Código Civil. Foi retirada a exceção a favor do absolutamente incapaz, que não mais será aplicada. Além disso, não há mais menção a prescrição relacionada a direitos não patrimoniais, simplesmente porque não existe prescrição que não esteja relacionada com direitos subjetivos com esse caráter.

É importante trazer alguns aprofundamentos técnicos quanto ao reconhecimento da prescrição de ofício. Aliás, atualizando a obra e demonstrando que há aplicação prática e efetiva da prescrição de ofício, verifica-se que o STJ editou em novembro de 2009 a Súmula 409, dispondo que, em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício.

Pois bem, o primeiro aprofundamento relativo à matéria decorre de uma dúvida: como o reconhecimento da prescrição é de ofício, esta constitui matéria de ordem pública?

Alguns autores respondem positivamente, caso de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil...*, 2006, p. 408), Maria Helena Diniz (*Curso...*, 2007, v. 1, p. 397) e Roberto Senise Lisboa (*Comentários...*, 2006, p. 283).

Entretanto, parece a este autor ser prematuro fazer essa afirmação. Isso porque a prescrição envolve direitos patrimoniais e, portanto, a ordem privada. Entendem que a prescrição não passou a ser matéria de ordem pública Rodrigo Reis Mazzei (*A prescrição...*, 2007, p. 553) e José Fernando Simão (*Prescrição...*, abr. 2006).

Como *terceira via*, mas seguindo a segunda corrente, pode-se afirmar que, realmente, a prescrição não é matéria de ordem pública, mas a celeridade processual o é. Isso porque a Constituição Federal passou a assegurar como direito fundamental o direito ao razoável andamento do processo e à celeridade das ações judiciais (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, introduzido pela EC 45/2004). O reconhecimento da prescrição de ofício foi criado justamente para a tutela desses direitos.

Outro problema está relacionado com a renúncia judicial à prescrição. Vejamos um exemplo.

Alguém cobra judicialmente uma dívida, supostamente prescrita. Qual a decisão inicial do juiz?

Para um *prático*, a resposta é: uma sentença em que é reconhecida a prescrição de ofício, julgando-se extinta a ação com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC).

Para um *técnico*: o juiz deve determinar a citação do réu para que se manifeste quanto à renúncia à prescrição.

Essa resposta *técnica*, que a este autor parece ser a mais correta, foi dada na *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 295 CJF/STJ, que tem a seguinte redação: “A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado”. Em sentido idêntico, comenta Rodrigo Reis Mazzei ser necessária a intimação do réu (devedor), para que se manifeste quanto à renúncia à prescrição (*A prescrição...*, 2007, p. 553); posição que é compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo, jurista que é referência para o presente autor (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria...*, 2012, p. 183).

Tecnicamente, filia-se a tal entendimento, pois, caso contrário, a autonomia privada, manifestada pelo direito de se pagar uma dívida prescrita em juízo e renunciando à prescrição, estará seriamente ferida. Sendo a autonomia privada um valor associado à liberdade constitucional, pode-se até afirmar que a inovação é inconstitucional, caso este direito de renúncia à prescrição não seja assegurado.

Ademais, a primeira resposta pode ser injusta, pois afasta a possibilidade de discussão, em juízo, das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição. Esse entendimento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com menção aos novos doutrinadores do Direito Civil Brasileiro:

“Recurso especial. Tributário. Prescrição. Decretação *ex officio*. Prévia oitiva da Fazenda Pública. Nulidade. Inexistente. 1. ‘Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O

magistrado possui uma ‘bola de cristal’ para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição?’ (Nelson Rosendal in Prescrição da Exceção à Objeção. Leituras Complementares de Direito Civil. Cristiano Chaves de Farias, org. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. pág. 190). 2. A prévia oitiva da Fazenda Pública é requisito para a decretação da prescrição prevista no art. 40, § 4.º, da Lei 6.830/1980, bem como da prescrição referida no art. 219, § 5.º, do CPC, ainda que esse último dispositivo silencie, no particular. 3. Deve-se interpretar sistematicamente a norma processual que autoriza o juiz decretar *ex officio* a prescrição e a existência de causas interruptivas e suspensivas do prazo que não podem ser identificadas pelo magistrado apenas à luz dos elementos constantes no processo. 4. Embora tenha sido extinto o processo em primeira instância sem a prévia oitiva da Fazenda Pública, quando da interposição do recurso de apelação, esta teve a oportunidade de suscitar a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional. Assim, não há que ser reconhecida a nulidade da decisão que decretou a extinção do feito. 5. A exigência da prévia oitiva do Fisco tem em mira dar-lhe a oportunidade de arguir eventuais óbices à decretação da prescrição. Havendo possibilidade de suscitar tais alegações nas razões da apelação, não deve ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida. 6. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.005.209/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 08.04.2008, DJ 22.04.2008, p. 1).

Tudo isso sob o prisma mais técnico e menos prático, que felizmente tem prevalecido muitas vezes.

Aliás, no tocante à suposta inconstitucionalidade da inovação, merecem ser lidas as críticas contundentes formuladas pelo processualista Alexandre Freitas Câmara, em artigo científico (Reconhecimento de ofício..., Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Seção Processo Civil. Acesso em: 19 abr. 2007). Desse texto intrigante, merece destaque:

“Tenho para mim que esta é uma modificação amalucada ou, como disse no título que atribuí ao presente estudo, descabeçada. Penso, e o digo aqui sem qualquer pudor, que o legislador brasileiro demonstra, agora, que perdeu totalmente o juízo.

Registro, desde logo, que até mesmo a Bíblia (e não vai aqui nenhuma manifestação religiosa, frise-se) admite que o sábio perca o juízo: ‘Verdadeiramente, a opressão faz endoidecer até o sábio, e o suborno corrompe o coração’. Pois parece que o legislador perdeu, apesar de sua costumeira sabedoria, o siso. Algumas normas jurídicas integrantes do ordenamento brasileiro bem mostram isso, e a de que aqui se trata é apenas mais um exemplo, sendo possível lembrar de outros.

(...).

Verifica-se, pois, que a existência de uma incoerência entre normas jurídicas contraria três valores que, no Brasil, são constitucionalmente assegurados: isonomia, adequação, segurança jurídica.

O princípio da isonomia, como é notório (e, por isso mesmo, dispensa comprovação), está consagrado no art. 5.º, *caput*, da Constituição da República (que afirma que todos são iguais perante a lei). Já a adequação é um dos elementos integrantes do princípio da razoabilidade, o qual tem sua *sedes materiae* no art. 5.º, LIV, da Constituição da República. Por fim, o princípio

da segurança jurídica está, também, expressamente consagrado no *caput* do art. 5.º da *Lex Legum*.

Assim, outra conclusão não há a não ser a que aqui se aponta: sendo a norma autorizadora do reconhecimento *ex officio* da prescrição incoerente com o sistema jurídico brasileiro, deve ela ser considerada inconstitucional”.

Superada a visão crítica da alteração legislativa, consagra a norma privada que 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 (art. 195 do CC/2002). Desse modo, a atual codificação enuncia a possibilidade de os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas promoverem ações correspondentes contra seus representantes ou prepostos que deram causa à perda de uma pretensão ou não a alegaram quando deviam tê-lo feito.

No que toca ao último caso, o artigo em questão, sem dúvida, pode ser aplicado aos advogados ou procuradores, que têm responsabilidade subjetiva por tais fatos, mediante culpa, nos termos dos arts. 186 do CC e 14, § 4.º, do CDC.

Comparando-se o art. 195 do atual Código com o texto anterior (art. 164 do CC/1916), ampliam-se as possibilidades, deferindo direito que antes não estava reconhecido também às pessoas jurídicas, tanto de direito público quanto de direito privado.

Para encerrar as regras gerais de prescrição, dispõe o art. 196 do atual Código que “A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor”. A codificação de 2002 substituiu a expressão *herdeiro*, que constava do art. 165 do CC/1916, pelo termo *sucessor*. Dessa forma, alarga-se a possibilidade de continuidade da prescrição, tanto em decorrência de ato *mortis causa* (testamento ou legado) quanto *inter vivos* (compra ou sucessão de empresas).

8.2.3 Das causas impeditivas e suspensivas da prescrição

O Código Civil consagra, entre os seus arts. 197 e 201, hipóteses em que o prazo de prescrição é impedido ou suspenso.

Inicialmente, enuncia o art. 197 que não corre a prescrição nas seguintes hipóteses:

- a) entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- b) entre ascendente e descendente, durante o poder familiar;
- c) entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

O efeito da adoção do dispositivo citado, que denota as causas impeditivas da prescrição, equivale ao da suspensão. Dessa forma, se o prazo ainda não foi iniciado, não correrá. Caso contrário, cessando a causa de suspensão, o prazo continua a correr do ponto em que parou.

Pelo tratamento legal dos seus incisos, observa-se que os casos em questão envolvem situações entre pessoas, não dependendo de qualquer conduta do credor ou do devedor, ao contrário do que ocorre com a interrupção da prescrição. Parte-se então para uma análise aprofundada desse art. 197 do CC.

Pelo seu inciso I, entre marido e mulher não correrá a prescrição ainda não iniciada ou, se

iniciada, será suspensa. O Código de 2002 substitui a expressão *matrimônio* por *sociedade conjugal* afastando dúvidas anteriores, uma vez que a última é que estabelece o regime de bens. A princípio, a separação de fato não impede a aplicação da regra, somente correndo a prescrição a partir do trânsito em julgado da sentença de separação judicial (consensual ou litigiosa), da sentença de divórcio direto ou da escritura pública de separação ou divórcio. Todavia, conforme comentado no Volume 5 da presente coleção, surge entendimento de que a sociedade de fato pode pôr fim à sociedade conjugal. Ademais, as conclusões referentes à separação judicial e extrajudicial devem ser vistas com ressalvas, eis que este autor filia-se ao entendimento pelo qual a Emenda do Divórcio (EC 66/2010) retirou do sistema a separação de direito. Esse tema do mesmo modo está aprofundado no Volume 5 desta série bibliográfica.

Diante da proteção constitucional da união estável (art. 226 da CF/1988), na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 296 do CJF/STJ prevendo que “Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável”. Tal conclusão já foi aplicada pela jurisprudência nacional, contando com o apoio deste autor (TJMG, Apelação Cível 1.0702.08.432531-6/0011, Uberlândia, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 04.06.2009, *DJEMG* 29.06.2009).

A prescrição ainda permanece suspensa na constância do poder familiar, entre ascendentes e descendentes (pais e filhos, em regra) – inciso II. Nota-se a adequação do texto à nova realidade do Direito de Família (*despatriarcalização*), por suprimir-se a expressão *pátrio poder*, eminentemente patriarcal, superada pela nova dimensão dada à família pelo Texto Constitucional. Utiliza-se, portanto, a expressão *poder familiar*. Nesses casos, o prazo prescricional inicia-se da data em que o menor completa 18 anos, exceção feita aos casos de emancipação, previstos no art. 5.º da codificação civil ou de destituição do poder familiar.

A título de exemplo, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça concluiu que não corre a prescrição entre pai e filho menor no caso de ação reparatória de danos decorrentes do abandono afetivo, tema que está exposto e aprofundado nos Volumes 2 e 5 da presente coleção (STJ, REsp 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.08.2012, publicado no *Informativo* n. 502).

Por fim, o Código Civil atual mantém a regra anterior, pela qual não corre a prescrição entre tutor e tutelado, curador e curatelado na vigência da tutela e da curatela, institutos de direito assistencial, relacionados com a administração de bens dos incapazes menores e maiores, respectivamente (inciso III). Se por um lado essa previsão não constitui qualquer inovação, por outro é interessante anotar que não se prevê mais suspensão da prescrição a favor do credor pignoratício, do mandante, do depositante, do devedor, de pessoas representadas e de seus herdeiros, em decorrência de bens confiados à sua guarda (art. 168 do CC/1916), razão pela qual, entre essas pessoas, eventuais pretensões condenatórias terão curso de prescrição normal.

O art. 198 do CC/2002 em vigor preconiza que também não corre a prescrição contra os incapazes (art. 3.º do CC); contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios e contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

No que concerne aos incapazes, pode ser formulado o seguinte quadro esquemático:

	Relativamente incapazes	Corre contra ou a favor
--	-------------------------	-------------------------

Prescrição	Absolutamente incapazes	Se contra: a prescrição não corre
		Se a favor: a prescrição corre

Este autor está filiado ao entendimento doutrinário pelo qual o art. 198 do CC/2002 trata de causas suspensivas da prescrição, eis que, na maioria das vezes, nos casos apresentados, o prazo já terá o seu início em curso. Observa-se, mais uma vez, conforme o comentário anterior, que todos os incisos tratam de hipóteses envolvendo situações entre pessoas.

Para ilustrar, o prazo inicialmente corrido em relação aos absolutamente incapazes, apresentados em rol taxativo no art. 3.º do atual Código, ficará suspenso. Eventualmente, se não teve início a contagem do prazo, haverá causa impeditiva, em consonância com a proteção dos absolutamente incapazes, que envolve a ordem pública e os interesses da coletividade.

Sem qualquer inovação do que constava no texto anterior, haverá causa suspensiva em relação àqueles que estiverem fora do Brasil, prestando serviço público aos órgãos da administração direta ou indireta do Estado.

A expressão *ausentes*, utilizada no comando legal em questão, não se refere especificamente à ausência tratada entre os arts. 22 a 29 da codificação, mas àqueles que estiverem fora do País. De qualquer forma, há entendimento pelo qual a ausência, causa de morte presumida, está incluída nesse art. 198, inc. II, do CC. Esse é o teor do Enunciado n. 156 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* no sentido de que “desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente”. A proposta desse enunciado foi formulada por João Baptista Villela, um dos maiores civilistas brasileiros, reconhecido internacionalmente.

Também por questão de bom senso, suspende-se a prescrição relativamente aos militares que estiverem servindo o exército, a marinha ou a aeronáutica em tempos de guerra, caso, por exemplo, dos brasileiros enviados a outros países para compor os serviços de paz da Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar do nome *serviços de paz, os tempos são de guerra*, obviamente. Até por motivos práticos, pela impossibilidade de citação muitas vezes percebida no caso concreto, o prazo deverá permanecer suspenso.

Já o art. 199 do CC elenca, ao mesmo tempo, causas impeditivas (incs. I e II) e causa suspensiva (inc. III), que merecem o mesmo tratamento prático, envolvendo situações entre pessoas.

Segundo o inciso I do art. 199, não corre a prescrição pendendo condição suspensiva, o que é uma causa impeditiva. A condição pode ser conceituada como um evento futuro e incerto que suspende a aquisição de direitos, bem como a eficácia de um ato ou negócio jurídico (plano da eficácia, terceiro degrau da *Escada Ponteano*). Como é notório, o termo inicial tem a mesma eficácia dessa condição suspensiva, conforme consta do art. 135 do Código Civil. Desse modo, exemplifica-se com o caso de um contrato de locação. Antes do termo inicial, como não poderia ser diferente, não correrá qualquer prescrição, eis que o contrato ainda não teve o seu início. Outro exemplo de condição suspensiva pode ser retirado da Súmula 229 do STJ, pela qual o “pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”.

Outra causa impeditiva é o não vencimento do prazo (art. 199, inc. II, do CC). Deduz-se que o

comando legal em questão refere-se não ao prazo de prescrição, mas àquele fixado para um ato ou negócio jurídico. Não estando vencido o prazo, pela não ocorrência do termo final – evento futuro e certo que põe fim aos direitos decorrentes de um negócio –, assinalado pela lei ou pela vontade das partes, não se pode falar em prescrição, havendo causa impeditiva da extinção da pretensão. Ilustrando de forma ainda mais específica, não vencido o prazo para pagamento de uma dívida, não corre a prescrição.

Por fim, pelo mesmo comando legal, há causa suspensiva pendendo ação de evicção (art. 199, inc. III). A evicção pode ser conceituada como a perda da coisa em decorrência de uma decisão judicial ou apreensão administrativa que a atribui a terceiro, cujo tratamento legal específico consta entre os arts. 447 a 457 do CC. São partes da evicção: o evictor (ou evincente) – aquele que pleiteia a coisa –, o evicto (ou evencido) – aquele que perde a coisa, o adquirente – e o alienante – aquele que transfere a coisa litigiosa, em ato motivado pela má-fé. De acordo com o primeiro dispositivo citado, pendendo qualquer ação entre essas pessoas, a prescrição permanecerá suspensa.

Determina o art. 200 do atual Código Civil que quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Trata-se de uma inovação, que traz *causa impeditiva* pela qual, na pendência de apuração criminal, não corre a prescrição até o trânsito em julgado da sentença a ser prolatada nesse âmbito. Esse dispositivo legal tem aplicação direta aos casos que envolvem a pretensão indenizatória, com prazo prescricional de três anos, contados da ocorrência do evento danoso ou do conhecimento de sua autoria, conforme o art. 206, § 3.º, inc. V, do atual CC. Entre os vários e recentes julgados que aplicam o art. 200 do CC, colaciona-se o seguinte, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Direito civil. Demanda reparatória. Acidente automobilístico. Ocorrência de lesões corporais, além da morte da companheira. Inocorrência de prescrição, cujo prazo apenas começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Inteligência dos artigos 200 e 935, ambos do Código Civil. Raciocínio que se mostra coerente com o sistema da reparação civil *ex delicto*, sobretudo em razão do conteúdo dos artigos 63 e 64 do CPP; 91, I, do CP; e 475-N, II, do CPC. Impossibilidade de liquidação da sentença proferida no âmbito criminal apenas porque a demanda reparatória foi proposta em face da concessionária de serviços de transporte. Danos morais configurados. Circunstâncias do evento que fornecem elementos capazes de justificar a fixação da compensação em patamares superiores àqueles estabelecidos na sentença. Autor que comprova que nos seis meses posteriores ao acidente não teve condições de realizar suas atividades laborativas em razão de grave abalo psicológico, inclusive com o uso de medicamentos. Possibilidade de conhecimento de questão não resolvida inteiramente na primeira instância, com base no artigo 515, § 1.º, do CPC. Lesões corporais que, embora compensáveis, não causaram dano estético ao autor. Reparação fixada em R\$ 96.000,00, sendo R\$ 80.000,00 relativos à morte da companheira do autor e o restante pelas lesões corporais por este sofridas. Desprovimento do recurso do réu e parcial provimento ao recurso do autor” (TJRJ, Apelação 2009.001.57118, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. 07.10.2009, *DORJ* 13.10.2009, p. 126)

Também da jurisprudência, conforme decisão publicado *no Informativo* n. 500 do STJ, a

finalidade do art. 200 do CC/2002 “é evitar soluções contraditórias entre os juízos cíveis e criminais, especialmente quando a solução do processo penal seja determinante do resultado do cível. Sendo assim, permite-se à vítima aguardar a solução da ação penal para, apenas depois, desencadear a demanda indenizatória na esfera cível. Por isso, é fundamental que exista processo penal em curso ou, pelo menos, a tramitação de inquérito policial até o seu arquivamento” (STJ, REsp. 1.180.237/MT, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/6/2012).

De toda sorte, há certo conflito entre o comando ora estudado e o art. 935 do mesmo Código, eis que esse dispositivo enuncia que a responsabilidade civil independe da criminal. Consigne-se que a referida independência não é total, pois o curso do prazo prescricional civil depende da apuração dos fatos no âmbito criminal, pelo que consta da inovação ora visualizada.

Segundo o art. 201 do CC, suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, esta suspensão só aproveitará aos demais se a obrigação for indivisível. Desse modo, no caso de solidariedade ativa, por regra a suspensão da prescrição que favorece um dos cocredores não atinge os demais. A única exceção feita é para a obrigação indivisível, nos termos do art. 258 da codificação. As diferenças entre a obrigação solidária e a obrigação indivisível constam do Volume 2 da presente coleção.

Desse modo, sendo a obrigação solidária ou divisível, somente será beneficiado pela suspensão do prazo prescricional aquele que se encontrar em uma das situações descritas pelos comandos legais apresentados anteriormente, que trazem benefícios de natureza personalíssima, por envolverem situações entre pessoas, conforme foi comentado.

8.2.4 Das causas de interrupção da prescrição

Ao contrário do que ocorre com as causas impeditivas e suspensivas, a interrupção do prazo prescricional envolve *condutas* do credor ou do devedor. Relativamente aos seus efeitos, é cediço que a interrupção faz com que o prazo retorne ao seu início, *partindo do seu ponto zero*.

Pois bem, estatui o art. 202, *caput*, do atual Código Civil que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer *uma vez*, novidade que traz alguns problemas práticos, conforme será analisado.

Como primeira hipótese de interrupção (art. 202, inc. I, do CC), esta pode ocorrer “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”.

De início, é interessante confrontar esse dispositivo, novidade parcial, com o art. 219 do CPC, que preceitua: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1.º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação”. Anote-se que a previsão é mantida pelo projeto de Novo Código de Processo Civil (art. 209 do Substitutivo).

Resta a dúvida: há realmente um conflito entre tais normas ou antinomia? O Código Civil de 2002 revogou o Código de Processo Civil? Acredita-se que não.

A melhor resposta é dada por Carlos Roberto Gonçalves (Prescrição: questões relevantes e polêmicas. *Questões controvertidas...*, 2003, v. I), entre os civilistas; e Flávio Luiz Yarshell (A interrupção..., *Síntese Jornal*, n. 75, p. 13, maio 2003), entre os processualistas. Entendem esses

doutrinadores que não houve revogação. Na verdade os dois artigos devem ser interpretados sistematicamente e em complemento. O que se procura fazer é um diálogo de complementaridade entre as duas leis, outra aplicação da festejada tese do *diálogo das fontes*, de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques.

A solução, então, é a seguinte: a interrupção dar-se-á com o despacho do juiz (Código Civil), retroagindo essa interrupção ao momento da propositura da ação (Código de Processo Civil). Seguindo a ideia, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado com o seguinte teor: “O art. 202, I, do CC, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1.º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição, produzido pelo despacho que ordena a citação, possui efeito retroativo até a data da propositura da demanda” (Enunciado n. 417).

Com esse entendimento, fica prejudicado o teor da Súmula n. 106 do STJ, pela qual “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da justiça não justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência”. Isso porque o que é relevante para se verificar a existência da prescrição é a data da propositura da demanda. De toda sorte, a solução a ser considerada é a mesma constante da ementa sumular.

O mesmo art. 202 prevê nos seus incisos II e III que ocorre a interrupção da prescrição por protesto judicial (nos termos do inciso I, antes comentado), bem como pelo protesto cambiário. A codificação emergente inova ao dispor sobre a possibilidade de interromper-se a prescrição, além do protesto judicial – ação específica de jurisdição voluntária que visa a dar publicidade a uma situação fática ou jurídica –, também pelo protesto extrajudicial ou cambiário, aquele realizado perante o cartório extrajudicial de protesto de títulos. Dessa forma, está totalmente prejudicada a Súmula n. 153 do STF, pela qual “Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição”.

Mas há um problema relacionado a essa interrupção, que, segundo o Código de 2002, somente poderá ocorrer *uma vez*. Pois bem, imagine-se um caso em que houve o protesto cambiário (art. 202, inc. III, do CC/2002), o que gera a interrupção da prescrição. Com a propositura da ação (art. 202, inc. I, do CC/2002), o prazo continuará a fluir? Se a resposta for afirmativa, o autor deve receber o seu crédito até o final do prazo, sob pena de extinção da pretensão. É essa a melhor interpretação? Acreditamos que não. Este autor pensa que não. Desse modo, dois são os caminhos a seguir para responder negativamente.

- *1.º caminho*: Apontado por Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições...*, 2003, v. I, p. 700). Para o clássico jurista, forçoso entender que nos casos de protesto (judicial ou extrajudicial) a citação para o procedimento definitivo (ação para cobrança, por exemplo) não perde o efeito interruptivo. Assim, nessas situações, a interrupção pode se dar mais de uma vez (*dualidade de interrupções da prescrição*). Diz Caio Mário, para chegar a essa conclusão, que “nenhuma lei pode receber interpretação que conduza ao absurdo”.
- *2.º caminho*: Entender que a ação proposta suspende a prescrição, conforme o art. 199, I, do CC, eis que a ação é uma condição suspensiva. Essa proposta é a mais condizente com o texto legal, eis que está amparada naquilo que a codificação consagra.

Anote-se que a polêmica surge tanto no caso de protesto judicial (art. 202, II, do CC) quanto no de protesto cambiário (art. 202, III, do CC), sendo a segunda solução a melhor, pois não *atropela*

totalmente a regra do art. 202, *caput*, do CC. Em outros casos, estudados a seguir, o problema também emerge.

Superada esta discussão, destaque-se que a prescrição ainda é interrompida pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (art. 202, inc. IV, do CC). Aqui cabe somente destacar que a habilitação de crédito promovida pelo credor no processo de inventário, falência, ou insolvência civil interrompe a prescrição, havendo ato praticado pelo credor.

Também qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor gera a interrupção da prescrição (art. 202, inc. V, do CC). Assim, a notificação e a interpelação judicial, além do protesto judicial antes referido, continuam gerando a interrupção da prescrição, além de constituir o devedor em mora (*mora solvendi ex persona*). Neste ponto, do mesmo modo pode surgir hipótese relacionada à última polêmica discutida, ou seja, quanto à *dualidade das interrupções da prescrição*.

Deve ficar claro que a notificação extrajudicial, via cartório de títulos e documentos, não gera a interrupção da prescrição, pela ausência de previsão legal específica. O mesmo pode ser dito quanto a qualquer ato extrajudicial promovido pelo credor com esse objetivo, caso de uma carta enviada pelo correio.

Pois bem, restou evidenciado que o art. 202, nos seus incisos I a V, prevê casos em que *condutas do credor* podem gerar a interrupção da prescrição. Mas o inciso VI traz o único caso em que *condutas do devedor* trazem o mesmo efeito, a saber:

“Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

(...)

VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

Diante desse comando legal, qualquer atuação do devedor que importe em reconhecimento total ou parcial da existência da dívida gera a interrupção da prescrição. Como exemplos de atos que têm esse condão, podem ser citados o pagamento de juros ou de cláusula penal, o envio de correspondência reconhecendo a dívida, o seu pagamento parcial ou total, entre outros.

Essas condutas podem ocorrer no plano judicial ou extrajudicial, segundo consta do próprio dispositivo transcrito. No plano judicial, vejamos concretização constante do Enunciado n. 416, da *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: “A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição”.

O entendimento constante do enunciado doutrinário em apreço pode ser encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A ilustrar: “A propositura de demanda judicial pelo devedor, seja anulatória, seja de sustação de protesto, que importe em impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição. A manifestação do credor, de forma defensiva, nas ações impugnativas promovidas pelo devedor, afasta a sua inércia no recebimento do crédito, a qual implicaria a prescrição da pretensão executiva; além de evidenciar que o devedor tinha inequívoca ciência do interesse do credor em receber aquilo que lhe é devido. O art. 585, § 1.º, do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 202, VI,

do Código Civil. Logo, se admitida a interrupção da prescrição, em razão das ações promovidas pelo devedor, mesmo que se entenda que o credor não estava impedido de ajuizar a execução do título, ele não precisava fazê-lo antes do trânsito em julgado dessas ações, quando voltaria a correr o prazo prescricional” (STJ, REsp 1.321.610/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 21.02.2013, *DJe* 27.02.2013)

De toda sorte, conforme outrora exposto, o presente autor entende que é melhor enquadrar a propositura de demanda como condição suspensiva e não como causa interruptiva. Isso porque, frise-se, a interrupção da prescrição, pela própria dicção do art. 202, *caput*, do Código Civil, somente pode ocorrer uma vez, o que obstará outra interrupção com o ingresso de nova demanda, caso de uma ação de cobrança posterior, por exemplo.

Superada a análise das hipóteses de interrupção da prescrição, pertinente comentar outras regras que constam da novel codificação quanto à matéria.

Inicialmente, prevê o parágrafo único do art. 202 que a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. Não há novidade nesse comando, que reconhece como o principal efeito da interrupção o reinício da contagem do prazo, cessada a sua causa, ao contrário do que ocorre com a suspensão, em que o prazo continua a contar de quando parou. Deve ficar claro que o efeito interruptivo cessa da ocorrência do ato que a interromper, seja no plano processual ou fora dele.

Por outra via, dispõe o art. 203 do CC/2002 em vigor que: “A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado”. O Código Civil atual apresenta agora um sentido genérico quanto às pessoas que podem, por ato próprio, interromper a prescrição. A expressão genérica “qualquer interessado” substitui o rol taxativo previsto anteriormente (CC/1916: “Art. 174. Em cada um dos casos do artigo 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”). A inovação é mais justa, estando sintonizada como princípio da operabilidade. Adota-se um sentido aberto, o que está mais de acordo com a *concepção realeana*, que inspira o nosso Código Civil.

Dentro dessa ideia, cabe interpretação pelo aplicador do direito, no que se refere à *ontognoseologia jurídica* antes estudada. Incumbe ao juiz, dentro das regras de equidade e razoabilidade, apontar quem seria o *interessado* referido no dispositivo. Obviamente, continuam abarcadas pelo texto genérico atual as situações antes previstas, envolvendo o titular da pretensão, o seu representante e aquele que tenha legítimo interesse, como no caso do cocredor, do codevedor e dos sucessores das partes envolvidas com a pretensão. Todavia, o modelo atual é aberto (*numerus apertus*) e não mais fechado (*numerus clausus*).

Enuncia o art. 204, *caput*, do CC/2002 que a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros. Do mesmo modo, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados. A codificação atual continua reconhecendo o caráter personalíssimo do ato interruptivo, sendo certo que este não aproveitará aos cocredores, codevedores ou herdeiros destes, nos casos de ausência de previsão de solidariedade. Sem prejuízo dessa previsão, constam regras específicas nos parágrafos do dispositivo.

De acordo com o seu § 1.º, excepcionando a regra prevista no *caput* do artigo, a interrupção da prescrição atingirá os credores e devedores solidários, bem como os herdeiros destes. Isso, se a

solidariedade estiver prevista em lei ou no contrato celebrado pelas partes, seguindo a lógica do que consta do art. 265 do CC, pelo qual a solidariedade contratual não se presume nas relações civis.

O § 2.º do dispositivo enuncia que no caso dos herdeiros do devedor, entretanto, deve ser observada norma específica. Havendo interrupção contra um dos herdeiros do devedor solidário, esta não prejudicará os demais, a não ser que a obrigação seja indivisível (art. 258 do CC).

Por fim, de acordo com o § 3.º do art. 204, no caso de interrupção da prescrição em prejuízo do devedor principal, essa também atingirá o fiador. Isso porque, conforme regra básica do Direito Civil, tudo o que ocorre na obrigação principal repercute na obrigação acessória, natureza que possui o contrato de fiança, acessório por excelência (*princípio da gravitação jurídica*). Merecem o mesmo tratamento legal as hipóteses em que o fiador tem a favor de si o benefício de ordem e o caso de o mesmo ser devedor solidário, sem qualquer distinção (arts. 827 e 828, CC/2002).

Superada a análise dos casos de interrupção da prescrição, passa-se ao estudo dos prazos prescricionais previstos no atual Código Civil.

8.2.5 Dos prazos de prescrição previstos na Parte Geral do Código Civil. As ações imprescritíveis

O prazo da prescrição, como se sabe, é o espaço de tempo que decorre entre seu termo inicial e final.

Ao contrário da codificação anterior, o Código Civil de 2002 optou por um critério simplificado de 10 anos para o prazo prescricional geral, tanto para as ações pessoais como para as reais, salvo quando a lei lhe tenha fixado prazo menor (art. 205 do CC).

Assim, os prazos de prescrição recebem a seguinte classificação:

- a) *Prazo ordinário ou comum* – quando não houver previsão de prazo especial, tem-se o prazo prescricional de 10 anos, tanto para as ações pessoais quanto reais.
- b) *Prazos especiais* – prazos mais exíguos para possibilitar o exercício de certos direitos subjetivos, em situações especiais – art. 206, §§ 1.º a 5.º, do CC. Os prazos de prescrição, no Código Civil de 2002, estão *todos* previstos no citado art. 206 e são de 1, 2, 3, 4 ou 5 anos, de acordo com o número do parágrafo correspondente.

A seguir estão demonstrados esses prazos especiais de prescrição:

§ 1.º) Prescrevem em 1 (um) ano:

a) A pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos.

b) A pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

- 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;
- quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão.

c) A pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários.

d) 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 assembleia que aprovar o laudo.

e) 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.

§ 2.º) Prescreve em 2 (dois) anos a pretensão para haver prestações alimentares já fixadas, a partir da data em que se vencerem. Esclareça-se que a ação de alimentos em si não está sujeita à prescrição ou à decadência. Apenas prescrevem em dois anos os valores fixados em sentença ou em acordo, a partir dos respectivos vencimentos (*prescrição parcial ou parcelar*). Sobre o tema, esclarece Nestor Duarte que, “quando o direito se dividir em cotas periódicas, distingue-se a prescrição nuclear, ou de fundo de direito, da prescrição parcelar” (DUARTE, Nestor. *Código Civil Comentado*.... 4. ed., 2010, p. 144). A primeira atinge toda a pretensão; a segunda, apenas parcelas relativas ao direito subjetivo.

§ 3.º) Prescrevem em 3 (três) anos:

a) A pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos.

b) A pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias.

c) A pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela.

d) A pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. A previsão é genérica, podendo enquadrar várias situações. A ilustrar, da jurisprudência paulista: “Restituição. Distrato da venda e compra de imóvel que se deu em 26.07.04 e no qual constou a não devolução dos valores pagos. Prazo prescricional que é de três anos para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa, nos termos do art. 206, § 3.º, IV, do Código Civil. Prazo já consumado porque a ação foi proposta em 28.02.08. Correta a r. sentença que reconheceu a prescrição” (TJSP Apelação Cível 673.295.4/3, Acórdão 4137373, Cotia, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 15.10.2009, *DJESP* 17.11.2009).

e) A pretensão de reparação civil – prazo este que era de vinte anos, aplicando-se a regra geral do Código de 1916 pela ausência de norma específica, e alterou a sistemática da matéria de responsabilidade civil, conforme tópico que ainda será discutido. Pelo tratamento específico que consta do atual Código, deve-se entender que estão canceladas as seguintes súmulas: Súmula n. 39 do STJ – “Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista”; Súmula n. 143 do STJ – “Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial” e Súmula n. 22 do 1.º TACSP – “Prescreve em cinco anos as ações de indenização decorrentes de acidente ferroviário propostos contra a Ferrovia Paulista S/A”. Para todos esses casos, deverá ser aplicado o novo prazo legal de três anos, eis que as hipóteses anteriores tratavam de reparação civil. Anote-se que na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado polêmico, de autoria do Professor Gustavo Tepedino, estabelecendo que o prazo de três anos tem incidência tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual (Enunciado n. 419). A questão não é pacífica, uma vez que julgados do STJ concluem pela aplicação de outros

prazos especificados em outros preceitos e não no comando em análise, em havendo a citada responsabilidade civil contratual. Assim, aplicando o prazo de geral de dez anos do art. 205 do CC: STJ, REsp. 1.176.320/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19.02.2013, *DJe* 26.02.2013; REsp 1.222.423/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15.09.2011, *DJe* 01.02.2012; e REsp 1.276.311/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20.09.2011, *DJe* 17.10.2011. Esta última parece a melhor solução, especialmente quando a responsabilidade civil contratual envolver a tutela de vulneráveis, como consumidores e aderentes. Relativamente às ações de responsabilidade civil decorrentes de acidente de trabalho, filia-se à corrente segundo a qual continua em vigor o prazo prescricional de cinco anos, previsto para o trabalhador urbano ou o rural (art. 7.º, XXIX, da CF/1988), prazo esse que é mais favorável ao trabalhador-vulnerável. Nessa linha de conclusão, o preciso Enunciado n. 420 do CJP/STJ, da *V Jornada de Direito Civil*: “Não se aplica o art. 206, § 3.º, V, do Código Civil às pretensões indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho, após a vigência da Emenda Constitucional n. 45, incidindo a regra do art. 7.º, XXIX, da Constituição da República”.

f) A pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição.

g) A pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

- para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;
- 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 assembleia-geral que dela deva tomar conhecimento;
- para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação.

h) A pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial. Esse dispositivo somente se aplica a títulos de crédito atípicos, aqueles sem previsão legal. Não se aplica ao cheque e à duplicata, por exemplo, que têm tratamento legal específico (art. 903 do CC).

i) A pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório. Aqui se enquadra a cobrança do DPVAT, nos termos da recente Súmula 405 do STJ.

§ 4.º) Prescreve em 4 (quatro) anos a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5.º) Prescrevem em 5 (cinco) anos:

a) A pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. Aplicando tal preceito, vejamos instigante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relativo ao prazo para cobrança de anuidades de advogados pela Ordem dos Advogados do Brasil: “Direito civil. Prescrição. Prazo de prescrição da pretensão de cobrança de anuidades pela OAB. Após a entrada em vigor do CC/2002, é de cinco anos o prazo de prescrição da pretensão de cobrança de anuidades pela OAB. De acordo com o art. 46, parágrafo único, da Lei 8.906/1994, constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pelo Conselho competente referente a crédito decorrente de contribuição devida à OAB, não sendo necessária, para sua validade, sequer a assinatura do devedor

ou de testemunhas. Assim, o título que embasa a referida cobrança é espécie de instrumento particular que veicula dívida líquida, sujeitando-se, portanto, ao prazo quinquenal estabelecido no art. 206, § 5.º, I, do CC/2002, aplicável à ‘pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular’. É certo que, até o início da vigência do CC/2002, não havia norma específica regulando a prescrição da referida pretensão, motivo pelo qual se lhe aplicava o prazo geral de vinte anos previsto no CC/1916. Todavia, com o advento do CC/2002, havendo regra específica a regular o caso, qual seja, a do art. 206, § 5.º, I, é inaplicável o prazo geral de dez anos previsto no art. 205 do mesmo diploma legal” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.267.721/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 11.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. 513).

b) 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. Como se nota, em tal previsão se enquadram as cobranças de créditos em benefício dos advogados em geral frente aos seus clientes.

c) A pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Pois bem, como é notório, a prescritibilidade é a regra, colocada à disposição do devedor, uma vez que o direito não socorre aqueles que dormem. Já a imprescritibilidade constitui a exceção. Reunindo o que de melhor há na doutrina e na jurisprudência, na *opinio* deste autor, são imprescritíveis as pretensões que versem sobre:

- Os direitos da personalidade, relacionados com a vida, a integridade físico-psíquica, a honra, o nome, a imagem e a intimidade. Ressalte-se que, seguindo esta linha, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela imprescritibilidade da ação reparatória que diz respeito a torturas praticadas quando da ditadura militar no Brasil (por todos, um dos primeiros julgados sobre o tema: STJ, REsp 379.414/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.02.2003. Mais recentemente, ver acórdão publicado no *Informativo* n. 523 daquela Corte Superior).
- O estado da pessoa, como a filiação, a condição conjugal e a cidadania. Exemplificando, o filho nascido fora de um casamento pode mover ação de investigação de paternidade a qualquer momento, não havendo prescrição para tanto. Cite-se ainda a previsão do tão criticado art. 1.601 do CC pelo qual “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”, bem como da Súmula 149 do STF de que “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.
- As ações declaratórias de nulidades absolutas, por envolverem questões de ordem pública. A nulidade não convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do CC/2002).
- As pretensões relativas ao Direito de Família no que concerne à questão inerente à existência de pensão alimentícia, à vida conjugal, à nulidade do casamento, à separação, ao divórcio, ao reconhecimento e à dissolução de união estável.
- As ações referentes a bens públicos de qualquer natureza, que são bens imprescritíveis, uma vez que não podem ser objeto de usucapião (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988).

Nunca é demais citar o artigo de Agnelo Amorim Filho, intitulado *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis* (publicado na RT 300/7 e republicado na RT 744/725). O Código Civil atual adotou a teoria do renomado professor paraibano, sendo certo que quando se tem ação com natureza predominantemente declaratória, a mesma será imprescritível, ou melhor, não sujeita à prescrição ou à decadência. Ao contrário se a natureza da ação for condenatória, inibitória ou de reparação de danos, o prazo correspondente será prescricional.

Como se pode perceber, todos os prazos elencados no art. 206 estão relacionados com ações dessas naturezas e de cunho patrimonial, tratando particularmente de cobrança de valores e

reparação de danos.

Encerrada a análise dos prazos prescricionais, parte-se ao estudo da relação entre prescrição e o direito intertemporal.

8.2.6 Prescrição e direito intertemporal

Conforme antes comentado, para dirimir dúvidas em relação à aplicação das normas no tempo, prevê o Código Civil de 2002 um capítulo específico trazendo normas de direito intertemporal, denominado *Das Disposições Finais e Transitórias* (arts. 2.028 a 2.046 do CC).

Dessa forma, quanto aos prazos de prescrição cuja contagem se iniciou na vigência do Código Civil de 1916, aplica-se a regra de direito intertemporal constante do art. 2.028 da atual codificação, a saber:

“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

A questão é importante e merece comentários detalhados, sem prejuízo de outras abordagens que serão feitas nesta coleção. Para facilitar a visualização do dispositivo, será analisado, por exemplo, o caso de indenização por reparação civil, cujo prazo prescricional foi reduzido de vinte anos (regra geral do Código Civil de 1916) para três anos (regra especial, prevista no art. 206, § 3.º, inc. V, do CC/2002).

Ilustrando a aplicação do art. 2.028 do CC, se na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 já houver transcorrido treze anos (mais da metade do prazo anterior), o prazo anterior deve ser aplicado, ou seja, vinte anos, contados da ocorrência do evento. Assim, o autor-demandante tem sete anos, além dos treze já transcorridos.

Pelo contrário, se quando da entrada em vigor do atual Código (11.01.2003, para a maioria da doutrina, tese com a qual se concorda), houver transcorrido cinco anos (evento danoso ocorrido em 11.01.1998), que representa menos da metade do prazo da lei velha, aplica-se o prazo da lei nova, com a contagem iniciada a partir da data em que entrou em vigor a atual codificação. Desse modo, além dos cinco anos já corridos, terá o titular da pretensão indenizatória mais três anos para exercê-la, vencendo o seu prazo no dia 11.01.2006.

Aliás, nessa última data prescreveram inúmeras pretensões que se enquadram no exemplo acima, particularmente aquelas relacionadas com eventos danosos ocorridos de 1994 a 2002.

Esse é o entendimento consubstanciado no Enunciado n. 50 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* e que tem a seguinte redação: “Art. 2.028. A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206)”.

O entendimento constante do enunciado citado vem sendo seguido pelos Tribunais Brasileiros. Para demonstrar essa tendência, transcrevemos as seguintes ementas do extinto Segundo Tribunal de

“Reparação de danos. Prazo prescricional de três anos que não atingiu sua metade. Fluência integral do prazo, após o advento do Código Civil de 2002. O prazo prescricional de três anos das ações de reparação de danos (art. 206, § 3.º, V, do CC) que não tenham atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916, fluirá por inteiro a partir da vigência do novo Código Civil” (2.º TACSP, 10.ª Câmara, AI 828.231-0/0. Rel. Juiz Soares Levada, j. 16.12.2003, v.u., RT 824/286).

“Ação de indenização por acidente de trabalho fundada no direito civil. Prescrição. Fato ocorrido durante a vigência do Código Civil de 1916. Ação ajuizada após a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Interpretação do art. 2.028 do Código Reale. Reduzido, pelo novo Código Civil, o prazo prescricional da pretensão de reparação civil de vinte anos para três anos, aplica-se o prazo novo se, na data da entrada em vigor do Código Reale, ainda não houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. O termo inicial do novo prazo (reduzido) começou a fluir em 11/1/2003, data de início da vigência do Código Civil, sob pena de aplicação retroativa do novo prazo prescricional. Inteligência dos arts. 2.028 e 206, § 3.º, inciso V, do novo Código Civil e do art. 177 do Código Civil de 1916” (2.º TACSP, 5.ª Câmara. AI 847.171-0/0, Rel. Juiz Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.04.2004; v.u. BAASP 2381/3179-j).

“Os prazos prescricionais previstos no novo Código Civil correm, somente, a partir da sua entrada em vigor. As ações de indenização por acidente de trabalho regidas pelo direito comum são de competência da Justiça Comum. Negaram provimento” (2.º TACSP, 6.ª Câmara, AI 804.799-0/3, Rel. Juiz Sousa Moreira, j. 24.09.2003; v.u).

“A lei nova, sob pena de inconstitucionalidade, não pode retroagir para suprimir direitos e, assim, a redução do prazo prescricional conta-se a partir de sua entrada em vigor” (2.º TACSP, 2.ª Câmara, AI 830.741-0/8, Cubatão, Rel. Juiz Felipe Ferreira, j. 15.03.2004; v.u.).

Em relação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser transcritos os seguintes acórdãos, por todos:

“Civil e processo civil. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Súmula 7, STJ. Aplicação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Prescrição. Prazo reduzido. Contagem que se inicia com a vigência do novo código civil. Causa dano moral quem divulga de nome completo da vítima de crime sexual. *Quantum* razoável. – É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula 284, STF. – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. – O prazo prescricional em curso, quando diminuído pelo novo Código Civil, só sofre a incidência da redução a partir da sua entrada em vigor. Precedentes” (STJ, REsp 896.635/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26.02.2008, DJ 10.03.2008, p. 1).

“Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Prescrição. Inocorrência. Prazo. Código Civil. Vigência. Termo inicial. 1. À luz do novo Código

Civil os prazos prescricionais foram reduzidos, estabelecendo o art. 206, § 3.º, V, que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil. Já o art. 2.028 assenta que ‘serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada’. Infere-se, portanto, que tão somente os prazos em curso que ainda não tenham atingido a metade do prazo da lei anterior (menos de dez anos) estão submetidos ao regime do Código vigente, ou seja, 3 (três) anos. Entretanto, consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, esses três anos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003, e não da data da ocorrência do fato danoso. 2. Conclui-se, assim, que, no caso em questão, a pretensão do ora recorrente não se encontra prescrita, pois o ajuizamento da ação ocorreu em 24.06.2003, antes, portanto, do decurso do prazo prescricional de três anos previsto na vigente legislação civil. 3. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a inoccorrência da prescrição e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem” (STJ, REsp 698.195/DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, j. 04.05.2006, DJ 29.05.2006, p. 254).

Apesar de consolidado, destaca-se que esse tratamento dado ao dispositivo vem recebendo críticas contundentes de parte da doutrina, como faz Gustavo Rene Nicolau, jurista da nova geração, que levanta a questão da inconstitucionalidade dessa aplicação do dispositivo, fazendo nova proposta de sua interpretação. São suas palavras:

“Tal interpretação *data vênia*, leva a uma inconstitucionalidade do artigo em estudo, pois viola o direito de igualdade, outorgando prazos maiores para o inerte credor – que deixou passar mais da metade do prazo – e prazos menores para os credores em que o lapso não transcorreu pela metade.

Repare neste exemplo:

- Prazo diminuído de 20 (vinte) para 3 (três) anos.

Credor A deixou já deixou fluir 11 (onze) anos (tendo passado metade do prazo, aplicamos o prazo antigo). Terá então mais 9 (nove) para cobrar o devedor.

Credor B já deixou correr 2 (dois) anos (não tendo passado metade do prazo, aplicamos o novo prazo). Terá então apenas mais três anos para levar sua pretensão a juízo.

Utilizar tal interpretação prejudica o credor que verá seu prazo drasticamente diminuído em inúmeras situações, pelo simples fato de metade do prazo não ter escoado; o que inclusive afronta princípios básicos de um ordenamento civil como a segurança das relações jurídicas e a estabilidade social, sem falar na desigualdade entre os credores, que fere diretamente a Constituição Federal.

Para salvar a lei da inconstitucionalidade, sugerimos uma interpretação conforme, dando ao artigo uma nova leitura, aplicando o prazo antigo em duas situações distintas: a) em todos os prazos diminuídos pela nova Lei; b) em todos os prazos que – na data da entrada em vigor do novo Código – já houver transcorrido mais da metade do tempo.

A inserção de um novo ordenamento civilista requer toda uma adaptação da sociedade que deve se integrar aos poucos com sua nova ‘constituição’. Não seria justo exigir a imediata aplicação dos novos prazos aos já em curso, mormente em face da redução de praticamente todos os prazos prescricionais (no que – na maioria dos casos – andou bem o legislador face à dinâmica das comunicações e da interação social)” (Verdadeiras modificações..., Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 25 de janeiro de 2005).

A proposta é interessante, gerando reflexões. De qualquer forma, deve ser adotado o primeiro posicionamento assinalado, que é o majoritário da doutrina, também aplicado pela jurisprudência em sua maioria.

Isso para os casos de redução do prazo de prescrição, à luz da codificação anterior.

Mas como fica a questão para os casos em que o Código Civil de 2002 aumentou o prazo anteriormente previsto? Isso ocorreu, por exemplo, com a previsão do art. 206, § 1.º, do CC/2002, conforme confrontação a seguir:

<p>CC/1916: Art. 178. Prescreve.</p> <p>§ 5.º Em 6 (seis) meses:</p> <p>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.</p>	<p>CC/2002. Art. 206. Prescreve:</p> <p>§ 1.º Em um ano:</p> <p>I – a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos.</p>
---	---

Este autor conclui que, em casos tais, aplica-se o novo prazo, computando-se o tempo ocorrido na vigência do Código Civil anterior. O credor é beneficiado, pois ganha um tempo maior, como bem assinala a mais qualificada doutrina (AMARAL, Francisco. *Direito civil – Introdução...*, 2003, p. 590).

8.3 DA DECADÊNCIA. CONCEITOS E DISPOSIÇÕES GERAIS

Uma das novidades da codificação vigente consiste no tratamento específico dado à decadência, conceituada como a perda de um direito, em decorrência da ausência do seu exercício. Lembre-se mais uma vez os critérios científicos de Agnelo de Amorim Filho, para quem os prazos decadenciais estão relacionados com direitos potestativos, bem como com aquelas ações que visam a constituir positiva ou negativamente atos e negócios jurídicos, como no caso da ação anulatória de negócio jurídico.

Além dessa diferenciação, fica fácil identificar um prazo decadencial no atual Código Civil, eis que estão todos expostos fora do art. 206 do CC, principalmente na Parte Especial da codificação. Ademais, os prazos em dias, meses e ano e dia serão sempre decadenciais, uma vez que os de

prescrição são sempre em anos, conforme rol dos arts. 205 e 206 do Código. Mas fica o alerta: existem também prazos decadenciais em anos, como aqueles que constam dos arts. 178, 179, 501 e 1.649 da codificação emergente, entre outros.

Pois bem, a decadência pode ter origem na lei (*decadência legal*) ou na autonomia privada, na convenção entre as partes envolvidas com o direito potestativo (*decadência convencional*).

Conforme o art. 207 da codificação, salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

A novidade do tratamento da decadência pode ser sentida nesse novo dispositivo, que enuncia não se sujeitar a decadência às causas de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição, já tratadas no presente capítulo. Entretanto, constam algumas exceções no próprio Código Civil, como a do artigo subsequente, pelo qual a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes apresentados no art. 3.º do Código (menores de 16 anos, enfermos, doentes mentais e pessoas que por uma causa transitória ou definitiva não puderem manifestar sua vontade).

Complementando, o art. 501, parágrafo único, do atual Código Civil também apresenta uma espécie de impedimento da decadência. Isso porque o art. 500 do atual Código consagra as opções do comprador prejudicado para o caso de vícios em uma compra e venda por medida ou por extensão (venda *ad mensuram*).

O prazo decadencial de um ano está previsto no *caput* do comando subsequente (art. 501), contado do registro do título em cartório. Conforme o seu parágrafo único, o prazo não terá início se houver atraso na imissão de posse atribuível ao alienante.

Na ótica do Código de Defesa do Consumidor, igualmente pode ser percebida exceção no art. 26, § 2.º, incisos I e III, que tratam dos vícios dos produtos e serviços e pelos quais obstam a decadência da reclamação comprovadamente formulada e fundamentada pelo consumidor até a resposta do fornecedor ou do prestador, bem como a instauração do inquérito civil. Os efeitos desse óbice são iguais ao da suspensão, já comentados outrora.

Prevê o art. 208 que “aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, I”. Conforme outrora abordado, o artigo em questão apresenta a primeira exceção que analisamos quanto ao comando anterior, indicando o impedimento da decadência em relação aos absolutamente incapazes. Aplicando a premissa, ilustre-se com decisão do STJ, publicada no seu *Informativo* n. 482:

“Ação rescisória. Prazo decadencial. Discute-se no REsp se o prazo de dois anos previsto no art. 495 do CPC para a propositura de ação rescisória flui em desfavor de incapazes. Noticiam os autos que os recorrentes, ainda menores de idade, ajuizaram ação de indenização visando à condenação dos recorridos pelos danos morais sofridos em razão da morte de seu avô, em virtude de acidente em que esteve envolvido veículo pertencente a um dos recorridos. O acórdão que julgou o recurso de apelação interposto reformou a sentença para julgar improcedente o pedido. Alegaram, na inicial da ação rescisória, que os fundamentos da improcedência tomaram o pedido relativo ao dano moral como se se tratasse de dano material, pois exigiu a dependência econômica como requisito para acolhimento do pleito. O relator, monocraticamente, julgou extinta a ação rescisória ao fundamento de ter ocorrido decadência. Alegam os recorrentes que, à época, por serem menores absolutamente incapazes, não fluía contra eles prazo, nem de decadência nem

de prescrição. Admitido o REsp, o Min. Relator entendeu que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de decadência (art. 495, CPC), por isso se aplica a exceção prevista no art. 208 do CC/2002, segundo a qual os prazos decadenciais não fluem contra os absolutamente incapazes. Esse entendimento foi acompanhado pelos demais Ministros, que deram provimento ao REsp e determinaram o prosseguimento da ação rescisória” (STJ, REsp 1.165.735/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.09.2011).

Ademais, o vigente Código Civil consagra o direito de ação regressiva dos incapazes e das pessoas jurídicas contra seus representantes ou assistentes para os casos de não alegação oportuna da decadência a favor do representado (art. 195 do CC). Essa ação regressiva também pode ser proposta contra o advogado que vier a representar o incapaz ou a empresa.

Ambos os comandos legais aqui estudados (arts. 207 e 208 do CC) devem ser aplicados tanto à *decadência legal* quanto à *decadência convencional*.

Inicialmente, cabe diferenciar a *decadência legal*, que tem origem na lei, como em dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor; da *decadência convencional*, que tem origem na vontade das partes, estando prevista em contrato. Como exemplo de decadência convencional, cite-se a garantia contratual dada pelo vendedor na alienação onerosa de bens e de produtos. No caso da última, eventual extinção do contrato pela perda desse direito é conceituada como *caducidade contratual*.

Dizia Caio Mário da Silva Pereira que o tratamento dado à decadência convencional deveria ser, pelo menos em parte, o mesmo dado à prescrição, o que pode ser percebido pelo art. 209 do CC, pelo qual: “É nula a renúncia à decadência fixada em lei” (*Instituições...*, 2004, p. 691-692). Mais uma vez, com intuito didático, socorremo-nos de um quadro esquemático:

Renúncia	À prescrição:	Só admite-se depois de consumada e desde que não acarrete prejuízo a terceiros
	À decadência:	– legal: é nula; – convencional: admite-se.

Dessa forma, não é admitida a renúncia à decadência legal, o mesmo não se podendo dizer quanto à convencional. Para esta última, por analogia, deve ser aplicada a regra do art. 191, cabendo a renúncia pelo devedor após a consumação, não sendo também aceita a renúncia prévia da decadência convencional.

Mas o que se percebe é que, se Caio Mário da Silva Pereira ainda estivesse entre nós, deveria rever os seus conceitos.

Isso porque, de acordo com o art. 210 do CC/2002, deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei. Assim sendo, por envolver preceito de ordem pública, o

juiz deve decretar de ofício a decadência legal, julgando a ação improcedente com a resolução do mérito, conforme o art. 269, inc. IV, do CPC. Quanto à decadência convencional, há regra específica vedando o seu reconhecimento de ofício pelo juiz. Trata-se do art. 211 do CC, segundo o qual: “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”.

Nesse ponto, o tratamento da decadência convencional não é mais igual ao da prescrição. Por isso é que, se ainda estivesse entre nós, Caio Mário teria que rever os seus conceitos. Isso, diante da Lei 11.280/2006, que revogou a previsão do art. 194 do CC e alterou o § 5.º do art. 219 do CPC, prevendo que o juiz deve reconhecer de ofício a prescrição. Para esclarecer as diferenças entre a decadência legal e a convencional, propomos o quadro a seguir:

Decadência Legal	Decadência Convencional
Deve ser reconhecida de ofício pelo juiz (art. 210 do CC), como ocorre com a prescrição.	Não pode ser reconhecida pelo juiz (art. 211 do CC).
Não pode ser renunciada pela parte (art. 209 do CC).	Pode ser renunciada após a consumação, assim como ocorre com a prescrição.

Aliás, fazendo uma análise crítica, percebe-se, aqui, porque a lei processual quebrou com a harmonia do sistema. A prescrição, agora, deve ser conhecida de ofício, como já era com a decadência legal. Então surge a indagação: será que ainda merece alento fático a regra pela qual a decadência convencional não pode ser conhecida de ofício? A este autor parece que não, fazendo uma análise sistemática da norma codificada. Todavia, cumpre frisar que o art. 211 do CC permanece incólume, pois a reforma do processo apenas revogou expressamente o art. 194 do CC/2002. Por isso é que se pode dizer que a nova norma processual quebrou com a harmonia de outrora do Código Civil de 2002.

Superada essa análise, passa-se ao estudo de alguns prazos específicos de prazos decadenciais.

8.3.1 Prazos de decadência

Os prazos prescricionais estão discriminados no art. 206 do CC. Logo, todos os demais prazos estabelecidos em outros artigos, tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Civil, são decadenciais. Deve ficar claro que a parte geral da codificação traz prazos de decadência, como os já transcritos arts. 178 e 179.

Citemos alguns prazos decadenciais, de forma exemplificativa:

- a) 3 dias – sendo a coisa móvel, inexistindo prazo estipulado para exercer o direito de preempção (preferência), após a data em que o comprador tiver notificado o vendedor (art. 516 do CC).

- b) 30 dias – contados da tradição da coisa, para o exercício do direito de propor a ação em que o comprador pretende o abatimento do preço da coisa móvel recebida com vício redibitório – *ação estimatória* –, ou rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos – *ação redibitória* (art. 445 do CC).
- c) 60 dias – para exercer o direito de preempção, inexistindo prazo estipulado, se a coisa for imóvel, contados da data em que o comprador tiver notificado o vendedor (art. 516 do CC).
- d) 180 dias – para o condômino, a quem não se deu conhecimento da venda, haver para si a parte vendida a estranhos, depositando o valor correspondente ao preço – direito de preferência ou prelação legal –, sendo a coisa móvel (art. 513, parágrafo único, do CC). O prazo é o mesmo para anular casamento do menor quando não autorizado por seu representante legal, contados os 180 dias do dia em que cessou a incapacidade (se a iniciativa for do incapaz), a partir do casamento (se a ação for proposta pelo representante legal) ou da morte do incapaz (ação proposta pelos herdeiros) – art. 1.555 do CC. O mesmo prazo vale para a anulação de casamento, do incapaz de consentir, prazo contado da data da sua celebração (art. 1.560, inc. I, do CC). Também é de 180 dias o prazo para anular o casamento de menor de 16 anos, contado o prazo do dia em que o mesmo perfez a idade núbil para o caso de a demanda ser proposta pelo próprio menor ou da data do matrimônio para a ação proposta pelos seus representantes legais (art. 1.560, § 2.º, do CC).
- e) 1 ano – para obter a redibição ou abatimento no preço, se a coisa viciada for imóvel, contado o prazo da entrega efetiva ou do conhecimento do vício (art. 445 do CC). O prazo decadencial de um ano também vale para se pleitear revogação de doação por ingratidão ou diante da inexecução do encargo, contado da data do conhecimento do doador do fato que a autorizar (art. 559 do CC).
- f) 1 ano e 1 dia – para desfazer janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio, em face do vizinho, prazo esse que é contado da conclusão da obra (art. 1.302 do CC).
- g) 2 anos – para anular negócio jurídico, não havendo prazo, contado da data da conclusão do ato, prazo geral de anulação dos atos e negócios jurídicos (art. 179 do CC). Mesmo prazo vale para exercer o direito de preferência se a coisa for imóvel (art. 513, parágrafo único, do CC), bem como para anular casamento se incompetente a autoridade celebrante (art. 1.560, II, do CC) e para pleitear anulação de ato praticado pelo consorte sem a outorga do outro, conforme rol do art. 1.647 do CC, contado do término da sociedade conjugal (art. 1.649 do CC).
- h) 3 anos – para o vendedor de coisa imóvel recobrá-la, se reservou para si o direito de retrovenda, mediante a devolução do preço e o reembolso das despesas do comprador (art. 505 do CC). O mesmo prazo é previsto para anular casamento celebrado com erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, contado da data da sua celebração (art. 1.560, III, do CC).
- i) 4 anos – para pleitear anulação de negócio jurídico celebrado com vício do consentimento ou vício social, contados: nos casos de coação, do dia em que ela cessar; nos de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico (art. 178, inc. II, do CC). O prazo de quatro anos de igual modo serve para os casos

de anulação do negócio jurídico por incapacidade do agente, prazo contado de quando cessar a incapacidade (art. 178, I, do CC). Também é de quatro anos o prazo para anulação de casamento celebrado sob coação, a contar da celebração do ato (art. 1.560, inc. IV, do CC).

- j) 5 anos – prazo para impugnar a validade de testamento, contado da data de seu registro (art. 1.859 do CC).

Mais uma vez consigne-se que, de acordo com a obra de Agnelo Amorim Filho (*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*), os prazos decadenciais referem-se às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas, diante da existência de um direito potestativo. Na grande maioria das vezes, relacionada com prazo decadencial, tem-se a ação constitutiva negativa típica, que é a ação anulatória. Exemplo mais comum da prática é a hipótese de se pleitear a anulação de um negócio jurídico por nulidade relativa, situação em que o prazo correspondente é decadencial.

8.4 RESUMO ESQUEMÁTICO

Distinções entre prescrição e decadência

Reunindo tudo o que aqui foi comentado, as diferenças entre os institutos da prescrição extintiva e da decadência podem ser percebidas, claramente, pelo quadro a seguir:

Prescrição	Decadência
Extingue a pretensão.	Extingue o direito
Prazos somente estabelecidos pela lei.	Prazos estabelecidos pela lei (decadência legal) ou por convenção das partes (decadência convencional).
Deve ser conhecida de ofício pelo juiz.	A decadência legal deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado, o que não ocorre com a decadência convencional.
A parte pode não alegá-la. Pode ser renunciada pelo devedor após a consumação.	A decadência legal não pode ser renunciada, em qualquer hipótese. A decadência convencional pode ser renunciada após a consumação, também pelo devedor (mesmo tratamento da prescrição).
Não corre contra determinadas pessoas.	Corre contra todas, com exceção dos absolutamente incapazes (art. 3.º do CC).
Previsão de casos de impedimento, suspensão ou interrupção.	Não pode ser impedida, suspensa ou interrompida, regra geral, com exceção de regras específicas.

Relacionada com direitos subjetivos, atinge ações condenatórias (principalmente cobrança e reparação de danos).	Relacionada com direitos potestativos, atinge ações constitutivas positivas e negativas (principalmente ações anulatórias).
Prazo geral de 10 anos (art. 205 do CC).	Não há, para a maioria da doutrina, prazo geral de decadência. Há um prazo geral para anular negócio jurídico, de dois anos contados da sua celebração, conforme o art. 179 do CC.
Prazos especiais de 1, 2, 3, 4 e 5 anos, previstos no art. 206 do CC.	Prazos especiais em dias, meses, ano e dia e anos (1 a 5 anos), todos previstos em outros dispositivos, fora dos arts. 205 e 206 do CC.

Ademais, baseados nos critérios científicos de Agnelo Amorim Filho e das previsões legislativas que constam do Código Civil de 2002, este autor elaborou uma *fórmula* que dá segurança ao aplicador do direito, para identificar se determinado prazo é prescricional ou decadencial. Vejamos:

Fórmula para identificar se o prazo é prescricional ou decadencial (FÓRMULA TARTUCE)

Regra 1 – Procure identificar a contagem de prazos. Se a contagem for em dias, meses ou ano e dia, o prazo é decadencial. Se o prazo for em anos, poderá ser o prazo de prescrição ou de decadência.

Regra 2 – Aplicável quando se tem prazo em anos. Procure identificar a localização do prazo no Código Civil. Se o prazo em anos estiver previsto no art. 206 será de prescrição, se estiver fora do art. 206 será de decadência.

Regra 3 – Aplicável quando se tem prazo em anos e a questão não mencionou em qual artigo o mesmo está localizado. Utilizar os critérios apontados por Agnelo Amorim Filho: se a ação correspondente for condenatória, o prazo é prescricional. Se a ação for constitutiva positiva ou negativa, o prazo é decadencial.

Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição

1) Causas impeditivas (arts. 197, I a III, e 199, I e II, do CC)

As causas impeditivas são as circunstâncias que impedem que o curso prescricional se inicie. Seus efeitos são os mesmos da suspensão da prescrição. Assim, não corre prescrição:

- entre marido e mulher na constância da sociedade conjugal – se o casamento se der após o prazo ter iniciado, é caso de suspensão;
- entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar;
- entre tutelados ou curatelados e seus tutores e curadores, durante a tutela ou curatela;
- pendendo condição suspensiva;
- não estando vencido o prazo.

Observação: Percebe-se que as causas impeditivas estarão presentes quando se têm, regra geral, *situações* envolvendo condições pessoais.

2) Causas suspensivas (arts. 198, I, II e III, e 199, III, do CC)

São as situações que paralisam temporariamente o curso prescricional já iniciado, com efeitos similares às causas impeditivas. Superado o fato, a prescrição continua a correr, computado o prazo

decorrido antes do fato.

São causas que suspendem a prescrição:

- contra os absolutamente incapazes (art. 3.º do CC);
- contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados e Municípios;
- contra os ausentes, no sentido dos arts. 22 a 39 do CC;
- contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra;
- entre evictor e evicto, pendendo ação de evicção (perda da propriedade para terceiro em virtude de ato jurídico anterior e de sentença judicial).

As causas suspensivas e as impeditivas têm o mesmo regime jurídico. Apenas fazem cessar temporariamente o curso da prescrição. Percebe-se, dentro dessa lógica, que as causas suspensivas também estarão presentes quando se têm *situações* envolvendo pessoas. Interessante visualizar o esquema gráfico a seguir:

Suspensão da prescrição

Anos		
1.º	2.º	3.º
Fluxo de prazo prescricional de 5 anos, onde já decorreram 3 anos.		

Suspensão do prazo

Anos	
4.º	5.º
Cessada a suspensão, o prazo retoma seu fluxo pelo saldo (no caso são 2 anos).	

3) Causas interruptivas (arts. 202 a 204 do CC)

Situações que liquidam com a prescrição já iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr por inteiro da data do ato que a interrompeu. A interrupção, pelo Código Civil de 2002, somente pode ocorrer uma vez. A interrupção depende, em regra, de um comportamento do credor, que deve mostrar interesse no exercício ou proteção do direito.

São causas que interrompem a prescrição:

- Despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.
- Protesto judicial e *cambiário* destinado a prevenir a responsabilidade, prover a conservação e ressalva de direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal; ato do credor que constitui o devedor em mora.
- Apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de devedores. A habilitação do credor em inventário, na falência ou nos autos de insolvência civil, constitui comportamento que demonstra a intenção de interromper a prescrição.
- Qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor. Lembre-se que o ato extrajudicial de constituição de mora não interrompe a prescrição, caso da notificação extrajudicial.
- Qualquer ato inequívoco do devedor, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito do credor (exemplos: pagamento de uma parcela do débito, pagamento de multa, pagamento de juros).

Vale a visualização a seguir:

Interrupção da prescrição

Anos		
1.º	2.º	3.º
Fluxo de um prazo prescricional de 5 anos, onde já decorreram 3 anos.		

Interrupção do prazo

Anos				
1.º	2.º	3.º	4.º	5.º
Interrompido, o prazo fluirá por mais 5 anos; inicia-se novamente, por apenas uma vez mais.				

Direito Intertemporal

Se o Código Civil de 2002 reduziu o prazo prescricional – caso da reparação civil de danos, de 20 anos para 3 anos (art. 206, § 3.º, V, do CC), aplica-se o art. 2.028 do CC:

- 1) Caso tenha decorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada (Código Civil de 1916), aplica-se o prazo da lei anterior. Isso, no exemplo acima, para os casos em que já houver transcorrido mais de 10 anos em 11 de janeiro de 2003.
- 2) Caso tenha decorrido metade ou menos da metade do tempo estabelecido na lei anterior (Código Civil de 1916), aplica-se o prazo do novo Código Civil, contado o lapso temporal da data de entrada em vigor da codificação novel (para a maioria dos juristas, a partir de 11 de janeiro de 2003). Nos casos de reparação civil, quando houver transcorrido 10 anos ou menos, tendo como base quando o atual Código entrou em vigor.

8.5 QUESTÕES CORRELATAS

1. **(TJ/PR 2008) Antônio, em 10 de janeiro de 1993, ao transpor um cruzamento com o sinal vermelho, acaba por abalroar o automóvel de propriedade de Bruna, causando danos patrimoniais. Diante desses fatos, assinale a alternativa correta:**
 - (A) A pretensão de Bruna à reparação civil frente a Antônio prescreveu três anos após o acidente.
 - (B) A pretensão de Bruna à reparação civil frente a Antônio prescreveu três anos após a data do início da vigência do Código Civil de 2002.
 - (C) A pretensão de Bruna à reparação civil frente a Antônio prescreverá 20 anos após o acidente.
 - (D) A pretensão de Bruna à reparação civil frente a Antônio prescreverá 10 anos após a data de início da vigência do Código Civil de 2002.
2. **(Advogado da União AGU/CESPE – 2009) Considerando a disciplina do CC e a certeza de que o decurso de tempo tem importante influência tanto na aquisição quanto na extinção de direitos, julgue os próximos itens.**
 - 2.1. É válida cláusula inserida em contrato de seguro na qual se estipule que a pretensão do segurado contra o segurador prescreva em dois anos, desde que haja formalização do ato por instrumento público.
 - 2.2. A prescrição pode ser alegada, em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita, mas não poderá ser arguida em sede de recurso especial ou extraordinário se não tiver sido suscitada na instância ordinária.
3. **(PGE/PA – 2009) Analise as proposições abaixo e assinale a alternativa INCORRETA:**
 - (A) Prescrita a obrigação jurídica, converte-se em obrigação natural, não podendo ser exigida coercitivamente, mas persistindo o direito de ação em si.
 - (B) Apesar da independência entre a jurisdição penal e a civil, no caso de cometimento de um homicídio, enquanto não houver sentença criminal definitiva, a prescrição não correrá contra os herdeiros da vítima, no que toca à reparação civil.
 - (C) A decadência decorrente de prazo legal pode ser pronunciada, de ofício, pelo juiz, independentemente da arguição

do interessado, enquanto que a prescrição das ações patrimoniais não pode ser decretada *ex officio* pelo magistrado.

(D) Consoante súmula do STF, a prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

4. (MP/MG – 2011) Quanto à prescrição, é INCORRETO afirmar:

(A) Os prazos de prescrição, via de regra, podem ser alterados por acordo das partes.

(B) Pode ser alegada, em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

(C) A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.

(D) Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

5. (Ministério Público/SP – 2011) A respeito dos prazos de prescrição, pode-se afirmar que:

(A) os prazos do Código de 2002 (Lei n.º 10.406/02) são aplicados na hipótese de haver transcorrido menos da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

(B) os prazos do Código de 2002 (Lei n.º 10.406/02) são aplicados na hipótese de haver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

(C) até janeiro de 2005, o prazo da usucapião do artigo 1.238 do Código Civil era de 15 (quinze) anos.

(D) o prazo para cobrança de alugueres de prédios urbanos é de 4 (quatro) anos.

(E) o prazo para a cobrança de honorários de árbitros é de 5 (cinco) anos.

6. (Magistratura Federal 5ª Região – 2011) Assinale a opção correta no que se refere a prescrição.

(A) O prazo prescricional suspenso contra servidor ausente do país em serviço público da União voltará a fluir caso esse servidor retorne ao Brasil ainda que por breve período, como o de férias, por exemplo.

(B) Se um dos credores solidários em dívida pecuniária se casar com a devedora, o prazo prescricional da pretensão relativa à cobrança da prestação será suspenso em relação a todos.

(C) A demonstração, pelo devedor, de ciência da dívida é suficiente para interromper a prescrição.

(D) Falecendo o autor da herança antes de decorrida a metade do prazo de prescrição para o exercício de determinada pretensão, o prazo voltará a correr a favor do sucessor.

(E) Ação consignatória presta-se para interromper a prescrição.

7. (Juiz do Trabalho – TRT 8ª Região – 2011) NÃO prescreve em 3 (três) anos:

(A) A pretensão de reparação civil.

(B) A pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

(C) A pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

(D) A pretensão relativa a alugueis de prédios urbanos ou rústicos.

(E) A pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias.

8. (Magistratura MS – FCC – 2010) Assinale a alternativa correta em relação ao assunto indicado. Prescrição e decadência.

(A) A prescrição interrompe-se ou suspende-se nos casos taxativos enumerados em lei; na interrupção o prazo anterior é computado e na suspensão deduz-se o anterior ao seu início.

(B) A prescrição interrompe-se ou suspende-se nos casos taxativos enumerados em lei; na interrupção o prazo anterior não é computado e na suspensão soma-se o prazo anterior ao seu início.

(C) Da prescrição e da decadência convencional não pode o juiz conhecer de ofício.

(D) As ações de cobrança, de reparação de danos materiais ou morais e de lucros cessantes, assim como as de

execução de obrigação de dar, fazer e não fazer estão relacionadas a prazos prescricionais e decadenciais.

(E) A dívida prescrita não pode ser paga e quem a pagou pode exigir a sua devolução.

9. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) No tocante à prescrição, considere as seguintes afirmações: I. Seu prazo em curso pode ser aumentado ou diminuído por lei posterior. II. Amorte do credor suspende o prazo de prescrição em favor dos seus sucessores até a abertura do inventário ou arrolamento. III. Não corre na pendência de ação de evicção. IV. O pagamento de dívida prescrita por tutor de menor absolutamente incapaz comporta repetição. V. Pode ser objeto de renúncia expressa previamente convencionada pelas partes. Está correto APENAS o que se afirma em

(A) III e IV.

(B) I e IV.

(C) II e V.

(D) I e III.

(E) IV e V.

10. (MPF – 26º – Procurador da República/2012) Em relação às afirmativas abaixo: I. A autocontratação, no atual Código Civil, é nula e não produz efeitos jurídicos; II. Os atos ou negócios puros são exceção no ordenamento pátrio porque não comportam condição; III. O impedimento e a suspensão da prescrição, embora não sejam conceitos sinônimos, estão previstos nos mesmos artigos do Código Civil; IV. O temor reverencial, que exclui a coação, é o receio de desgostar pessoas a quem se deve respeito hierárquico. Das proposições acima:

(A) I e II estão corretas;

(B) II e III estão corretas;

(C) III e IV estão corretas;

(D) I e IV estão corretas.

11. (Magistratura/MG – VUNESP – 2012) Assinale a alternativa que apresenta informação incorreta no que concerne à prescrição.

(A) A prescrição só pode ser alegada a quem aproveita em primeiro grau de jurisdição.

(B) A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

(C) A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor.

(D) A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

12. (Magistratura/MG – VUNESP – 2012) Assinale a alternativa que apresenta informação incorreta no que concerne à prescrição.

(A) A prescrição só pode ser alegada a quem aproveita em primeiro grau de jurisdição.

(B) A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

(C) A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor.

(D) A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

13. (Juiz de Direito – TJSP 180.º) Considere as seguintes afirmações:

I. A prescrição não corre contra os que estiverem ausentes do país a serviço das Forças Armadas em tempo de paz;

II. Sendo a obrigação divisível ou indivisível, a suspensão da prescrição em favor de um dos credores solidários aproveita aos outros;

III. O ato extrajudicial de reconhecimento do direito pelo devedor interrompe a prescrição, desde que seja inequívoco;

IV. A renúncia à decadência fixada em lei só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois de a decadência se consumir.

Pode-se afirmar que são corretas

- (A) I e III, somente.
- (B) II e III, somente.
- (C) I, II, III e IV.
- (D) II, III e IV, somente.

14. (MP/PR – 2009) Sobre a decadência e a prescrição, é INCORRETO afirmar:

- (A) Em nenhuma hipótese, os prazos decadenciais admitem suspensão ou interrupção do lapso temporal estabelecido em lei.
- (B) É nula a renúncia ao prazo de decadência fixado em lei, mesmo quando convencionada em ato ou negócio jurídico firmado entre capazes.
- (C) O protesto, judicial ou extrajudicial efetuado em tabelionato de protesto de títulos, constitui causa de interrupção da prescrição, mas somente poderá ocorrer uma vez.
- (D) O juiz pode declarar, de ofício, a decadência.
- (E) Quando a lei civil não fixar prazo menor, a prescrição da pretensão ocorre em 10 (dez) anos.

15. (MAGISTRATURAMG – 2009) Relativamente à disciplina da Prescrição e da Decadência, marcar a CORRETA.

- (A) Aplicam-se à decadência, salvo disposição legal em contrário, as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.
- (B) A prescrição e a decadência consolidam um estado de fato, transformando-o em estado de direito.
- (C) Ambas constituem-se causa e disciplina de extinção de direitos, mas a prescrição funda-se em princípio de natureza privada, protegendo interesses privados.
- (D) A prescrição e a decadência são formas de extinção de direitos, constituindo-se as duas em prazos extintivos.

16. (MAGISTRATURARS – 2009) Assinale a assertiva correta sobre decadência.

- (A) É de cento e vinte dias o prazo para a anulação do negócio jurídico, a contar da sua conclusão ou cessação da incapacidade, concluído pelo representante em conflito de interesse com o representado, se o fato era ou devia ser do conhecimento de quem com ele tratou.
- (B) É de um ano o prazo, a contar da publicação da sua inscrição no registro, para anular a constituição da pessoa jurídica de direito privado por defeito do ato respectivo.
- (C) É de dois anos o prazo de anulação do ato, a contar de sua conclusão, se não houver prazo estabelecido em lei, quando esta dispuser que determinado ato é anulável.
- (D) É de três anos o prazo para pleitear-se a anulação do negócio jurídico nos casos de coação, erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão e atos de incapazes.
- (E) É de quatro anos o prazo para a declaração de nulidade de negócio jurídico simulado.

17. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) No tocante à prescrição, considere as seguintes afirmações:

- I. Seu prazo em curso pode ser aumentado ou diminuído por lei posterior.
- II. A morte do credor suspende o prazo de prescrição em favor dos seus sucessores até a abertura do inventário ou arrolamento.
- III. Não corre na pendência de ação de evicção.
- IV. O pagamento de dívida prescrita por tutor de menor absolutamente incapaz comporta repetição.
- V. Pode ser objeto de renúncia expressa previamente convencionada pelas partes. Está correto APENAS o que se afirma em
 - (A) III e IV.
 - (B) I e IV.

(C) II e V.

(D) I e III.

(E) IV e V.

GABARITO

01 – C

2.1. ERRADO

2.2. CERTO

03 – C

04 – A

05 – A

06 – E

07 – C

08 – B

09 – D

10 – B

11 – A

12 – D

13 – A

14 – A

15 – D

16 – C

17 – D

A PROVA DO NEGÓCIO JURÍDICO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Sumário: 9.1 Introdução. A necessidade de o Código Civil trazer um capítulo específico quanto à prova – 9.2 Os meios de prova previstos pelo Código Civil de 2002. Análise das regras constantes da atual codificação privada – 9.3 Presunções, perícias e investigação de paternidade. Tratamento legal e análise prática – 9.4 Confrontação entre o art. 221 do Código Civil e o art. 585, II, do CPC. Aplicação do estudo das antinomias ou lacunas de conflito – 9.5 Resumo esquemático – 9.6 Questões correlatas.

9.1 INTRODUÇÃO. A NECESSIDADE DE O CÓDIGO CIVIL TRAZER UM CAPÍTULO ESPECÍFICO QUANTO À PROVA

Uma vez aperfeiçoado, o negócio jurídico pode necessitar de um meio de prova, visando à certeza e à segurança jurídica. Assim, a prova pode ser conceituada como “um conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários...*, 1972, v. 1, p. 260). Na divisão do negócio jurídico, a prova, em regra, encontra-se no plano da eficácia, pois mantém relação com as consequências do ato ou negócio (terceiro degrau da *Escada Ponteana*).

Muitas vezes o estudioso do direito se depara com assuntos inter ou multidisciplinares, que envolvem vários âmbitos do estudo jurídico, caso por exemplo da concepção do *Direito Civil Constitucional*, aqui analisada.

No presente capítulo, será exposta, mais uma vez, essa estrutura, em que se estuda tanto o Direito Civil quanto o Direito Processual Civil. Muitas confusões surgem na prática, particularmente no âmbito do Poder Judiciário, diante de tentativas de se compatibilizar as regras materiais e processuais.

Tentaremos aqui diminuir eventuais dificuldades, analisando os meios de prova do negócio jurídico à luz do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil vigente. Procuraremos, portanto, diálogos entre as duas leis, outra aplicação da festejada tese do *diálogo das fontes*. Aliás, as confrontações que serão empreendidas no presente capítulo, particularmente entre essas duas normas, podem parecer tediosas, mas são estritamente necessárias para a compreensão do assunto.

O Código Civil de 2002 traz, entre seus arts. 212 a 232, um capítulo específico sobre os meios de prova do negócio jurídico, em que se busca facilitar a matéria já regulamentada pelo direito processual. Alguns processualistas criticam tal tratamento legal, pois o assunto interessa mais ao direito instrumental do que ao direito material. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, expõe que:

“O Código Civil é criticável por diversas razões, entre as quais não distinguir entre a prova e a forma dos atos jurídicos (sendo certo que o Código Civil de 1916 fazia expressamente a distinção). Há, porém, no Código Civil de 2002 disposições que, não obstante postas no título ‘da prova’, tratam da forma do ato jurídico, como por exemplo os parágrafos do art. 215, que tratam dos requisitos formais da escritura pública. Mais criticável do que isso, todavia, é a própria inclusão de regras sobre prova no Código Civil. Ainda que se admita a ideia de que a prova é instituto de natureza mista, com aspectos processuais e substanciais, é o Código de Processo Civil a sede adequada de sua regulamentação. Isso se dá porque o direito probatório é o mesmo, qualquer que seja a natureza da matéria de fundo. (...). Além disso, não se pode deixar de dizer que muitas das disposições do Código Civil de 2002 sobre prova são incompatíveis com o modelo processual brasileiro” (*Lições de direito processual...*, 2004, p. 397).

Na realidade, muito ao contrário é de se concordar com as palavras de Sílvio de Salvo Venosa, afastando qualquer crítica mais contundente em relação a tal previsão, uma vez que “como é íntimo o conteúdo do negócio jurídico com sua prova, é acertado o enfoque do Código Civil, ao traçar os princípios fundamentais e dispor sobre os meios de prova. A utilidade de um direito mede-se pela possibilidade de que se dispõe para se realizar a prova de um fato. De nada adianta possuir um direito se não se tem os meios para prová-lo. Na verdade, o que se prova não é o direito. Prova-se o fato relacionado com um direito. A demonstração da evidência em juízo é a finalidade elementar do processo na busca da verdade processual. Isso porque nem sempre o que se logra provar em uma lide coincide com a verdade real. Não há outra solução para o Direito a não ser contentar-se com a ‘verdade processual’” (*Direito civil...*, 2003, p. 549).

Pelas últimas palavras, deve-se compreender que tal previsão legislativa pode ser tida como correta, como ponto de apoio conceitual para o estudioso do direito. Com certeza, a prova do negócio jurídico também está na sua seara material, tendo as regras da codificação privada caráter de normas gerais. Na dúvida, devem ser aplicadas as regras processuais previstas no Código de Processo Civil, conforme será defendido no estudo que se segue (critério da *especialidade*). Trata-se de importante dedução para um possível diálogo entre as duas normas. Desse modo, a crítica primaz de Alexandre Freitas Câmara, de uma suposta incompatibilidade entre as normas, é afastada.

Passa-se então a analisar os preceitos que constam no atual Código Civil em relação ao tema da prova.

9.2 OS MEIOS DE PROVA PREVISTOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ANÁLISE DAS REGRAS CONSTANTES DA ATUAL CODIFICAÇÃO PRIVADA

O art. 212 do CC/2002 enuncia que, salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

- a) confissão;
- b) documento;

- c) testemunha;
- d) presunção;
- e) perícia.

Desse modo, a atual codificação privada prevê que os fatos jurídicos – incluindo-se, logicamente, os atos e negócios jurídicos – podem ser provados por confissão, documentos, testemunhas, presunções e perícias em sentido genérico. Os processualistas criticam tal dispositivo, eis que estabelece um rol de institutos jurídicos de naturezas diversas, pois os testemunhos e documentos são fonte de prova; confissões e perícias, meios de prova e as presunções, meras conclusões de dedução, de raciocínio (DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais...*, 2004, p. 37). A crítica, como não poderia ser diferente, é ainda apontada por Alexandre Freitas Câmara, principalmente por essa confusão (*Lições de direito processual...*, 2004, p. 407).

Pelo que consta do art. 332 do CPC, deve-se entender que o rol do art. 212 do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), uma vez que, segundo a lei processual, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa” (TARTUCE, Fernanda. *Meios de prova no Código...*, 2006, p. 163-175).

Nesse contexto, mesmo por uma suposta impossibilidade de enquadramento como prova documental, deve-se entender ser cabível a prova eletrônica, considerada aquela captada licitamente na Internet, no meio digital. Nesse sentido, na *IV Jornada de Direito Civil* (outubro de 2006), foi aprovado o Enunciado n. 297 do CJP/STJ preceituando que “O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada”. Em complemento, foi ainda aprovado o Enunciado n. 298, a saber: “Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de ‘reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas’, do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental”.

Partindo para a análise dos institutos previstos no art. 212 do Código Civil em vigor, inicialmente, a confissão pode ser conceituada como sendo uma declaração feita por uma pessoa, contra quem se procura provar um fato, ato ou negócio jurídico. Na mesma linha, enuncia o art. 348 do CPC que há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

Essa declaração pode ocorrer no plano judicial ou extrajudicial, de forma espontânea ou não. Ademais, pode a confissão ser expressa ou tácita, sendo a última prevista no art. 302 do CPC, pelo qual “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”.

Em sintonia com esse entendimento, na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 157 pelo qual: “o termo confissão deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que esta consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no

ordenamento jurídico brasileiro”. Em síntese, onde se lê *confissão* (art. 212, I, do CC) deve ser incluído o depoimento pessoal.

Ainda no que concerne à confissão, ela não tem qualquer eficácia se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados (art. 213 do CC/2002). Com regra inovadora, o atual Código Civil passa a tratar especificamente da matéria.

Inicialmente, nota-se que não valerá a confissão se declarada por pessoa que não poderia dispor sobre o direito relacionado com os fatos confessados. Dessa forma, não vale a confissão feita por absolutamente incapaz (art. 3.º do CC/2002 – menores de 16 anos, enfermos e deficientes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil ou pessoas que mesmo por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade).

O art. 213 do Código Civil deve ser interpretado de acordo com o que preconiza o art. 351 do CPC, pelo qual “não vale como confissão a admissão em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. Ilustrando, não valerá a confissão relacionada com os direitos da personalidade, pelo teor do art. 11 do CC/2002. Em reforço, pelo que consta nesse último comando material, que mantém íntima relação com o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), não terá validade a confissão que acarrete renúncia a direitos inerentes à própria pessoa.

Prevê o parágrafo único do art. 213 do CC que se a confissão for feita por representante de determinada pessoa, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado. O aludido comando legal classifica a confissão como ato não personalíssimo, admitindo que seja feita por representante – caso do mandatário –, tendo eficácia apenas nos limites da representação. Cumpre lembrar que, para a confissão, é necessário ter o representado (mandante) conferido poderes especiais ao representante (mandatário). A regra também vale para a representação legal, tratada especificamente pela atual codificação, entre os seus arts. 115 a 120.

Aplicando esse parágrafo único do art. 213, concluiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação de despejo por falta de pagamento, que “não se confere qualquer eficácia jurídica à confissão feita por representante sem poderes expressos para tanto ou que vier exceder aos poderes recebidos. Inteligência dos artigos 349, parágrafo único, do CPC, e 213, parágrafo único, do Código Civil” (TJSP, Apelação 0076744-32.2006.8.26.0000, Acórdão 5022181, Ipuã, Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Mello Pinto, j. 22.03.2011, *DJESP* 11.04.2011).

A confissão é reconhecida como ato irrevogável e irretroatável, não sendo possível qualquer modalidade de arrependimento (art. 214 do CC). Dessa forma, o confitente – aquele que confessa – não pode tentar contradizer-se, hipótese típica de aplicação da regra *nemo potest venire contra factum proprium*, máxima que veda o comportamento contraditório, conceito usualmente relacionado à boa-fé objetiva. A este autor parece que o legislador não foi feliz ao utilizar o termo *revogação*, que deve ser empregado para os casos de extinção de negócios por quebra de confiança (promessa de recompensa, mandato, comodato), o que não é o caso.

O mesmo art. 214 do CC/2002 admite que se anule a confissão se houver erro de fato ou coação. Com a tese do *diálogo das fontes*, deve-se compreender que o art. 352 do CPC ainda tem aplicação, sendo também admitida a anulabilidade da confissão por dolo, pela prevalência das normas do Estatuto Processual.

Este autor mudou o entendimento manifestado nas três primeiras edições desta obra, guiado pelo

parecer de Alexandre Freitas Câmara, no sentido de que “este dispositivo não revoga o art. 352 do CPC por não ser com ele incompatível nem tratar da matéria de forma exauriente (já que não faz qualquer alusão ao dolo, o qual – evidentemente – é causa de anulação de atos jurídicos), e não haveria qualquer razoabilidade de se afirmar que a partir da vigência do Código de 2002 não mais seria impossível invalidar a confissão obtida pelo induzimento do confitente em erro” (*Lições de direito processual...*, 2004, p. 417).

De qualquer forma, a questão é polêmica. Entre os civilistas, há quem entenda que a confissão não pode ser anulada por dolo, justamente porque se deve fazer uma interpretação restritiva do art. 214 do CC (CARVALHO NETO, Inacio de. *Curso...*, 2006, p. 519). Além desse entendimento, há aquele pelo qual a confissão não será anulada por dolo, mantendo-se válida e gerando apenas o direito de indenização à vítima (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil...*, 2004, p. 572).

Pois bem, filiando-se à primeira corrente, de acordo com o art. 352 do CPC, somente caberá anulação da confissão pelos motivos que constam no Código Civil, em diálogo, por duas vias:

- a) Por meio de ação anulatória, ainda que pendente o processo em que a confissão foi feita, aplicando-se o prazo decadencial de quatro anos previsto no art. 178 do CC, tratando-se de erro, dolo ou coação moral.
- b) Pela via da ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual a confissão constitui o único fundamento (art. 485 do CPC).

Essas regras continuam vigentes, até porque o atual Código Civil nada diz respeito no tocante à matéria.

Conforme o parágrafo único do art. 352 do CPC, caberá ao confitente ou aos seus herdeiros o direito de propor as referidas ações. Além dos casos de sua anulabilidade, deve-se entender que cabe a nulidade absoluta da confissão nas hipóteses constantes nos arts. 166 e 167 do CC, este último dispositivo tratando do ato simulado.

No que se refere à confissão praticada sob coação física (*vis absoluta*), esta também gera a nulidade, situação que se enquadra no inciso III do art. 3.º do Código Civil (*pessoa que, por causa transitória, não puder exprimir sua vontade*). Repise-se que a ação correspondente, nos casos de nulidade, é imprescritível, por envolver ordem pública e diante do seu caráter declaratório (critério de Agnelo Amorim Filho). Além disso, pode ser suscitada a regra pela qual a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do CC).

Após o tratamento da confissão, o Código Civil regulamenta a prova documental, que também demonstra um ato, fato ou negócio jurídico, com previsão entre seus arts. 215 a 226. De qualquer forma, têm razão os processualistas quando afirmam que o dispositivo tem mais relação com a forma do que com a prova do negócio. E, como se sabe, a forma do negócio está no plano de sua validade, nos termos do art. 104, III, do CC em vigor.

Inicialmente, o Código Civil atual consagra no seu art. 215 que a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo *prova plena*. Esse dispositivo vem recebendo diversas críticas, principalmente entre os processualistas, por ainda conter menção pela qual a escritura pública faz *prova plena* dos atos e negócios jurídicos. Por certo, a expressão *prova*

plena não vem sendo mais utilizada tanto no direito material quanto no processual, particularmente pela tendência de relativização de princípios e direitos.

Em verdade, a menção ao valor e à força probante dos documentos, em cotejo com outras provas, revela resquícios do antigo sistema da prova tarifada, pelo qual o juiz ficava adstrito a valorar mais intensamente alguns meios de prova do que outros. Como é notório, vige o *sistema da persuasão racional* ou do *livre convencimento motivado*, de sorte que não há mais tal vinculação por parte do juiz, a quem compete sopesar os elementos probatórios conforme o seu entendimento fundamentado. Nesse sentido, na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 158 do CJF/STJ, pelo qual: “A amplitude da noção de prova plena (isto é, completa) importa a presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do § 1.º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219”. Concluindo, a referida *prova plena* não é tão plena assim, pois traz uma presunção relativa (*iuris tantum*) e não absoluta (*iure et de iure*), conforme entenderam os juristas que participaram daquela *Jornada de Direito Civil*, realizada no ano de 2004.

A presunção, em suma, refere-se aos elementos que devem constar da escritura pública (art. 215, § 1.º, do CC), a saber:

- a) Data e local de sua realização.
- b) Reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunha.
- 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 outro cônjuge e filiação.
- d) Manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes.
- e) Referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato.
- f) Declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram.
- g) Assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

A escritura pública será lavrada no Tabelionato de Notas, nos termos da organização e regulamentação específica prevista na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Mais recentemente, tendo em vista a celeridade dos atos e a diminuição de burocracias, entrou em vigor em nosso País a Lei 11.441/2007, possibilitando que o divórcio e o inventário sejam celebrados, extrajudicialmente, por escritura pública. Os temas estão tratados nos Volumes 5 e 6 desta coleção, para onde se remete aquele que queira aprofundar os seus estudos.

O oficial do cartório de notas deverá elaborar a escritura pública segundo esses seus requisitos mínimos, previstos no art. 215, § 1.º, I a VII, do CC em vigor. A falta de um dos requisitos acarretará a nulidade absoluta do ato, nos termos do art. 166, V e VI, do CC, havendo desrespeito à forma ou à solenidade, o que comprova a tese de que a escritura está no plano da validade do negócio jurídico (segundo degrau da *Escada Ponteana*).

Vale mais uma vez consignar que a escritura pública pode ser lavrada em qualquer Tabelionato de

Notas do território nacional, não se confundindo com o registro imobiliário, que deve ser realizado no Cartório de Registro de Imóveis do local de situação do imóvel. Também pertinente referir-se ao art. 108 da atual codificação, pelo qual a escritura pública somente será necessária para a alienação de imóveis com valor superior a trinta salários mínimos. Para os demais casos, está dispensada a sua elaboração.

Particularmente quanto à matéria, o Código Civil de 2002 passou a exigir, para a elaboração da escritura pública pelo Tabelionato de Notas, a referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato (art. 215, § 1.º, V, do CC). Para tanto, pode ser citada a quitação de impostos como o IPTU e a outorga conjugal exigida pelo art. 1.647 do CC, tratando-se essa última hipótese de *legitimação*. O inciso em comento valoriza a ética, a boa-fé objetiva, como um dos baluartes da codificação, pelo fato de exigir o pagamento das dívidas fiscais.

Pelos incisos VI e VII do mesmo comando legal, a legislação civil continua exigindo a leitura da escritura pública pelo notário aos comparecentes, para que conheçam o seu teor, bem como a assinatura das partes e do próprio tabelião, mais uma vez sob pena de nulidade do ato praticado (art. 166, V e VI, do CC).

Determina o § 2.º do art. 215 do CC/2002 que se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo (a seu pedido). Por tal norma, a atual codificação privada admite que outra pessoa assine em nome do interessado, se este não souber escrever, sendo perfeitamente válida a escritura pública nessas situações.

A escritura será redigida na língua nacional, conforme ordem do § 3.º do mesmo art. 215. Tendente à simplicidade ou operabilidade dos atos, negócios e contratos, o Código vigente continua exigindo que o notário elabore a escritura pública em língua portuguesa, também sob pena de nulidade da escritura. Recomenda-se, dentro do bom senso, que a linguagem do documento seja acessível às partes, evitando-se expressões superadas, ininteligíveis ou de difícil compreensão, inclusive expressas em latim. Uma escritura mal escrita, com graves defeitos de linguagem, também poderá ser declarada nula, nos termos do art. 166, V e VI, do CC, por desrespeito à forma ou à solenidade.

Igualmente, de acordo com a valorização da informação, em sintonia com a boa-fé objetiva, 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 (art. 215, § 4.º, do CC). Pelo mesmo dispositivo, não havendo tradutor na localidade, será nomeada outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes, caso, por exemplo, de um professor de línguas local. Caso esses requisitos não sejam obedecidos, o Código Civil reconhece a nulidade do ato, continuando a proteger o princípio da informação e a confiança depositada entre as partes. No que concerne à confiança, na *IV Jornada de Direito Civil* chegou-se à conclusão, cabe frisar mais uma vez, de se tratar de um preceito de ordem pública, conforme o Enunciado n. 363 do CJP/STJ.

Por outro lado, 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 (art. 215, § 5.º, do CC). Deve-se entender que esse parágrafo apresenta as regras a serem aplicadas para o ato em ordem inversa. Assim sendo, o tabelião, inicialmente, deve buscar a identificação do celebrante por documento hábil e lícito acompanhado por foto, como cédula de identidade ou outro que o substitua. Não sendo isso possível, caberá a identificação pessoal, com base na confiança. No caso de impossibilidade destas, a identidade do comparecente deverá ser

provada por duas testemunhas, que conheçam e atestem quem é a pessoa a celebrar o ato ou negócio.

Superada a análise do art. 215 do CC, enuncia o seu art. 216 que: “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”.

Pelo que consta do dispositivo, o Código Civil de 2002 continua reconhecendo a fé pública e a força probante das certidões textuais com inteiro teor (*verbo ad verbum*) de peça judicial, protocolo de audiências ou livro a cargo de escrivão. Nesse sentido, vale transcrever os conceitos correlatos, apontados por Maria Helena Diniz:

“Certidão. A certidão textual, seja ‘verbo ad verbum’ (inteiro teor), seja em breve relatório, é a reprodução do conteúdo de ato escrito, registrado em autos ou em livro, feita por pessoa investida de fé pública.

Traslado. O traslado de autos é a cópia fiel, passada pelo próprio escrivão ou por outro concertada, de documentos constantes do arquivo judiciário. O concerto, portanto, nada mais é do que o ato de conferir a cópia com o original” (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 258).

Conforme a parte final do art. 216 do CC, observa-se que o documento deve ser extraído pelo próprio escrivão ou por terceiro, sob sua vigilância, devendo ser subscrito pelo primeiro.

As cópias trasladadas dos autos somente terão validade quando concertadas por outro escrivão. A expressão *concerto*, grafada com *c*, significa conferir o documento com o correspondente original. Por um equívoco, constou no texto final do dispositivo a palavra *conserto*, com *s*, ao contrário do correto texto do Código Civil de 1916. Dessa forma, pelo erro de grafia, deve ser entendido *concerto*, com *c*, conforme aponta a própria Professora Maria Helena Diniz, na obra transcrita (*Código Civil anotado...*, 2005, cit., p. 257).

As certidões e os traslados extraídos por tabelião ou oficial de registro terão a mesma força probante de instrumentos ou documentos lançados em suas notas (art. 217 do CC). Por esse comando, continuam tendo força probante, dotados de fé pública, os documentos trasladados e as certidões, extraídos por tabelião de cartório de notas ou oficial deste. Em suma, pelo que consta do dispositivo ora visualizado, pode-se afirmar que todos os documentos referidos têm a mesma força probante que a escritura pública e o seu correspondente traslado. Continua incólume o art. 367 do CPC, pelo qual o documento elaborado por oficial público incompetente tem força probatória de documento particular.

Prevê o art. 218 do CC/2002, ainda tratando da prova documental, que os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato. Esse comando equivale parcialmente ao art. 364 do CPC, pelo qual “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

Existe certa correspondência, em reforço, com o art. 365, I, da mesma norma processual, que reconhece fazerem a mesma prova que os documentos originais “as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraída

por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas”.

Caso os originais do documento sejam utilizados em juízo para provar algum fato ou conduta, o mesmo deve ser dito quanto a traslados e certidões *verbo ad verbum*, que valem como se fossem instrumentos públicos.

Ainda sobre a prova documental, as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, segundo o art. 219 do CC. Como não poderia ser diferente, continua em vigor o sistema pelo qual os documentos assinados, públicos ou particulares, têm eficácia entre as partes que lançaram neles suas assinaturas.

Isso porque esse comando material equivale ao art. 368, *caput*, do CPC, que tem a seguinte redação: “As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”. Em ambos os dispositivos, tanto material quanto processual, a presunção é relativa (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário, tendo em vista a certeza e a segurança jurídica.

O parágrafo único do art. 219 do CC determina que “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”. Como visto, essa regra deve ser aplicada à escritura pública, completando o art. 215 do atual Código, conforme o Enunciado n. 158, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Mas não é só, uma vez que o artigo traz alguns conceitos interessantes.

As *disposições principais* – também conceituadas como *dispositivas* – são aquelas que mantêm relação direta com os elementos essenciais do ato – partes, objeto, vontade e forma, estando nos planos da existência e da validade do negócio jurídico. Já as *declarações enunciativas*, regra geral, não mantêm relação imediata com as regras principais do ato ou negócio, muito menos com a legitimidade das partes. Como exemplos de disposições enunciativas, podem ser citadas aquelas relacionadas com a qualificação dos negociantes, não sendo esta essencial ao ato. Mesmo assim, cabe ao declarante o ônus de provar a veracidade da sua declaração.

Segundo o art. 220 do Código Civil em vigor, “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”. Em alguns casos específicos, a lei exige anuência ou autorização de terceiro para a prática de alguns atos, caso da sempre comentada outorga conjugal, prevista no art. 1.647 do CC (outorga uxória – da mulher; outorga marital – do marido).

Exemplificando de outra forma, ainda envolvendo caso de legitimação, cite-se a venda de ascendente a descendente, que depende de autorização dos outros descendentes e do cônjuge do alienante, exceção feita ao regime da separação obrigatória, conforme o art. 496 do CC. Na falta dessa autorização, tal venda será anulável, devendo ser aplicado o prazo que consta do art. 179 (prazo decadencial de dois anos, contados da celebração do negócio) do Código e não mais aquele da Súmula n. 494 do STF (prazo prescricional de 20 anos, contados da celebração do ato). Isso porque, como já exposto, adotou o atual Código Civil a tese de Agnelo Amorim Filho, não sendo mais admitido prazo prescricional para anular negócio jurídico. Havendo direito potestativo (ação anulatória – constitutiva negativa), o prazo é decadencial. Nesse sentido, o citado Enunciado n. 368 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*.

Nos dois casos descritos, conforme determina o art. 220 do CC, para a venda de imóvel mediante escritura pública, a outorga conjugal ou dos filhos também deverá assumir a mesma forma, fazendo prova do negócio jurídico.

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 registrados no registro público. Essa a regra constante do art. 221 do CC, que merecerá por estudo específico, com a análise de um caso de antinomia de segundo grau aparente.

Repise-se que o instrumento particular não tem a suposta força probante absoluta, como a forma do escrito público. Eventualmente, aquilo que consta do instrumento particular pode ser provado por outras formas, como por meio de testemunhas (art. 221, parágrafo único, do CC). É notório, por regra, que o instrumento particular gera efeitos entre as partes negociantes (*inter partes*). Para valer perante terceiros, deverá ser registrada no cartório de títulos e documentos situação em que passa a ter eficácia *erga omnes*.

O art. 222 do mesmo Código Civil trata do telegrama, prevendo que, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado.

Mesmo não havendo regra semelhante no Código de 1916, deve-se compreender que o artigo em questão constitui novidade parcial, uma vez que constam regras semelhantes no Código de Processo Civil:

“Art. 374. O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente.

Parágrafo único. A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora”.

“Art. 375. O telegrama ou o radiograma presume-se conforme com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário”.

A inovação constante do art. 222 do CC nasce desatualizada, pela falta de menção ao fax e à mensagem enviada por correio eletrônico (*e-mail*), via Internet. Contudo, mesmo diante da falta de previsão legal, o art. 222 da atual codificação também poderá ser aplicado a esses documentos, os quais têm força probante se não houver qualquer ilicitude.

Relativamente ao correio eletrônico, é interessante observar que a conclusão semelhante chegou a comissão de obrigações e contratos da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, pelo teor do seu Enunciado n. 18: “Art. 319: a ‘quitação regular’, referida no art. 319 do novo Código Civil, engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de ‘comunicação à distância’, assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes”. O art. 319 do CC trata da prova do pagamento, dada pela quitação. Como reforço à questão da prova eletrônica, podem ser mais uma vez mencionados os Enunciados n. 297 e 298 do CJF/STJ, da *IV*

Segundo o art. 223 do CC, “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”. Apesar da falta de menção de tratamento quanto à cópia fotográfica ou reprográfica (popular *xerox*), há regra correspondente no art. 385 do CPC, pelo qual “a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original”. Também há correspondência parcial em relação aos arts. 365, III, e 384 do mesmo *Codex Processual*. No que concerne a esse último dispositivo, vale sua transcrição, para fins didáticos:

“Art. 384. As reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original”.

Pelo que consta de todos esses dispositivos, a conferência pelo tabelião estabelece apenas a presunção relativa (*iuris tantum*) de autenticidade do documento. No caso de impugnação de sua autenticidade, torna-se imprescindível a apresentação do original, visando à certeza, à segurança jurídica e à verdade real.

Mas, em alguns casos, para exercício de um determinado direito, a lei exige a exibição do documento original ou do título de crédito (duplicata, cheque, etc.). Nessas situações, a prova produzida não dispensará a apresentação do documento correspondente, mais uma vez em prol da certeza e da segurança jurídica (art. 223, parágrafo único, do CC).

Valorizando a informação, enuncia o art. 224 do CC/2002 que os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português, para dar aos mesmos efeitos legais em nosso País. Dessa forma, o atual Código Civil continua exigindo que o negócio jurídico seja celebrado em nossa língua vernácula.

Para os documentos estrangeiros é exigida a tradução por especialista juramentado, autorizado juridicamente, visando à validade e eficácia no ato em nosso País. Não há dúvidas que continua em vigor o art. 148 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), *in verbis*: “os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzir efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação a procurações lavradas em língua estrangeira”.

Outrossim, continua merecendo aplicação o art. 157 do CPC, pelo qual “só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado”. Não se pode afastar a relação entre esse dispositivo comentado e o art. 13 da Constituição Federal de 1988, que compara a língua portuguesa aos demais símbolos da República Federativa do Brasil (a bandeira, o hino nacional, as armas e os selos nacionais).

O Projeto 699/2011, antigo Projeto Ricardo Fiúza, pretende alterar o art. 224 do CC, que passaria a ter a seguinte redação: “Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o

vernáculo e registrados em Títulos e Documentos para terem efeitos legais no país”. Como se vê, a projeção passa a exigir expressamente o registro no cartório de títulos e documentos.

Não há como concordar com a proposta de alteração, o que dificultaria o trabalho dos interessados, estando afastada a pretensão de mudança do princípio da simplicidade ou operabilidade, um dos baluartes da atual codificação. É pertinente deixar claro que a proposta foi inicialmente vetada pelo Deputado Vicente Arruda, nomeado na Comissão de Redação, Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados para apreciar a questão, pelas seguintes razões:

“Não nos parece procedente a pretendida alteração. Em primeiro lugar, o próprio Autor da proposição lembra que, nos termos do art. 13 da Carta Magna, a língua portuguesa é a língua oficial do país; em segundo lugar, o dispositivo do Código em questão trata da validade e da eficácia do documento estrangeiro no Brasil, pois acha-se inserido no capítulo relativo à prova do fato jurídico, e não da sua validade contra terceiros, a qual requer, aí sim, o competente registro, havendo de vigorar, lado a lado, portanto, essa disposição do novo código com a regra insculpida na Lei dos Registros Públicos. Pela rejeição”.

Conforme o art. 225 do CC, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e 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.

Esse comando legal, novidade na codificação civil, equivale ao art. 383 do CPC, segundo o qual “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial”.

O diploma civil aprimora a regra processual anterior, estabelecendo que a força probante das reproduções não depende de autenticação por tabelião, desde que a parte contra quem forem exibidas não lhes impugnar a exatidão.

Pela lei processual civil, exige-se que a parte contrária admita a autenticidade das reproduções; já pelo Código Civil, essa autenticidade é presumida sempre que a parte contrária não impugnar tais documentos. Trata-se, mais uma vez, de presunção relativa, ou *iuris tantum*, sendo interessante sempre a perícia quando houver dúvidas, conforme o parágrafo único do art. 383 da codificação processual civil.

Cite-se também a regra do art. 384 do mesmo Código Processual, pela qual “as reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original”.

Encerrando o tratamento quanto à prova documental, determina o art. 226 que os livros e fichas dos empresários e sociedades fazem prova contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Como novidade, o Código Civil atual incorpora dispositivos anteriormente presentes no Código de Processo Civil, particularmente nos seus arts. 378 a 382. Resumindo as regras previstas na lei processual e confrontando com o que consta na codificação emergente, pode-se afirmar que os livros

e as fichas dos empresários provam contra as pessoas a eles relacionadas. Eventualmente, não havendo vícios confirmados, a interpretação poderá ser favorável a essas pessoas – empresários, sócios e administradores.

Continua ainda vigente a regra pela qual a *escrituração é indivisível*. Sendo alguns fatos resultantes dos lançamentos favoráveis aos interesses de seu autor e outros desfavoráveis, ambos devem ser considerados em conjunto, situação em que o aplicador do Direito deve apreciar com equidade e razoabilidade (art. 380 do CPC). Em casos que envolvam interesse público e social, o juiz poderá ordenar, *ex officio*, a exibição parcial dos livros e documentos, extraíndo deles o que interessar ao litígio (art. 382 do CPC).

O art. 226 do Código Civil reproduz, ainda, regra já contida no Código Comercial de 1850, agora revogada, segundo a qual os registros lançados nos livros empresariais fazem prova contra os empresários (art. 23). Por estar adaptada à teoria da empresa e à consolidação parcial do Direito Privado, a codificação atual utiliza o termo *empresários* em vez de *comerciantes*, que constam dos Códigos Comercial e Processual Civil.

Por fim, a força probante dos livros e das fichas empresariais não é absoluta, sucumbindo diante dos casos em que a lei exige escritura pública ou documento particular para a prova do fato, ato ou negócio jurídico (art. 226, parágrafo único, do CC). Como exemplo do último caso – exigência de escrito particular –, pode-se citar a regra do art. 288 do Código de 2002, pela qual a cessão de crédito somente será eficaz em relação a terceiros se forem observados os requisitos mínimos para o mandato (art. 654, § 1.º, do CC): *a*) a indicação do lugar onde foi passado, *b*) a qualificação do cedente e do cessionário, *c*) a data da outorga, *d*) o objetivo da cessão, com a designação e a extensão dos poderes e direitos transmitidos.

Em todos os casos, ainda pelo parágrafo único do art. 226, a prova pode ser afastada, elidida, pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos, via perícia técnica. Mais uma vez, o Código Civil privilegia a busca da certeza, da segurança e da verdade real.

Logo em seguida, o Código Civil em vigor trata das testemunhas, que são as pessoas chamadas a depor sobre fatos, visando a atestar a veracidade de ato ou negócio jurídico. As testemunhas convocadas a depor em juízo são denominadas *testemunhas judiciárias*. Fora dele, são chamadas de *testemunhas instrumentárias* as que se pronunciam sobre determinado documento.

Iniciando o tratamento quanto à prova testemunhal, prevê o art. 227 do CC/2002 que: “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”. Trata o dispositivo, especificamente, da *testemunha instrumentária*.

Esse comando material, na realidade, repete a regra do art. 401 do CPC, segundo o qual “a prova testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo que foram celebrados”.

Acertadamente, com sentido mais genérico, a codificação civil atual utiliza a expressão *negócios jurídicos* em vez de *contratos*, o que vem em boa hora. De acordo com o princípio da operabilidade, no sentido de efetividade ou concretude, o valor está expresso em salários mínimos, afastando a possibilidade de a inflação ou a desvalorização afastar a aplicação da regra, como ocorreu com o art. 141 do CC/1916, seu correspondente, que previa o valor de *dez mil cruzeiros*.

Dessa forma, não se pode aceitar o posicionamento doutrinário que eventualmente defenderá a inconstitucionalidade do art. 227 do CC diante de suposta vedação constante da Constituição Federal, já comentada (“Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, *sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*” – destacamos). O último dispositivo merece ser aplicado às relações de trabalho, reconhecendo direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores. Essa é a sua correta interpretação, não havendo nesse ponto qualquer prejuízo aos trabalhadores.

Em reforço, por lógico, se não for adotado o salário mínimo para essa atualização, torna-se impossível, com o passar dos tempos, aplicar a regra. O mesmo foi dito em relação ao art. 108 do Código Civil, outrora estudado. A razoabilidade fundamenta a utilização do salário mínimo como parâmetro, fora das relações de trabalho.

Para os negócios jurídicos com valor superior a dez salários mínimos, a prova testemunhal continua sendo admitida, de forma complementar aos demais meios e fontes de prova (confissões, documentos e perícias) – art. 227, parágrafo único, do CC. Essa regra, aliás, deve ser aplicada para qualquer que seja o valor do negócio.

Mais uma vez, o Código Civil utiliza expressão mais genérica (*negócio jurídico*) ao invés de *contrato*, que constava no Código Civil de 1916, o que merece louvor. Esse parágrafo único deve também ser analisado em conformidade com o art. 402 do CPC, que prescreve:

“Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;

II – o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel”.

Nas situações descritas pelo Código de Processo Civil, portanto, não devem ser aplicadas as regras constantes do comando material em análise, eis que a regra processual é especial, prevalecendo sobre a geral, aplicando-se a metarregra geral relacionada com a especialidade, para resolver a antinomia ou lacuna de conflito.

O art. 228 do CC/2002 veda como testemunhas:

- a) os menores de dezesseis anos (inciso I);
- b) aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil (inciso II);
- c) os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam (inciso III);

- d) o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes (inciso IV);
- e) os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade (inciso V).

O Código Civil de 2002 repete regra anteriormente prevista no art. 142 do CC/1916, dispondo que “não podem ser admitidos como testemunhas” em sentido genérico, ao contrário do art. 405 do CPC, que apresenta a divisão entre *incapazes*, *impedidos* e *suspeitos* para atuarem como testemunhas.

A interpretação a ser seguida é a mesma de outrora. Assim, em momentos de dúvida, buscam-se as expressões detalhadas que constam da lei processual, que têm caráter especial. Quanto às testemunhas impedidas e suspeitas, continua ainda em vigor, logicamente, a regra do art. 405, § 4.º, do CPC, pela qual, caso seja estritamente necessário à lide, o magistrado poderá ouvir tais testemunhas como informantes do juízo, independentemente de compromisso firmado. As oitivas de informantes também são importantes para formar o convencimento do magistrado no que concerne à lide.

Serão comentados, ato contínuo de análise, os incisos do art. 228 da atual codificação civil.

Inicialmente, os menores de 16 anos, menores impúberes e absolutamente incapazes (art. 3.º, III, do CC), não podem ser ouvidos como testemunhas, sendo considerados, pela lei processual, como incapazes para a prova (art. 405, § 1.º, III, do CPC). No caso em questão, não merecerá subsunção a exceção do art. 405, § 4.º, do CPC (oitiva como informante). Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, apesar de menores púberes, podem ser ouvidos, desde que demonstrem discernimento para tanto.

Para a adaptação do que consta do art. 3.º, II, do Código Civil, não são admitidas como testemunhas as pessoas que, por enfermidade mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos e negócios da vida civil (art. 228, II, do CC). De acordo com o que foi mencionado, deve-se compreender que a expressão *enfermidade mental* equivale à antiga *loucos de todo o gênero*, optando o legislador pela troca de expressões por entender que a anterior era discriminatória e afastada da valorização da dignidade da pessoa humana que consta do texto constitucional (art. 1.º, III, da CF/1988).

À luz do Código de Processo Civil, os enfermos e doentes mentais interditados devem ser considerados incapazes para testemunhar (art. 405, § 1.º, I e II, do CPC). É interessante notar que a norma processual em questão faz referência expressa à interdição, constando texto melhor detalhado no último inciso citado, a saber: “o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções”.

De acordo com o art. 228, III, do atual Código Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cegos e os surdos. Quanto aos últimos, que não podem expressar-se, não estão mais incluídos expressamente como absolutamente incapazes, preferindo o legislador referir-se a eles da seguinte forma: “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (art. 3.º, III, do CC). Essa disposição ampla também inclui o surdo-mudo naquelas condições. Já o cego, por regra, é considerado capaz, salvo situações especiais. Porém, em relação à condição de testemunha há incapacidade nos dois casos, inclusive conforme o art. 405, § 1.º, IV, do CPC, que veda a

possibilidade de a pessoa testemunhar quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhe faltam. Essa é também a inteligência do que consta e constava da codificação privada, devendo ser mantida a regra processual por ser específica.

Os interessados no litígio, bem como os cônjuges, ascendentes, descendentes e colaterais até terceiro grau não são admitidos como testemunhas (art. 228, IV e V, do CC). A regra aplica-se tanto ao parentesco consanguíneo (pais, avós, filhos, netos, irmão e tios) como por afinidade (sogro, sogra, madrasta, padrasto, enteados e cunhados), e mesmo àquele decorrente de parentesco civil (adoção, parentalidade socioafetiva ou inseminação artificial heteróloga – vide Volume 5 desta coleção).

Relativamente aos parentes, pelo que consta do Código de Processo Civil, particularmente no art. 405, § 2.º, I, tais pessoas devem ser consideradas impedidas para ser testemunhas. De acordo com o art. 226, § 3.º, da CF/1988, forçoso entender que o mesmo impedimento existe para as relações decorrentes da união estável, conforme vem entendendo a jurisprudência (STJ, REsp 81.551/TO, 3.ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.09.1997). Ainda de acordo com a jurisprudência, os descendentes podem prestar depoimentos em causas que envolvam o casamento ou a união estável de seus ascendentes: “A jurisprudência é pacífica no entendimento de que, a exemplo do que ocorre no direito canônico, os descendentes prestem depoimento em causas matrimoniais” (TJSP, Ap. 224760, Rel. Barbosa Pereira, RF 248/201).

Relativamente ao interessado no litígio – primeira parte do art. 228, IV, do Código Civil –, há caso de suspeição, de acordo com o art. 405, § 3.º, IV, do CPC.

Conforme o parágrafo único do art. 228 do CC, foi ampliada a possibilidade de se ouvirem pessoas impedidas e suspeitas, a despeito do que constava do art. 143 do CC revogado.

De qualquer forma, pelo tom genérico, a hipótese dos ascendentes por consanguinidade ou afinidade enquadra-se no parágrafo único ora comentado, principalmente em relação àquelas ações que envolvam o nascimento e o óbito dos filhos.

Sob outro prisma, pelo que consta do Estatuto Processual em vigor, a todos os casos de suspeição e impedimento aqui comentados merecerá aplicação o § 4.º do art. 405 do CPC, podendo a pessoa ser ouvida como *informante* do juízo. Anote-se que continuam em vigor as demais regras de impedimentos (art. 405, § 2.º, I – segunda parte –, II e III, do CPC) e suspeição (art. 405, § 3.º, I, II e III, do CPC) previstas na lei processual. Assim, a pessoa que é parte na causa continua impedida e o inimigo capital das partes continua suspeito.

Ainda sobre a prova testemunhal, enuncia o art. 229 do atual Código Civil que ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

- a) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;
- b) a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;
- c) que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

Pelo que constava anteriormente, nota-se que o texto era genérico ao proteger o sigilo profissional

e a ética, em total consonância ao Texto Constitucional (art. 52, XIV, da CF/1988). A regra anterior, constante do art. 144 do CC/1916 era de que “Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deve guardar segredo”.

Cite-se o exemplo do padre, que não pode depor sobre fatos a ele levados pela confissão. Pois bem, o novo texto está melhor adaptado à lei processual, particularmente ao art. 406 do CPC, pelo qual:

“Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

O Código Civil de 2002 afasta a necessidade de a pessoa depor em casos que possa gerar a desonra própria, do seu cônjuge, parente em grau sucessível – na linha reta, até o infinito e na linha colateral até quarto grau – ou amigo íntimo. Em todos os casos, inclusive pelo que pode ser percebido da leitura do art. 229, III, do CC, as regras também devem ser aplicadas ao companheiro ou à companheira. Quanto à menção ao amigo íntimo, inovação festejada, cabe ao juiz da causa apreciar caso a caso. Uma namorada ou um namorado pode receber o tratamento como amigo íntimo.

Superada a análise da prova do negócio jurídico, percebe-se que o Código Civil, em seus arts. 230 a 232, trata das perícias e presunções, que merecerão um estudo em seção própria, para fins didáticos.

9.3 PRESUNÇÕES, PERÍCIAS E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. TRATAMENTO LEGAL E ANÁLISE PRÁTICA

Nos termos do art. 230 do atual Código Civil, “as presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”. Passa a atual codificação privada, por tal comando, a regular regras específicas para as presunções, conceituadas como sendo *deduções feitas pela lei, ou pelo aplicador do direito, que partem de um fato conhecido para chegar a algo desconhecido*.

Quando a presunção constar da lei, haverá a *presunção legal*. Por outro lado, haverá a *presunção simples ou hominis* quando deduzidas pelo juiz da causa ou pelo aplicador do direito, deixadas ao seu livre critério, guiado pela equidade e pela razoabilidade.

Pois bem, as últimas presunções não merecem aplicação em todos os casos em que a lei proibir a prova exclusivamente testemunhal – como naqueles envolvendo negócios jurídicos com valor superior a dez salários mínimos (art. 227 do CC).

O dispositivo legal em comento, porém, não afasta a adoção das presunções legais em casos tais, classificadas como presunções relativas (*iuris tantum*), aquelas que admitem prova em contrário; e presunções absolutas (*iure et de iure*), que não admitem prova em contrário. As primeiras são mais comuns e podem ser observadas em vários dispositivos da codificação privada, como no art. 322 – presunção de pagamento – e no art. 1.597 – presunções de paternidade.

As últimas – presunções absolutas – são mais raras. Como exemplo de presunção absoluta, pode ser apontada a presunção *iure et de iure* de vulnerabilidade do consumidor, o que justifica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, norma essencialmente protetiva. Nessa linha, Roberto Senise Lisboa aponta que “a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor deve ser entendida nos limites propostos pelo próprio microssistema positivado. Assim, entende-se que o consumidor é vulnerável ‘no mercado de consumo’, isto é, quando sujeita-se às práticas de oferta, publicidade e de fornecimento de produtos e serviços, bem como aos contratos referentes à aquisição deles” (*Responsabilidade civil...*, 2001, p. 85). A conclusão é retirada da análise do art. 4.º, inc. I, da Lei 8.078/1990.

Tanto as *presunções simples* como as *presunções legais* (absolutas e relativas) poderão ser utilizadas como meios de prova, não podendo o juiz da causa afastar sua utilização, tratando-se o art. 230 do CC/2002 de norma de ordem pública.

O art. 231 do atual Código Civil traz regra importante e muito comentada nos últimos tempos, prevendo que “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

Nesse dispositivo, a atual codificação inova substancialmente, apresentando entendimento outrora consolidado na jurisprudência e relacionando a presunção com a realização de perícia. Há no comando a vedação de que a pessoa crie uma situação para dela tirar proveito (*tu quoque*). A máxima *tu quoque*, anexa à boa-fé objetiva, está relacionada com a *regra de ouro cristã*, que enuncia: *não faça contra o outro o que você não faria contra si mesmo*. A expressão tem origem na frase de dor do Imperador romano Júlio César ao seu filho adotivo Brutus, que havia participado do atentado que o vitimou, querendo dizer “*Até tu?*” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função...*, 2004, p. 88).

Apesar de o comando legal mencionar o *exame médico* em geral, o dispositivo tem aplicação intensa e imediata aos casos envolvendo o exame de DNA.

Como é notório, tendo em vista a proteção dos direitos existenciais e de personalidade, particularmente dos direitos de *quarta geração ou dimensão*, ninguém pode ser obrigado a fazer o referido exame, sendo vedada qualquer forma de condução coercitiva determinada por juiz. Ademais, continua em vigor o princípio pelo qual ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo. Porém, o Código Civil de 2002 apresenta uma primeira presunção no caso descrito, não podendo o pai que se nega a fazer o exame aproveitar-se dessa recusa (presunção relativa ou *iuris tantum*).

Nessa sintonia, há ainda no artigo a consagração da regra pela qual *ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza*, o que é corolário da boa-fé. O objetivo do legislador é claro, no sentido de mais uma vez buscar a certeza, a segurança jurídica e a verdade real.

Completando essa regra, determina o art. 232 da codificação civil que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame, outra inovação constante da nossa codificação.

Desse modo, ainda em busca da verdade real, o Código Civil de 2002 apresenta presunção relativa (*iuris tantum*) pela qual aquele que se nega a fazer o exame médico ordenado pelo juiz terá contra si a presunção da prova a que o exame almeja. Exemplificando, em tons práticos, contra o

suposto pai que se nega a fazer o exame haverá a presunção relativa da paternidade. Complementando, cite-se o teor da Súmula 301 do STJ pela qual “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz a presunção *juris tantum* de paternidade”. Um dos julgados que gerou a súmula tratou de um caso em que o suposto pai, por mais de dez vezes, se negou a fazer o dito exame.

Mais recentemente, entrou em vigor a Lei 12.004/2009, que acrescentou à Lei 8.560/1992 o art. 2.º-A, determinando que “Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”. Discute-se a necessidade prática da nova lei, eis que a conclusão do seu conteúdo já era retirada dos dispositivos do Código Civil aqui comentados e da jurisprudência consolidada.

De toda a sorte, o que se percebe, portanto, é que não cabe mais como outrora, em ações desse tipo, a mera prova testemunhal, muitas vezes fundada no relacionamento plúrimo da mãe, com vários homens ao mesmo tempo (*exceptio plurium concumbentium*). Essa alegação, aliás, pode ser tida como violadora da dignidade da mãe, podendo até ensejar a reparação dos danos morais por ela suportados.

Pela quase certeza absoluta do exame de DNA, meio de prova dos mais eficientes, deve o magistrado determinar a realização do exame. Negando-se o suposto pai a fazer o exame de DNA, poderá o juiz valer-se da referida presunção, baseada também em outros meios probatórios. Cabe ao juiz, portanto, a análise do caso concreto.

É interessante deixar claro que se trata de uma presunção relativa, afastada pela realização posterior do exame de DNA. Por uma questão de bom senso e pela igualdade consagrada no Texto Maior, o art. 232 do CC/2002 também se aplica à mãe que eventualmente se nega a fazer a perícia médica visando a identificar a maternidade, situação que se tornou comum nos últimos tempos, principalmente nas hipóteses de troca de bebês em maternidade e hospitais. Igualmente se aplica aos sucessores do suposto pai, que se negam a fazer o exame ou não autorizam a realização de necropsia do falecido, conforme entendeu o Tribunal de Santa Catarina:

“Agravo retido. Cerceamento de defesa. Oitiva de testemunhas. Prova realizada por precatória. Nulidade refutada. Desprovimento. Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Reconhecimento recaído em pessoa falecida. Negativa pura e simples dos herdeiros em realizar o exame de DNA. Presunção de paternidade. Exegese dos arts. 231 e 232 do Código Civil. Aplicação subsidiária da Súmula nº 301 do STJ. Sentença mantida. Apelo desprovido. A recusa desprovida de justificativa dos herdeiros em realizar o exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, faz incidir a redação dos arts. 231 e 232 do Código Civil, de modo que a paternidade do investigado convola-se em presumida” (TJSC, Acórdão 2007.060709-4, Rio do Sul, 3.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Fernando Carioni, DJSC 16.04.2008, p. 136).

Em relação ao último dispositivo, foi feita proposta de enunciado na *III Jornada de Direito Civil*, *in verbis*: “A perícia de que trata o art. 232 há de ser realizada por especialista formado em medicina, justificando-se qualquer recusa de submissão a tal exame sempre que os laboratórios e

peritos não pertencerem ao ramo de medicina”. Essa proposta de enunciado doutrinário, com o qual há que se concordar, aplica-se principalmente aos exames feitos extrajudicialmente, em laboratórios especializados, e traz no seu conteúdo a aplicação do princípio da boa-fé para a perícia em questão. Mas, infelizmente, o enunciado não foi aprovado pela comissão da Parte Geral na *III Jornada de Direito Civil*.

O exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e pela jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá certeza quase absoluta da ausência ou da presença do vínculo biológico. Compreendemos que os comandos legais ora estudados constituem normas de ordem pública, mantendo relação direta com o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), bem como com a igualdade entre filhos, havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC).

Mas uma questão de grande relevância prática pode ser levantada a respeito do tema: pode o réu dessa ação negar-se a fazer tal exame? Caso ocorra a negativa, caberá a prisão civil? Sobre esse tema, discorrem muito bem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo...*, 2003, v. I, p. 455). Lembram esses autores que: “Em artigo publicado no *site* do Conselho da Justiça Federal, o Ministro Moreira Alves ponderou: ‘No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em *habeas corpus*, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai”’.

Na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos fundamentais ou de personalidade (direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade x direito à integridade física e intimidade). Qual desses direitos deve prevalecer? A questão parece simples, mas não o é. Deve-se fazer uma ponderação entre esses direitos fundamentais, conforme prescreve o citado e transcrito Enunciado n. 274 do CJP/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*.

No caso descrito, há, de um lado, o direito do filho em saber quem é o seu pai, o que envolve a sua dignidade (*direito à verdade biológica*). Do outro, o direito à integridade física e à intimidade genética do suposto pai, que também envolve a sua dignidade (*direito à intimidade biológica*). Não há outra saída que não seja a adoção da *técnica de ponderação ou de pesagem*, desenvolvida por Robert Alexy (*Teoria...*, 2008).

Partindo para outra técnica, clássica, diga-se de passagem, nota-se um claro choque de normas de primeiro grau no plano hierárquico, tido como um conflito propriamente dito, caso de antinomia real, envolvendo dois direitos da personalidade. Sendo assim, deve o aplicador do direito buscar socorro nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução. Aplicando de forma imediata o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 4.º da Lei de Introdução c/c o art. 1.º, III, da CF/1988) e o fim social da norma (art. 5.º da Lei de Introdução), conclui-se que a condução coercitiva do suposto pai não pode ocorrer, pela proteção indeclinável do direito à liberdade e à intimidade. Conforme aponta a melhor doutrina, que segue os citados critérios clássicos, “o pai pode se negar a fazer o teste, por ser um atentado à sua privacidade, imagem científica e intangibilidade corporal” (DINIZ, Maria

Helena. *Curso de direito civil brasileiro...*, 2003, v. 5). Desse modo, há a proteção dos direitos de quarta geração ou dimensão, aqueles relacionados com o patrimônio genético da pessoa humana, valorizada a sua dignidade à luz do Texto Maior. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, em votação apertada, conforme ementa a seguir transcrita:

“Investigação de paternidade. Exame dna. Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (STF, HC 71.373/RS, *Habeas Corpus*, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22.11.1996, p. 45686, Ement. v. 1851-02 p. 397).

Como aponta Mônica Aguiar, professora da Universidade Federal da Bahia, o julgado acaba representando a tutela do *Habeas Genoma*. Suas palavras merecem destaque, propondo uma nova medida processual para a proteção dos dados biológicos:

“Outrossim, há que ressaltar que a informação genética é única, singular, haja vista que todo indivíduo é geneticamente irrepitível. Os dados dos genótipos são inalteráveis. (...). A proteção desse direito há de ser garantida pela construção de um instrumento processual próprio intitulado *Habeas Genoma* que deve ser preferencialmente preventivo para assegurar que não ocorra o acesso ilícito aos dados pessoais do genoma humano” (*Direito à intimidade...*, 2006, p. 203).

Resumindo, ponderou-se a favor do direito do suposto pai, de forma majoritária.

Mas há quem entenda que deveria ter prevalecido o direito do filho. Nesse sentido, filia-se a renomada jurista Maria Celina Bodin de Moraes, que critica a decisão, pois haveria um abuso de direito por parte do suposto réu no caso em questão. É o seu parecer: “o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade” (Recusa..., *A nova família...*, 1997, p. 194).

De qualquer forma, mesmo sendo esse o caminho, de preservação do direito do investigado, caso o suposto pai se negue a fazer o exame, correrá contra ele a presunção de que mantém o vínculo, de acordo com as regras previstas nos arts. 231 e 232 do CC/2002, o que há tempos vem sendo aplicado pela melhor jurisprudência (Súmula 301 do STJ).

A título de exemplo, se um suposto pai nega-se a fazer o exame por cinco vezes, correrá contra ele tal presunção. De qualquer forma, uma vez que a presunção é relativa, deve o juiz analisar outras provas fáticas antes de sentenciar a ação de investigação de paternidade. Esgotados todos os meios de prova, e sendo determinada a nova realização do exame, negando-se o suposto pai, pode o juiz da

causa entender que a presunção passa a ser absoluta (*iure et de iure*).

9.4 CONFRONTAÇÃO ENTRE O ART. 221 DO CÓDIGO CIVIL E O ART. 585, II, DO CPC. APLICAÇÃO DO ESTUDO DAS ANTINOMIAS OU LACUNAS DE CONFLITO

Conforme antes mencionado, prevê o art. 221, *caput*, do CC:

“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”.

Em relação a tal dispositivo, debateu-se na doutrina se o art. 221 do CC revogou ou não a norma do art. 585, II, do CPC, que prevê ser título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

Como o art. 221 da atual codificação fala em documento *somente assinado* estaria afastada a necessidade de assinatura de duas testemunhas para os negócios jurídicos, visando a ação executiva?

Responde positivamente o jurista e magistrado paulista Antonio Jeová Santos, nos seguintes termos:

“O art. 221 do CC/2002 revogou, de forma tácita, o art. 585, II, do CPC, na parte que exige duas testemunhas para que o documento seja considerado título executivo, porque ‘lex posterior derogat priorem’ ou no vernáculo: ‘lei posterior revoga a anterior’. Aos contratos celebrados na vigência do atual Código, não mais será necessária a presença de testemunhas para a existência do título executivo. Ao deixar de ter este requisito para a validade de contrato, não pode a regra processual subsistir, mantendo a exigência para que o contrato seja tido como título executivo extrajudicial.

Contratos firmados depois da vigência do Código Civil de 2002 que não tenham testemunhas, quando descumpridos e se tiverem os demais requisitos para a execução, como a liquidez, certeza e exigibilidade, servirão como título executivo, abstraída a parte do art. 585, II, do CPC que mantinha a obrigatoriedade de que no documento constasse a assinatura de duas testemunhas, para que a parte pudesse lançar mão do processo de execução” (*Direito intertemporal...*, 2003, p. 122).

Com todo o respeito que merece, é de se discordar de tal posicionamento. Para tanto, serão utilizados os estudos clássicos das antinomias ou lacunas de conflito, expostos no primeiro capítulo da presente obra.

Ao contrário do posicionamento de Antonio Jeová Santos, este autor entende que não há uma antinomia de primeiro grau aparente, devendo a norma posterior (Código Civil de 2002) prevalecer sobre a norma anterior (o Código de Processo Civil), gerando a revogação do seu art. 585, II.

Na realidade, o art. 221 do CC constitui uma norma geral posterior, se comparada com o art. 585, II, do CPC, norma especial anterior.

A primeira constitui norma geral porque não trata especificamente do processo de execução, mas da prova do negócio jurídico de maneira genérica. Aliás, esse é o posicionamento sempre defendido em relação a todo o tratamento previsto no Código Civil quanto à prova do negócio jurídico, conforme se depreende da leitura do presente capítulo, desde o seu início.

Por outra via, o art. 585, II, do CPC constitui norma especial anterior. Especial porque trata do processo de execução, sendo norma processual específica. Anterior porque realmente o Código de Processo Civil entrou em vigor antes do Código Civil de 2002.

Sendo assim, tem-se no caso em questão uma antinomia, conflito de normas entre os dois dispositivos. Mas trata-se de uma *antinomia aparente*, uma vez que existe metacritério para solução desse conflito, devendo prevalecer a especialidade do Código de Processo Civil. A antinomia é ainda de *segundo grau*, envolvendo, além desse critério, o cronológico.

Como se sabe, o critério da especialidade deverá prevalecer sobre o critério cronológico, eis que consta sua previsão na Constituição Federal, na segunda parte do princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5.º, *caput*, da Lei Maior (a *lei deve tratar de maneira desigual os desiguais*). Essa é a razão relevante para que continue a ser aplicada a regra processual, prevista no art. 585, II, do CPC.

Dessa forma, encerrando o presente estudo, este autor entende ainda pela necessidade da assinatura de duas testemunhas, para que determinado negócio jurídico ou contrato seja considerado título executivo extrajudicial. Anote-se que o debate e a conclusão deste livro constam de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejamos duas dessas ementas:

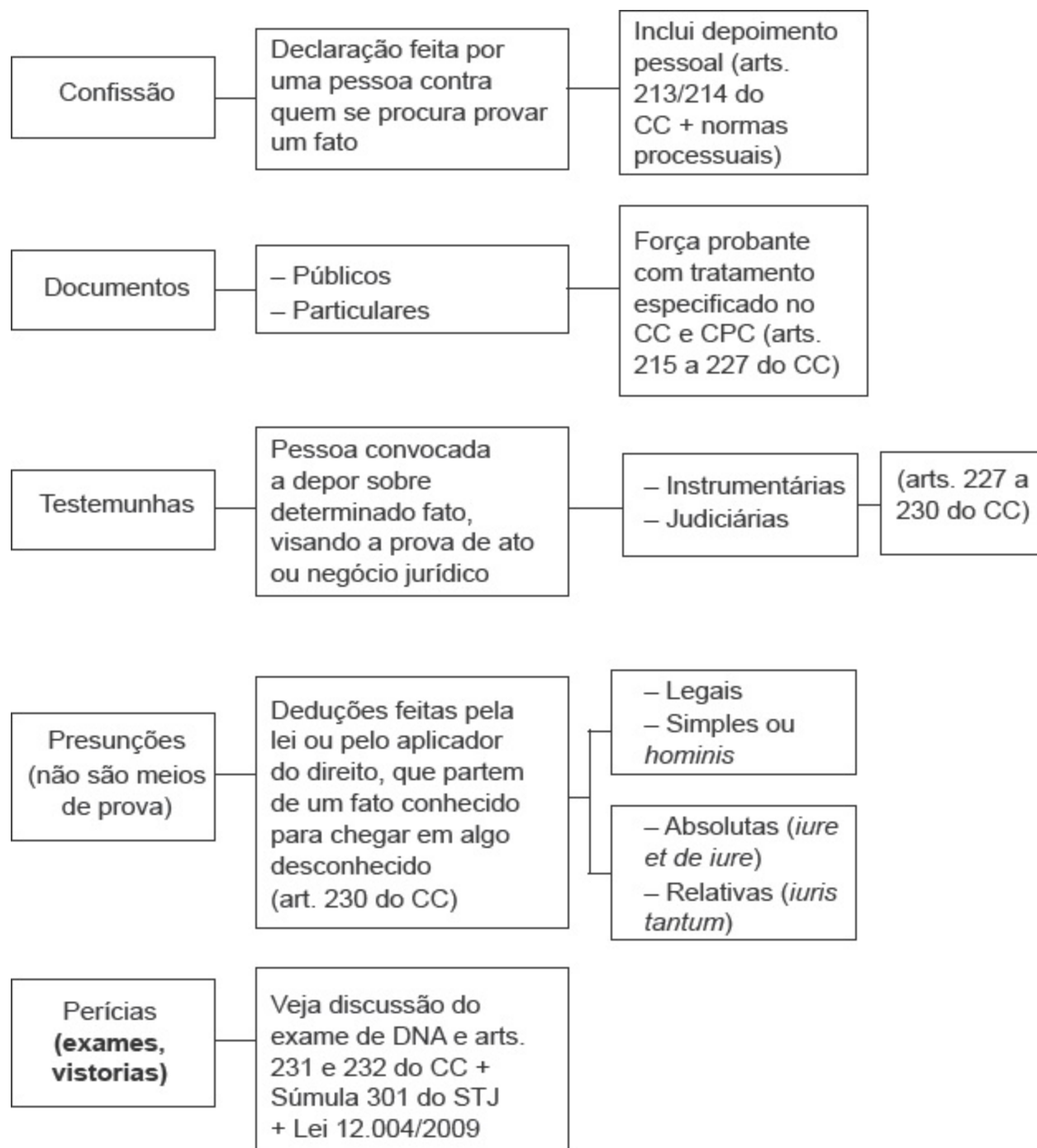
“Execução de título extrajudicial. Contrato de compra e venda de fundo de comércio. Ausência de assinatura de duas testemunhas. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Sentença mantida. Recurso não provido. 1. Ação executiva fundada em contrato particular de compra e venda de fundo de comércio, sem assinatura de duas testemunhas. Impossibilidade. 2. Documento que não constitui título executivo extrajudicial. Art. 585, II, CPC. 3. Antinomia com o art. 221, do Código Civil em vigor. Inocorrência. Norma civilista genérica e que diz respeito à prova do negócio jurídico. 4. Prevalência da regra específica do Código de Processo Civil, a qual contém os requisitos para que o negócio jurídico válido e eficaz constitua título executivo. Precedentes. 5. Sentença de extinção do feito, sem julgamento de mérito, mantida. 6. Apelação da autora não provida” (TJSP, Apelação 0034458-20.2011.8.26.0564, Sexta Câmara de Direito Privado, São Bernardo do Campo, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 06.09.2012).

“Contrato. Instrumento particular de confissão de dívida. Assinatura por duas testemunhas. Imprescindibilidade para conferir executividade ao documento. Hipótese em que testemunhas, advogados, vieram a propor ação de execução do contrato que subscreveram, representando a credora. Impedimento legal (art. 405, § 2.º, III, do CPC). Presunção absoluta de interesse. Título destituído de eficácia executiva. Extinção da execução sem resolução do mérito. Embargos do devedor procedentes. Apelação provida para esse fim” (TJSP, Apelação 991.07.085930-1, Acórdão 4657409, Mogi Guaçu, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo

Cabe ressaltar que outros julgados da mesma Corte Paulista seguem a mesma premissa, que acaba prevalecendo no Tribunal Bandeirante, conforme consta do primeiro aresto transcrito.

9.5 RESUMO ESQUEMÁTICO

Prova do negócio jurídico (rol exemplificativo – *numerus apertus*).



9.6 QUESTÕES CORRELATAS

1. (PGE/PA– 2009) Analise as proposições abaixo e assinale a alternativa INCORRETA:

(A) As declarações enunciativas, constantes de documentos assinados, presumem-se verdadeiras em relação aos

signatários e, desde que tenham relação direta com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

- (B) Em ação de investigação de paternidade, consoante a jurisprudência do STJ, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA constitui presunção absoluta da sua paternidade.
- (C) O novo Código Civil equiparou as cópias (reproduções) inautênticas aos documentos originais e autenticados, desde que sejam comuns às partes e inexista impugnação à sua exatidão.
- (D) Nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal, não se admite, como meio de prova, a presunção, exceto se prevista em lei.

2. (TRT 15.^a Região – XX Concurso Magistratura do Trabalho) Quanto à falsidade do documento, assinale a alternativa INCORRETA:

- (A) Suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal.
- (B) Incumbe à parte que contestar ser sua assinatura, no documento produzido e apresentado pela outra parte, o ônus da respectiva prova.
- (C) Os registros domésticos fazem prova contra quem os escreveu, quando declaram o recebimento de um crédito.
- (D) O documento particular escrito e assinado, ou ainda que somente assinado, presume-se verdadeiro quanto ao signatário; se contiver declaração de ciência relativa a determinado fato, prova apenas a declaração, mas não o fato.
- (E) A nota escrita pelo credor, em qualquer parte de documento, que está em poder do devedor, ainda que não assinada, faz prova em benefício deste último.

3. (Juiz de Direito – TJAL 2007) Em ação de investigação de paternidade, a recusa do suposto pai à perícia médica ordenada pelo juiz:

- (A) não gera qualquer presunção e nada impede o réu de alegar a falta do exame em seu benefício.
- (B) firma presunção absoluta de paternidade.
- (C) autoriza a condução coercitiva do réu para a realização do exame.
- (D) poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.
- (E) acarreta, necessariamente, a prolação de sentença por julgamento antecipado da lide.

4. (Procurador do Trabalho – 2006) A respeito da prova e dos meios de prova, assinale a alternativa INCORRETA:

- (A) é válido o meio de prova, ainda que não especificado no Código de Processo Civil, bastando que moralmente legítimo;
- (B) ao réu cabe o ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor e, a este, os fatos que constituem o seu direito;
- (C) é possível a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova, mesmo que recaia sobre direito indisponível, desde que ocorra livre manifestação das partes;
- (D) não dependem de prova os fatos notórios e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade;
- (E) não respondida.

5. (Defensor Público – SE – 2007) Acerca da investigação de paternidade, de acordo com a jurisprudência do STJ, julgue os itens subseqüentes.

- 5.1. Tratando-se de ação investigatória de paternidade cumulada com reivindicatória de patrimônio – quinhão hereditário – movida por pessoa que tem pai registral, incide a regra que impõe ao perfilhado o prazo decadencial para impugnar o reconhecimento. Assim, ultrapassado o prazo legal, é imperioso reconhecer a decadência, visando consolidar a paternidade socioafetiva, sendo também um imperativo de equilíbrio, segurança jurídica e estabilidade social.
- 5.2. Na ação de investigação de paternidade, ainda que em grau de recurso de apelação, independentemente da anulação da sentença do juiz singular, não existe óbice à conversão do julgamento em diligência para a produção

de prova necessária à instrução do feito, qual seja, o exame de DNA.

5.3. O autor da ação investigatória de paternidade tem direito a alimentos provisórios fixados antes da sentença declaratória da filiação, e esses são devidos, ainda que a decisão seja objeto de recurso.

5.4. A recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, aliada às demais provas indiciárias desfavoráveis ao réu, impõe o acolhimento da pretensão investigatória.

6. (Defensor Público – RO – 2004) Julgue o item subsequente, de acordo com a parte geral do Código Civil:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, à transferência, à modificação ou à renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário vigente no país.

7. (TRT Analista Judiciário/RJ – FCC/2013) Quanto à forma e à prova dos atos jurídicos, é INCORRETO afirmar:

(A) A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

(B) 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.

(C) 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.

(D) 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.

(E) As presunções, que não as legais, são admitidas nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

GABARITO

1 – B	2 – E
3 – D	4 – C
5.1 ERRADO	5.2 CERTO
5.3 ERRADO	5.4 CERTO
6 – CERTO	7 – E

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AGUIAR, Mônica. *Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um Habeas Genoma*. Prova, exame médico e presunção. O art. 232 do Código Civil. Coord. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. Salvador: Juspodivm, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.
- _____; _____. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. IV.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. RT 300/7 e 744/725.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- _____. *Bem de família*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.
- _____. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio enormis*. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. II.
- _____. *Teoria geral do direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4.º da Lei de Introdução. *Revista de Direito Constitucional*, n. 5.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor – Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I.
- _____. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1940. v. I.
- _____. *Comentários ao Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves 1972. v. 1.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORGES, Roxana Cardoso. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRENNER, Ana Cristina. A fraude de execução examinada a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Privado* n. 143, p. 186-200, jan. 2007.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. IV.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CARVALHO, Ernesto Antunes. Reflexões sobre a configuração da fraude de execução segundo a atual jurisprudência do STJ. In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo, RT, 2001. v. 2.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. I.
- CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 – CC/2002 – e art. 4.º da Lei de Introdução. *Revista de Direito Privado*, n. 25, ano 7, p. 222-232. jan.-mar. 2006.
- _____. Uma leitura inicial da redução do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CHINELLATO, Silmara Juny. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o *caput* do art. 1.621 do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p. 355-372.
- _____. *A tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil. *Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil*. São Paulo: 2008.

- _____. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.
- _____. (coord.). *Código Civil interpretado*. 3. ed. Org. Costa Machado. São Paulo: Manole, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Nulidade do contrato de trabalho e o novo Código Civil. *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes Editora, 1961.
- DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.
- DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Código Civil comentado*. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 22.
- _____. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. Parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. – Direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.
- _____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005. t. I.
- _____. *Lei de Introdução interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. In: FIUZA, Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva,

2007. v. 1.

DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução do pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*. Parte geral. Salvador: Juspodivm, 2003.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1: Parte geral e LINDB.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na EC 45/2004. In: TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

FIUZA, César. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28.

_____. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Princípios gerais do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de namoro*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>> Seção Artigos de convidados. Acesso em: 2 mar. 2005.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

_____; _____. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

- _____. *Direito civil brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- _____. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- _____. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto – um devaneio sobre a ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- _____; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2009.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito. Lei de Introdução e hermenêutica jurídica*. São Paulo: Método, 2007.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LISBOA, Roberto Senise. *Comentários ao Código Civil*. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, TALAVERA, Glauber Moreno, FUJITA, Jorge Shiguemitsu e SCAVONE JR., Luiz Antonio. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. I.
- _____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.
- _____. Da oportunidade da codificação civil. Novo Código Civil. Aspectos relevantes. *Revista dos Advogados da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXII, n. 68, p. 21, dez. 2002.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família. Aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antonio Herman de V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Direito civil e Constituição: relações do projeto com a Constituição. Comentários sobre o Projeto de Código Civil brasileiro*. Conselho da Justiça Federal. Série Cadernos do CEJ, v. 20.
- _____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- MAZZEI, Rodrigo Reis. A prescrição e a sua pronúncia de ofício. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1898.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. t. I.
- MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Código Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Silmara Juny Chinellato. São Paulo: Manole, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 39. ed. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. O princípio da dignidade humana. *Princípios do direito civil contemporâneo*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. v. 7. (Coleção Professor Gilmar Mendes).
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. São Paulo: Saraiva.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: RT, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional*. Disponível em:
<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_impemhorabil.doc>. Acesso em: 17 de outubro de 2007.
- NICOLAU, Gustavo René. *Desconsideração da personalidade jurídica*. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III.

- _____. *Verdadeiras modificações do novo Código Civil*. Disponível em:
<<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Seção Artigos de convidados. Acesso em: 25 jan. 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I.
- _____. *Instituições de direito civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II.
- _____. _____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III.
- _____. _____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. IV.
- _____. _____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. V.
- _____. _____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. LIII.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: RT, 1994.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito. Situação atual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Teoria tridimensional do direito. Situação atual*. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Um artigo-chave do Código Civil. *História do Novo Código Civil*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1.
- _____. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 30 dez. 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- _____. *Direito civil. Parte Geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.
- _____. *Direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHÜTZER DEL NERO, João Alberto. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. I.

_____. *Lei de Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. I.

SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Prescrição e sua alegação – Lei 11.280 e a revogação do art. 194 do Código Civil*. São Paulo, *Jornal Carta Forense* n. 34, abr. 2006.

_____. *Requisitos do erro como vício do consentimento no Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil*. Prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP como requisito para obtenção do título de Livre-Docente em Direito Civil. São Paulo: 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Meios de prova no Código de Processo Civil e no Código Civil*. In: TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

_____. *A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/2002*. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.

_____. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 2.

_____. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 3.

_____. *Direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: Método, 2014. v. 4.

_____. *Direito civil*. Direito de família. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 5.

_____. *Direito civil*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 6.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante*. São Paulo: Método, 2007.

TELLES JR., Goffredo. *O direito quântico*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

TEPEDINO, Gustavo. A técnica de representação e os novos princípios contratuais. In: TARTUCE Flávio e CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I.

_____. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. *A constitucionalização do direito*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 2.

_____. Texto de apoio para o curso à distância em Direito Civil Constitucional, oferecido pela PUC/MG, out. 2004. Enviado por mensagem eletrônica.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

_____; _____ e _____. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I. v. III.

_____. *Fraude contra credores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução*. Belém: Unama, 2005.

_____. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Novo casamento do cônjuge do ausente*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Seção Artigos de convidados. Acesso em: 6 fev. 2006.

_____. *Quando entrou em vigor o novo Código?* Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Seção Artigos de convidados. Acesso em: 6 fev. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

_____. *Código civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito civil. Teoria geral do direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. *Direito civil. Parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *A reforma do Judiciário e as Súmulas de efeitos vinculantes*. In:

TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil*. Síntese Jornal, Porto Alegre: Síntese, n. 75, p. 13, maio 2003.