1

Curso de Direito Civil

Fábio Ulhoa Coelho

Parte Geral

5ª edição

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Curso de Direito Civil

Parte Geral

1

5ª edição
2012

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

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

BAHIA/SERGIPE

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

BAURU (SÃO PAULO)

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

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

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

DISTRITO FEDERAL

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

GOIÁS/TOCANTINS

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

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

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

MINAS GERAIS

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

PARÁ/AMAPÁ

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

PARANÁ/SANTA CATARINA

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

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

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

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

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

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

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

RIO GRANDE DO SUL

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

SÃO PAULO

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

ISBN 978-85-02-17360-6

Coelho, Fábio Ulhoa
Curso de direito civil : parte geral, volume 1 /
Fábio Ulhoa Coelho. — 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.
1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título.
CDU-347

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito civil 347

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Daniel Pavani Naveira

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Claudirene de Moura Santos Silva
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Amanda Maria de Carvalho
Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Vinícius Asevedo Vieira
Capa Roney Camelo
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 6-11-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

A Beatriz

ÍNDICE

PRIMEIRA PARTE
PARTE GERAL DO DIREITO CIVIL

CAPÍTULO 1
A TECNOLOGIA DO DIREITO CIVIL

1. Ciência e tecnologia jurídica
2. Classificações
    2.1. Argumentos jurídicos
    2.2. Aproximações e distanciamentos
3. Direito público e direito privado
    3.1. Pessoas de direito público e de direito privado
    3.2. Interesses públicos e privados
    3.3. Positivação e autonomia da vontade
    3.4. Insuficiência dos critérios
4. Unidade do direito privado
5. Divisões do direito civil
6. Direito civil e teoria geral do direito
7. Código Civil

CAPÍTULO 2
A LEI

1. Fontes do direito
2. Referências do direito
3. A lei como referência do direito
4. Processo legislativo
5. Vigência
6. Constitucionalidade
    6.1. Controle da constitucionalidade das leis

6.2. O direito civil e a Constituição
7. Eficácia
8. Revogação
8.1. Revogação expressa ou tácita
8.2. Repristinação
9. A obrigatoriedade da lei

CAPÍTULO 3

NORMAS JURÍDICAS E ORDENAMENTO

1. Introdução
2. Hierarquia das normas jurídicas
2.1. Os graus de hierarquia das normas jurídicas
2.2. Leis da União e de outros entes federados
2.3. Normas internacionais e supranacionais
3. Princípios
4. Conflito entre normas
5. Lacunas
6. Atributos da norma jurídica
7. Normas cogentes e normas supletivas
8. Onde estão as normas jurídicas?
9. Flexibilização das normas jurídicas

CAPÍTULO 4

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI

1. Introdução
2. Métodos de interpretação
2.1. Gramatical
2.2. Lógico
2.3. Sistemático
2.4. Teleológico
2.5. Histórico
2.6. Conclusão: há uma interpretação verdadeira?
3. Tipos de interpretação
4. Interpretação e flexibilização das normas
5. Aplicação da lei

5.1. Aplicação da lei no espaço
5.2. Aplicação da lei no tempo
5.2.1. Disposições transitórias
5.2.2. Retroatividade da lei
5.2.3. Direito adquirido, negócio jurídico perfeito e coisa julgada
5.3. Aplicação da lei e equidade
6. Subsunção

CAPÍTULO 5

DIREITOS SUBJETIVOS

1. Direito subjetivo e direito objetivo
2. Direito subjetivo e dever
3. Conceito e classificações do direito subjetivo
4. Direitos adquiridos e expectativa de direitos
5. Exercício dos direitos

CAPÍTULO 6

OS SUJEITOS DE DIREITO

1. Introdução
2. Espécies de sujeitos de direito
3. Sujeitos personificados
4. Sujeito despersonificado humano: o nascituro
4.1. Natureza jurídica do embrião *in vitro*
4.2. Direitos do embrião *in utero*
5. Sujeitos despersonificados não humanos

CAPÍTULO 7

A PESSOA FÍSICA

1. Introdução
2. Capacidade
3. Pessoas físicas incapazes
3.1. Incapacidade em razão da idade
3.1.1. Menor impúbere
3.1.2. Menor púbere

3.1.3. Emancipação
3.2. Incapacidade com interdição
3.2.1. Pródigo
3.2.2. Viciado
3.2.3. Deficiente mental
3.2.4. Mentalmente enfermo
3.2.5. Impedido de expressar a vontade
3.2.6. Negócios jurídicos anteriores à interdição
3.3. Algumas situações específicas
3.3.1. Velho
3.3.2. Deficiente físico
3.3.3. Índio
4. Direitos da personalidade
4.1. Direito ao nome
4.1.1. Alteração do nome
4.1.2. Proteção do nome
4.2. Direito à privacidade
4.2.1. Inviolabilidade da vida privada e seus limites
4.2.2. Privacidade na internete
4.3. Direito sobre o corpo
4.3.1. Transplantes
4.3.2. Esterilização
4.3.3. Mudança de sexo
4.4. Direito à imagem
4.4.1. Direito extrapatrimonial à imagem-retrato
4.4.2. Direito extrapatrimonial à imagem-atributo
4.4.3. Direito patrimonial à imagem
4.5. Direito à honra
5. A morte
5.1. Comorientes
5.2. Direitos do falecido
6. Ausência
6.1. Curadoria dos bens do ausente
6.2. Sucessão provisória e definitiva
6.3. O retorno do ausente
7. Domicílio da pessoa física

CAPÍTULO 8

A PESSOA JURÍDICA

1. Introdução
2. Conceito de pessoa jurídica
3. Classificação das pessoas jurídicas
4. Início e término da personificação
5. Desconsideração da personalidade jurídica
6. Formação da vontade das pessoas jurídicas
7. Pessoas jurídicas de direito privado
    7.1. Associações
        7.1.1. Constituição e dissolução
        7.1.2. Direitos e deveres dos associados
        7.1.3. Assembleia geral dos associados
    7.2. Sociedades
    7.3. Fundações
        7.3.1. Instituição da fundação
        7.3.2. Fiscalização do Ministério Público
8. Organizações Não Governamentais (ONGs)
9. Direitos da personalidade da pessoa jurídica
10. Domicílio da pessoa jurídica

CAPÍTULO 9

OS BENS

1. Bens e coisas
2. Bens considerados em si mesmos
3. Bens reciprocamente considerados
4. Bens públicos

CAPÍTULO 10

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS

1. Fatos jurídicos
2. Relação jurídica
3. Conceito e atributos do negócio jurídico
4. Classificação de negócio jurídico

5. A vontade e sua declaração
    5.1. Interpretação da declaração
    5.2. Reserva mental
6. Representação
    6.1. O conceito de representação
    6.2. Os poderes de representação
7. Modulação do negócio jurídico
    7.1. Condição
    7.2. Termo
    7.3. Encargo
8. Existência do negócio jurídico
    8.1. Prova do negócio jurídico
    8.2. Negócio jurídico inexistente
9. Eficácia e validade do negócio jurídico
10. Requisitos de validade do negócio jurídico
    10.1. Sujeitos do negócio jurídico
    10.2. Objeto do negócio jurídico
    10.3. Forma do negócio jurídico
11. Defeitos dos negócios jurídicos
    11.1. Defeitos internos do consentimento
        11.1.1. Erro
        11.1.2. Lesão
        11.1.3. Direitos do declaratário
    11.2. Defeitos externos do consentimento
        11.2.1. Dolo
        11.2.2. Coação
        11.2.3. Estado de perigo
    11.3. Defeito social: fraude contra credores
12. Invalidade do negócio jurídico
    12.1. Diferenças entre negócios nulos e anuláveis
    12.2. Normas gerais sobre negócios jurídicos inválidos
    12.3. Negócios jurídicos nulos
    12.4. Negócios jurídicos anuláveis
    12.5. Negócios simulados
        12.5.1. Simulação e negócio dissimulado
        12.5.2. Simulação e reserva mental
        12.5.3. Simulação e negócio indireto

CAPÍTULO 11
ATOS ILÍCITOS

1. Ilicitude da conduta
2. Abuso de direito
3. Exclusão da ilicitude
4. Responsabilização por atos ilícitos

CAPÍTULO 12
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

1. Introdução
2. Diferenças entre prescrição e decadência
    2.1. Critérios de diferenciação
    2.2. Regimes jurídicos
    2.3. Os incapazes e os prazos extintivos
3. Suspensão e interrupção da prescrição

Bibliografia

Primeira Parte

PARTE GERAL DO DIREITO CIVIL

Capítulo 1

A TECNOLOGIA DO DIREITO CIVIL

1. CIÊNCIA E TECNOLOGIA JURÍDICA

Uma das preocupações marcantes da filosofia do direito, ao longo do século XX, foi discutir as condições pelas quais se poderia conhecer *cientificamente* o conteúdo das normas jurídicas. Como a filosofia do direito é uma disciplina surgida nos meados do século XIX, pode-se até mesmo dizer que essa preocupação tem sido o seu tema central. O mais conhecido dos filósofos do direito, Kelsen, propôs que o estudo científico do direito somente poderia ser resultado da rigorosa observação de um princípio fundamental metodológico. Esse princípio sustenta que não podem ser considerados, no exame do conteúdo das normas jurídicas, de um lado, os valores envolvidos em sua edição e aplicação, e, de outro, os fatores sociais, econômicos, históricos, culturais e psicológicos interferentes com a produção normativa. O estudioso das normas jurídicas que se deixasse influenciar pelos valores morais não estaria, na visão kelseniana, fazendo ciência, e sim política do direito; o que se preocupasse em compreender as relações entre o contexto histórico e o surgimento da norma não estaria construindo ciência jurídica, mas outro conhecimento, a história; se dedicado a examinar a interferência que fundamentos econômicos manifestam num dispositivo de lei, seria economia, e não direito, a ciência em construção; e assim por diante. Chamou Kelsen a sua proposta de Teoria Pura do Direito (1960).

Outras formulações, além da kelseniana, poderiam ser referidas, para ilustrar o empenho da filosofia do direito em delinear as condições a partir das quais seria cabível atribuir ao estudo das normas jurídicas o estatuto científico (por exemplo: a lógica deôntica, o realismo escandinavo e a análise econômica do direito).

Nenhum dos projetos de construção da ciência jurídica mostrou-se frutífero. Em Kelsen, o cientista do direito apenas deve relacionar as muitas interpretações possíveis de cada norma jurídica, sem valorá-las minimamente. Se concluir que uma das interpretações encontradas, por qualquer razão, deve ser tida como mais apropriada a veicular o sentido da norma interpretanda, o estudioso terá deixado

de ser cientista e estará manifestando um ato de vontade (a interpretação que *quer* ver prevalecendo), e não de conhecimento. Em última instância, a contribuição de uma ciência do direito construída estritamente como indicado por Kelsen acabaria não apresentando meios rigorosos de controle de resultados. Isto é, na aplicação de qualquer norma jurídica prevaleceria a interpretação escolhida pela autoridade e não a apontada pelo conhecimento jurídico. Ora, o objetivo que inspirara a busca do conhecimento *científico* das normas jurídicas era justamente encontrar o *verdadeiro* sentido delas, para submetê-las a controle que impedisse disparidades em sua aplicação. A frustração do projeto kelseniano resulta inquestionável quando se percebe que *nenhum* estudioso do direito, no mundo todo, segue exatamente o preconizado pela Teoria Pura do Direito, isto é, não se encontra nenhum livro de direito que se resuma a listas de interpretações de normas positivas (Coelho, 1995).

Na verdade, a preocupação cientificista da filosofia do direito apenas reflete, no campo do conhecimento jurídico, um projeto bem mais ambicioso e antigo, com o qual se vem debatendo a cultura ocidental: o de transpor para as chamadas ciências do homem (psicologia, história, economia etc.) o mesmo rigor metodológico e certeza de resultados alcançados relativamente às ciências naturais (química, física, biologia etc.). O extraordinário poder de dominação conquistado sobre a natureza busca-se também sobre a organização econômica e social. O marxismo, surgido no fim do século XIX, representa a última grande manifestação desse projeto, com pretensões voltadas a todas as searas das humanidades.

O projeto cientificista das ciências humanas está, hoje, desprestigiado. A filosofia do nosso tempo não mais insiste em amoldar os diversos conhecimentos existentes ao modelo rigoroso e fechado da geometria, mas, ao contrário, procura identificar níveis de saber com características e limites próprios. Em Habermas, por exemplo, distinguem-se as racionalidades da interpretação histórica, das ações com respeito aos fins e das ações comunicativas no interior de marcos institucionais (1968:66/108). Na filosofia do direito, alguns autores abandonam a reflexão sobre o método científico de investigação do *verdadeiro* significado das normas jurídicas e abrem trilhas novas no emaranhado da discussão epistemológica. Ensaiam, por assim dizer, uma ruptura anticientificista.

A doutrina reúne conhecimentos de caráter tecnológico e científico. Ao afirmar que determinada norma jurídica deve ser interpretada num sentido, o doutrinador constrói um saber tecnológico, insuscetível de verificação pelos valores verdade/falsidade. Apenas ao examinar as razões pelas quais uma sociedade gerou determinadas normas jurídicas, e não outras, ele desenvolve um conhecimento científico, cuja veracidade ou falsidade pode ser metodologicamente verificada.

Das formulações que questionam a cientificidade do saber concernente às normas jurídicas interessa destacar, por enquanto, a identificação, por Tércio Sampaio Ferraz Jr., do caráter *tecnológico* desse conhecimento (que ele chama de *dogmática jurídica*). Como tecnologia, o problema da dogmática jurídica não é o típico das ciências, qual seja, a *verdade* ou *falsidade* de seus enunciados; seu problema é a *decidibilidade,* a oportunidade de certas decisões (1980:81/94).

Partindo da formulação de Tércio, mas seguindo outros rumos, considerem-se dois diferentes objetivos a impulsionar os que se dedicam ao estudo de normas jurídicas: o dos estudiosos interessados em descobrir as razões pelas quais determinada sociedade, num específico momento de sua história, produziu certas normas jurídicas, e não outras; e o dos interessados em circunscrever as decisões fundamentáveis nas normas jurídicas em vigor.

Na primeira situação, a da investigação das origens do direito positivo de uma sociedade historicamente localizada, as respostas que o estudioso apresentar às questões relacionadas ao seu propósito serão verdadeiras ou falsas. Em suma, se adotar determinado método, ele estará construindo um conhecimento *científico*. Não podem conviver, nesse conhecimento, dois ou mais enunciados contraditórios ou mesmo conflitantes. Se for verdadeiro que "o fato *x* determinou o surgimento da norma *y*", será falso que "a norma *y* não é resultado do fato *x*". A afirmação da veracidade de um enunciado, no contexto do conhecimento científico, implica necessariamente a exclusão dos enunciados incompatíveis, contrários ou contraditórios.

Na segunda situação, a do estudioso interessado nas decisões fundamentáveis numa norma jurídica vigente, as respostas que apresentar às questões pertinentes a esse desiderato não serão nem verdadeiras, nem falsas. Serão mais ou menos aptas ou inaptas a demonstrar que a decisão *z* pode ser sustentada na norma *x*. Não existe — esta é a premissa de qualquer esforço anticientificista no campo do saber jurídico — uma *verdadeira* interpretação da norma jurídica capaz de excluir as demais interpretações, as *falsas*. Existem interpretações *mais ou menos justas*, *mais ou menos adequadas à pacificação social*, *mais ou menos*

eficientes do ponto de vista econômico, mais ou menos repudiadas pelos doutrinadores e julgadores que convivem no conhecimento jurídico, a despeito de seus conflitos, contrariedades ou contraditoriedades. Se for razoavelmente convincente, utilizando-se dos recursos argumentativos aceitos pela comunidade jurídica, o estudioso estará construindo um conhecimento *tecnológico*.

A doutrina é essencialmente tecnologia, embora vez por outra arrisque-se o doutrinador a alguma ciência. Quando Clóvis Beviláqua, por exemplo, analisando as primeiras formas do casamento, diz que

> *"tem-se observado que, preocupados com a pureza do sangue, os povos restringem os casamentos a um círculo estreito de consanguinidade. Assim fizeram deuses e heróis nos inícios de todas as civilizações, assim têm geralmente praticado as famílias reinantes, em todos os tempos e em todos os países, sejam cultos, sejam de broncos silvícolas. No Japão, outrora, o casamento com a irmã mais moça era obrigatório, pelo que se deduz de certas narrações e do nome (*imo*) dado às mulheres, o qual significa — irmã mais jovem. Muitos dos selvagens brasílicos, assim como os caraíbas, praticavam a endogamia, efetuando casamentos, mais ou menos necessários, dos tios maternos com as sobrinhas. Esse dever de desposar parentes próximas se reproduz, em grande número de regimes jurídicos, na Índia, na Arábia, por vários outros países"* (1895:41/42),

está produzindo conhecimento científico, destinado à compreensão da razão determinante das regras que impunham o casamento endógeno em certos contextos históricos. Por outro lado, quando o mesmo Clóvis Beviláqua afirma que a

> *"prova de que o direito subsiste, apesar da prescrição, ainda que privado de um elemento essencial, ainda que impotente, é que a prescrição, depois de consumada, pode ser tacitamente renunciada, e o direito readquire a sua validade; e ainda que, se o pagamento da dívida for feito depois de prescrita, é juridicamente válido, não tendo, em tal caso, o solvente direito de repeti-lo, nem podendo o acipiente ser acusado de enriquecimento ilegítimo. Se o direito estivesse extinto, outras seriam as soluções. A garantia real de uma dívida prescrita não poderia ser considerada renúncia tácita: seria um ato nulo por falta de objeto. O pagamento de uma dívida prescrita seria nulo por indébito e autorizaria a repetição"* (1908:306),

ele está tomando posição, numa acirrada e inconclusa discussão entre os civilistas, acerca das marcas características da *prescrição*, que é uma das formas de extinção do direito (Cap. 12, item 2). Argumentar que a prescrição não extinguiria o próprio direito, mas apenas a pretensão correspondente, é formular enunciado cuja veracidade ou falsidade simplesmente não se pode pesquisar. Está-se diante de conceito operacional cuja função é auxiliar a fundamentação de decisões. Se alguém paga dívida quando já transcorrido o prazo prescricional e, depois, quer receber de volta o que pagou (em termos técnicos, ele está postulando a "repetição"), o juiz deverá *decidir* se é o caso ou não de acolher tal pretensão, e a doutrina acima será útil para essa finalidade. Nesse caso, Clóvis Beviláqua construiu uma tecnologia.

Este *Curso de direito civil* é um trabalho assumidamente tecnológico. Qualquer referência histórica que se encontre sobre os institutos examinados não tem outro objetivo além da ilustração.

2. CLASSIFICAÇÕES

A tecnologia do direito civil, em sua parte geral, ocupa-se do estudo das classificações jurídicas fundamentais. Trata-se de elaborações úteis a todos os ramos do direito, e não apenas ao civil, o que reforça o caráter enciclopédico da disciplina. De fato, se atentarmos, por exemplo, à classificação dos tributos construída pelos tributaristas — impostos, taxas e contribuições —, notaremos que ela não interessa a nenhuma outra ramificação da tecnologia jurídica (exceção feita, talvez, apenas ao direito previdenciário, na discussão do custeio do Seguro Social); por isso, não se qualifica como *fundamental*. Já a classificação dos direitos subjetivos e objetivos, a das pessoas físicas e jurídicas, a dos fatos e atos jurídicos, dentre outras estudadas pelos civilistas, são do interesse de diversos campos — senão de todos — do conhecimento jurídico.

As classificações relevantes para o conhecimento jurídico não ostentam rigor científico. Isso não significa, porém, que sejam desprovidas de qualquer consistência. Pelo contrário, elas ostentam certo rigor que se poderia chamar de *tecnológico*, e se constituem em função de argumentos retóricos (item 2.1), que aproximam e distanciam os objetos classificáveis (item 2.2). Convivem, por esse motivo, com certa margem de imprecisão. As classificações jurídicas, em outros termos, não se sustentam firmes quando submetidas ao crivo do raciocínio lógico. Mostram-se, quando testadas em suas últimas consequências, insuficientes. Curiosamente, porém, essa insuficiência não impede sua operacionalização na interpretação e aplicação do direito. Em certo sentido, as

imprecisões e insuficiências das classificações são até mesmo necessárias à flexibilização das normas jurídicas (Cap. 3, item 9).

2.1. Argumentos jurídicos

O argumento jurídico costuma tratar de questões *de fato* e *de direito*. Nas primeiras, procura-se descrever acontecimentos (condutas humanas ou fatos da natureza), com o objetivo de demonstrar que as provas reunidas num processo judicial (depoimentos, perícia ou documentos) fazem supor que eles se verificaram; ou o oposto: que eles não se verificaram.

Já nos argumentos pertinentes a questões de direito, discute-se a vigência, validade ou âmbito de incidência de uma ou mais normas jurídicas.

A delimitação da conduta imputada ao acusado de um crime é, por exemplo, argumento jurídico pertinente a questão de fato; a interpretação que deve ser emprestada a determinado preceito de lei pertence aos argumentos relativos às questões de direito.

Esses dois níveis argumentativos entrecruzam-se na retórica jurídica. A descrição dos fatos deve ser feita com destaque apenas para os elementos tidos por relevantes pela norma jurídica a aplicar. No contexto de um discurso jurídico, nenhuma descrição é isenta, distanciada; ao contrário, é já argumentativa. Na denúncia por furto, o promotor de justiça não descreve os fatos em sua inteireza, mas unicamente naqueles pontos que revelam ter o réu subtraído coisa móvel da vítima. Aliás, rigorosamente falando, toda descrição fática pressupõe necessários cortes na realidade (ela deve iniciar-se e concluir-se em momentos e espaços precisos), e os critérios para tais cortes nas questões jurídicas *de fato* dão-nos as normas jurídicas. Por sua vez, nenhuma interpretação pode ser meramente formal, deslocada da realidade. Quem se debruça sobre um texto da lei, para entender-lhe o significado, ambienta-se necessariamente em situações — reais ou hipotéticas — esclarecedoras do sentido e alcance do preceito (Sanchís, 1987:82/101) (Cap. 4, item 6).

O entrecruzamento desses níveis deve ser abstraído quando a distinção entre questões *de fato* e *de direito* ganha relevância prática (em particular, para o direito processual). De fato, para terem cabimento determinados recursos (especial ou extraordinário) junto a instâncias judiciais superiores ou certos procedimentos (o mandado de segurança por exemplo), é necessário que a controvérsia se limite às questões de direito. Nestes e noutros casos, a solução tecnológica não pode inibir-se com a fragilidade da separação entre os dois níveis de argumentação jurídica, e deve encontrar um conceito operacional capaz

de nortear as decisões dos profissionais do direito. O advogado só deve decidir pela impetração do mandado de segurança se estiver convencido de que inexistem questões de fato controversas no problema levado por seu cliente. Para tomar essa decisão, ele precisa de instrumentos tecnológicos que abstraiam o entrecruzamento dos dois níveis de argumentação e definam as questões pertinentes a cada um.

2.2. Aproximações e distanciamentos

A retórica jurídica desenvolve-se no patamar argumentativo das questões de direito, muitas vezes com movimentos de *aproximação* e *distanciamento*. A estrutura de grande parte das argumentações *de direito* construídas pela tecnologia jurídica (em obras didáticas, petições judiciais, sentenças etc.) procura incluir ou excluir determinado fato do âmbito de incidência de certa norma jurídica. No movimento de aproximação, o argumento sustenta que um fato — alguém prestou serviços mediante remuneração para outra pessoa — está disciplinado pelo direito do trabalho, isto é, inclui-se no âmbito de incidência das normas desse ramo jurídico. A prestação de serviços, dirá o argumento, caracterizou-se pelas notas da subordinação pessoal e não eventualidade, razão pela qual a qualificação jurídica do vínculo existente entre prestador e tomador dos serviços é a de um verdadeiro contrato de trabalho, regido pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). No movimento de distanciamento, o contra-argumento sustenta que aquele mesmo fato não está disciplinado pelas normas do direito do trabalho, por faltar, por exemplo, um dos elementos do vínculo empregatício: a subordinação pessoal.

O argumento de distanciamento do fato das normas de direito do trabalho pode ser, simultaneamente, o de sua aproximação às de outro ramo jurídico. Se o contra-argumento destaca, imagine-se, que o prestador dos serviços era um representante comercial autônomo (registrado no órgão profissional) e foi assinado pelas partes um contrato escrito, concluirá que a referida relação jurídica está sujeita ao direito comercial. Se o primeiro argumento prevalecer, o prestador dos serviços terá certos direitos (FGTS, férias, décimo terceiro salário etc.); se vingar o contra-argumento, terá outros (indenização e prévio aviso baseados no valor das comissões recebidas).

São recorrentes, na retórica jurídica sobre questões de direito, movimentos de aproximação e distanciamento, que reclamam classificações.

Para operar com a aproximação e o distanciamento, a retórica jurídica necessita de classificações. No exemplo acima, essa necessidade é visível, já que argumento e contra-argumento se assentam em dois ramos jurídicos diferentes, o direito do trabalho *versus* o comercial; e a divisão do direito em ramos resulta de uma *classificação*. Outras classificações muito úteis e frequentes na tecnologia jurídica são, por exemplo: direito pessoal ou real, normas de ordem pública ou supletivas, lícito ou ilícito etc. Aproximar ou distanciar é, em suma, classificar.

Esses movimentos de *ligação* ou *dissociação* — que não são exclusivos do argumento jurídico (Perelman-Tyteca, 1958:550/597) — representam, por outro modo de os descrever, a inclusão de algo (ou de alguém) numa das categorias resultantes de certa classificação, e a sua concomitante exclusão das demais. Incluir uma relação jurídica dada no âmbito das normas do direito do consumidor é excluí-la dos demais ramos jurídicos, e vice-versa. Afirmar ser algo ou alguém *espécie* de certo *gênero* implica dizer que ele *não* o é dos demais. Classificar, no contexto da argumentação, é sempre aproximar e distanciar, ligar e dissociar.

Aproximações e distanciamentos são puramente retóricos. Por isso, as classificações jurídicas são normalmente incompletas, imprecisas, lacunosas. Pode-se perceber isso, por exemplo, no exame de uma das mais importantes: a que distingue entre direito público e privado.

3. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Uma das classificações fundamentais desenvolvidas pelo discurso argumentativo jurídico é a que distingue entre direito *público* e *privado*. Mais de um critério se encontra, na tecnologia, distinguindo essas categorias, mas nenhum é inteiramente satisfatório.

Destaco os critérios que consideram as pessoas, a extensão do interesse e o valor fundamental referentes ao direito público e ao privado. Começo pelo critério *subjetivo*, em que importa a qualidade das pessoas cujos atos e relações se compreendem no objeto de cada uma dessas grandes ramificações jurídicas.

3.1. Pessoas de direito público e de direito privado

O direito público cuida dos atos jurídicos praticados pelo Estado, inclusive os que importam ou pressupõem vínculos com as pessoas que residem ou atuam no território correspondente (os "particulares"). No Brasil, a estrutura federativa divide o Estado em entes autônomos, que são a União, os Estados-membros, os Territórios, o Distrito Federal e os Municípios. Esses entes são *sujeitos de direito* cujos atos e contratos inserem-se no objeto do direito público. Além deles, também as autarquias (por exemplo: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) etc.) estão sujeitas à disciplina correspondente ao direito público.

São sub-ramos do direito público, segundo esse critério, o *direito constitucional*, cujo objeto é a organização fundamental do Estado e temas que, pela importância, são regrados na Constituição Federal; o *direito administrativo*, que trata da administração do Estado, incluindo regras sobre licitação, contratos administrativos, funcionalismo, desapropriação, serviço público; o *direito tributário*, que se ocupa dos tributos (impostos, taxas e contribuições) devidos ao Estado; o *direito financeiro*, especializado nas regras atinentes à realização da receita e despesa públicas (isto é, as regras a serem observadas quando o Estado arrecada e gasta dinheiro); o *direito previdenciário*, pertinente às contribuições para o Seguro Social e aos benefícios dele decorrentes (aposentadoria, pensão, auxílios etc.); os *direitos penal* e *processual penal*, relacionados aos fundamentos e procedimentos para a punição, pelo Estado, de particulares, em razão da prática de delitos; o *direito processual civil*, atinente à atuação do Estado na solução dos conflitos de interesses que lhe são apresentados; e outros como o *internacional*, da *infância e juventude*, *ambiental*, das *telecomunicações* etc. Em todos esses sub-ramos, o objeto é o exame de atos (licenças, nomeações, contratos, empenho de despesas, instauração de inquérito policial, decisões judiciais etc.) praticados pelo Estado ou por um de seus desdobramentos.

A classificação do direito em público e privado é feita a partir de critérios distintos, um dos quais leva em conta a presença ou não do Estado na relação jurídica disciplinada. O direito público, por esse critério, é o pertinente aos atos praticados pelo Estado, enquanto o privado cuida dos praticados exclusivamente por particulares.

Por sua vez, o direito privado trata das relações jurídicas entre "particulares",

que são todos os sujeitos de direito, exceto o Estado (entes federativos) e as autarquias. Estão, desse modo, sob a égide do direito privado atos como casamento, testamento, adoção, formação de sociedade empresária, concessão de garantia hipotecária e outros. De nenhum deles o Estado participa como sujeito de direito praticante do ato, embora possa participar de um ou outro como órgão de registro da vontade das pessoas privadas.

Os principais sub-ramos do direito privado, assim, são o *civil*, *comercial*, do *consumidor* e do *trabalho*. O *direito comercial* dedica-se ao exercício da atividade econômica por particulares sob a forma de empresa (concorrência, sociedades, títulos de crédito, negócios entre empresários, marcas e patentes, falência etc.) — pode ser chamado, também, de direito dos negócios, empresarial ou mercantil; o *direito do consumidor* cuida da relação de consumo, isto é, da aquisição no mercado ou utilização de bens ou serviços por seu destinatário final (e não por intermediários, ato sujeito ao direito comercial); o *direito do trabalho*, por fim, trata das relações empregatícias. Outros desdobramentos do direito privado são o *autoral*, *securitário*, *bancário*, *agrário* etc.

Em razão do critério subjetivo de classificação fundamental do direito, pode-se afirmar que o Estado e as autarquias são pessoas de direito público, enquanto as demais (“físicas” ou “jurídicas”) são de direito privado.

3.2. Interesses públicos e privados

O segundo critério a examinar diz respeito à extensão do interesse tutelado pelas regras de cada ramo jurídico. Assim, enquanto o direito privado volta-se aos interesses individuais, o público se ocupa dos que transcendem o âmbito destes. De fato, há situações que não constrangem ninguém mais além dos diretamente envolvidos, como, exemplifico, a falta de fundos do cheque com que o consumidor pagou o fornecedor. O emitente do título (consumidor), nesse caso, vai ou não honrar sua dívida junto ao tomador (fornecedor)? — é questão que não costuma interessar às demais pessoas, mas só ao devedor e ao credor do cheque. Por isso, os interesses conflitantes nessa situação são individuais, localizados, específicos; em suma, *privados*.

De outro lado, se um contribuinte sonega impostos, isto já passa a interessar a um âmbito maior de pessoas, além dos diretamente envolvidos com a situação, isto é, o credor e o devedor da obrigação tributária. Como, a partir de determinado patamar de sonegação, todos serão chamados a contribuir mais para a manutenção do aparato estatal, o regular recolhimento dos tributos pelos

devedores em geral é do interesse de todos e de cada um dos contribuintes. Outro exemplo: se dinheiro público está sendo ilicitamente desviado para contas mantidas pelo governante em bancos no exterior, isto causa indignação a uma quantidade considerável de pessoas. Mesmo que os recursos desviados sejam de certa Prefeitura, os moradores de outras cidades do país ficam curiosos com o fato e aguardam que o sistema de repressão estatal funcione adequadamente para punir a autoridade criminosa e desestimular semelhantes irregularidades. Aqui, os interesses ultrapassam os dos indivíduos envolvidos diretamente na situação. São, por isso, transindividuais, abrangentes, gerais; em uma palavra, *públicos*.

Dos interesses privados, cada um cuida dos seus. Se o banco, ao conceder empréstimo, não se cercou das garantias suficientes e acabou sofrendo prejuízo por não recuperar o crédito, isto é problema dele só, de seus administradores e acionistas. Enquanto não representar um *risco* à sobrevivência da instituição financeira, a ninguém mais interessa a negligência na operação. Dos interesses públicos cuidam as pessoas jurídicas de direito público (o Estado e as autarquias). Se a atividade de uma fábrica polui a nascente de rio, os órgãos estatais competentes (das três esferas de governo: federal, estadual e municipal) devem multar ou interditar o estabelecimento, com vistas a punir a causação e evitar o agravamento do dano ambiental. Essas providências são adotadas no interesse, a rigor, de pessoas de todo o planeta (até mesmo o próprio infrator) e das futuras gerações.

Desde as origens da civilização ocidental, e acentuadamente ao longo dos dois últimos séculos, firma-se a ideologia da supremacia do interesse público sobre o privado. O que interessa somente a um ou a alguns indivíduos não pode prevalecer em detrimento do que interessa às pessoas em geral.

Esse valor fundamental da civilização repercute uma diferença marcante entre o *regime jurídico de direito privado* e o de *direito público*. O regime de direito privado funda-se na *igualdade* entre as pessoas; ou seja, se os sujeitos *privados* são iguais do ponto de vista econômico, terão as mesmas prerrogativas e restrições jurídicas; e, se diferentes, o mais fraco receberá prerrogativas jurídicas que neutralizem sua debilidade econômica (e o torne, por assim dizer, “igual” ao mais forte). Já o regime de direito público alicerça-se na *desigualdade*: ao Estado e suas autarquias (pessoas de direito público) são concedidas consideráveis prerrogativas jurídicas, negadas às pessoas de direito privado, porque lhes cabe zelar por interesses mais importantes que os titularizados por estas últimas.

Outro critério de classificação do direito em público e privado leva em consideração a natureza do interesse tutelado.

Imagine que o proprietário de certo terreno tem interesse em conservá-lo em seu patrimônio. Não pretende vendê-lo, por preço nenhum, tendo em vista motivos que só lhe dizem respeito. Se uma pessoa privada tiver interesse sobre o mesmo imóvel, para nele edificar sua residência, não disporá de meio jurídico para obrigar o proprietário a transferir-lhe o bem. Se a este último não interessa dispor do imóvel, aquela simplesmente não poderá satisfazer sua pretensão. A única maneira, nesse caso, para que o terreno passe a ser do domínio da pessoa privada interessada é a compra, que depende da vontade de vender do proprietário. Vê-se, pois, que, sendo os interesses em choque privados, nenhum deles pode preponderar sobre o outro. Exatamente porque tais interesses são de pessoas iguais.

Mas se ao Estado interessar o mesmo imóvel, para construir uma rodovia, o proprietário pode ser obrigado a transferir-lhe o bem por meio da *desapropriação*. A prerrogativa jurídica é concedida ao Estado, porque o interesse público (a construção da rodovia) prepondera sobre o privado do proprietário (manter o imóvel em seu patrimônio).

3.3. Positivação e autonomia da vontade

O terceiro critério para a classificação do direito em *público* e *privado* atenta para o valor fundamental prestigiado em cada ramo jurídico. No campo do direito público, a segurança jurídica é o bem mais importante a se preservar; no do privado, a liberdade. Chamemos este de critério axiológico.

A classificação de acordo com o valor fundamental traduz-se, por exemplo, na forma pela qual opera a legalidade. Note que a obediência à lei exige-se de todos e de cada um, qualquer que seja o ramo jurídico a aplicar. Mas é diferente o modo pelo qual essa obediência se expressa. Explico. É preceito assente na tecnologia de direito administrativo que o Estado só pode fazer o que estiver autorizado em lei (Mello, 1980:36/37). Ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo o que não estiver proibido por lei. Em outros termos, o Estado obedece a lei se pratica atos nela previstos, e os particulares obedecem-na quando não fazem o que nela se proíbe.

O terceiro critério de distinção entre o direito público e o privado encontra-se no valor fundamental prestigiado em cada grande ramo jurídico. No direito público, privilegia-se a segurança e, no privado, a liberdade.

Se alguém não paga um imposto, o Estado não tem liberdade para decidir se promove ou não a cobrança judicial contra o contribuinte devedor. Ele está obrigado a praticar uma sequência de atos jurídicos previstos em lei para essa hipótese (inscrição na dívida ativa, expedição da certidão e ajuizamento da execução fiscal). Já se o consumidor não paga a dívida junto ao fornecedor, este pode não exercer seu direito ao crédito, caso entenda ser esta a melhor alternativa aos seus interesses. Na primeira situação, sob a égide do direito público, a legalidade se manifestou por meio da sucessão de atos administrativos referidos na lei que o Estado — titular do crédito — é obrigado a praticar; na segunda, à luz do direito privado, a legalidade se expressou pela inexistência de proibição à renúncia (ou não exercício) do direito pelo titular do crédito.

"Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" (Meirelles, 1964:57).

O valor fundamental do direito público, foi dito, é a segurança. O Estado, nos atos que pratica, não pode transpor as balizas da legalidade — isto é, só faz o autorizado pela lei e não pode deixar de fazer o nela previsto — porque todos queremos ver atendida a expectativa de que a defesa do interesse público não será negligenciada. A seu turno, o valor fundamental do direito privado é a liberdade. Como cada particular é o exclusivo senhor de seus interesses, tem o direito de ponderar sobre a conveniência e oportunidade de praticar ou omitir atos jurídicos em defesa deles.

A diferença entre as classificações fundamentais do direito pelo critério axiológico aclara-se na referência a casos que envolvem concomitantemente interesses públicos e privados na responsabilização de certa pessoa. Se, por exemplo, um médico está provocando a morte assistida de pacientes terminais,

mesmo a pedido destes, ele comete crime e contraria a ética profissional. O Estado deve promover a responsabilização penal desse médico, observando o devido processo legal, e o Conselho Regional de Medicina, por sua vez, tem a obrigação de apurar os fatos e aplicar a sanção administrativa (multa, suspensão ou cassação da inscrição etc.). É o interesse público que orienta a atuação da Polícia, do Ministério Público e da autarquia profissional nesses casos. Não há nenhuma margem para ponderação da oportunidade de agir ou não. A pessoa de direito público é titular do interesse público, mas não tem disponibilidade sobre ele. A segurança que todos querem ter no sentido de ver devidamente punidos os infratores é o valor fundamental perseguido pelo direito público.

De outro lado, os familiares das vítimas, no caso do médico que praticou eutanásias, gozam de direito à indenização material e moral, com a qual satisfarão interesse exclusivo deles, individual. Se um ou outro, desejando evitar maiores sofrimentos com o assunto, resolve não processar o médico, pode perfeitamente fazê-lo; e nada nem ninguém possuem meios para alterar tal decisão, já que o interesse, aqui, é privado. A proteção da liberdade do familiar que renuncia ao seu direito indenizatório é o valor fundamental prestigiado no campo do direito privado.

Em síntese, o direito público, com vistas a prestigiar o valor fundamental da segurança, elege como um de seus princípios a indisponibilidade do interesse público (a vontade do Estado é o direito positivado na Constituição, lei, decreto e demais normas jurídicas). A seu turno, o direito privado assenta-se no princípio da autonomia da vontade (a faculdade outorgada aos particulares de autorregularem seus interesses), em homenagem ao valor fundamental da liberdade. Em decorrência, o direito público é pleno de normas *cogentes*, aquelas cuja aplicação independe da vontade dos sujeitos envolvidos; enquanto no direito privado, predominam as normas *supletivas*, aplicáveis apenas se os sujeitos envolvidos não manifestaram vontade a respeito do objeto em conflito.

3.4. Insuficiência dos critérios

Como afirmado de início, nenhum dos critérios de classificação dos ramos fundamentais do direito é inteiramente satisfatório.

O critério subjetivo falha porque há casos em que pessoas jurídicas de direito privado são investidas de prerrogativas próprias do regime de direito público, como, por exemplo, nas concessões para a exploração de serviços de telecomunicações, saneamento básico e rodovias.

O critério da extensão do interesse revela suas insuficiências, ao se levar em

conta os interesses difusos (os dos consumidores em relação à veracidade das propagandas, por exemplo) e coletivos (os dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação relacionados aos critérios de correção dos saldos devedores, por exemplo), que, embora transindividuais, não se consideram públicos. Aliás, por vezes, esses níveis transindividuais de interesses conflitam com o próprio interesse público. Se a todos interessa a redução do déficit nas contas do Estado, essa meta pode não se compatibilizar, por exemplo, com o interesse coletivo dos mutuários do SFH na supressão parcial ou total dos saldos devedores dos contratos de aquisição da casa própria quando esses saldos forem cobertos por dinheiro público.

Por fim, o critério axiológico não explica convenientemente certas limitações à autonomia da vontade verificadas na disciplina de relações privadas entre sujeitos de igual potência econômica. Ilustro: para atender às necessidades do tratamento tributário da operação, o contrato de *leasing* não pode ser amplamente negociado, mesmo entre dois grandes empresários, e não há dúvidas de que o regime aplicável na disciplina das relações entre estes é de direito privado.

Os três critérios de classificação entre direito público e privado são insatisfatórios; isto, porém, não impede a sua cotidiana operacionalização pelos argumentos jurídicos.

A insuficiência das classificações, registre-se, é muitíssimo comum no direito. Curiosamente, isso não impede a operacionalização dos conceitos pertinentes às categorias delineadas. A tecnologia jurídica representa um tipo de saber com extrema habilidade para operar com categorias imprecisas, a despeito da imprecisão. A falta de rigor lógico nas classificações jurídicas não tem sido empecilho à solução de conflitos de interesses reais guiada por elas. Quer dizer, mesmo identificadas incongruências nessa classificação fundamental, a distinção entre direito público e privado por um ou mais dos critérios acima é largamente difundida e utilizada pela tecnologia jurídica em sua função de auxiliar as decisões jurídicas.

4. UNIDADE DO DIREITO PRIVADO

Quando se voltam os olhos para o processo de consolidação do poder da burguesia como classe dominante, percebe-se diferença entre o verificado na Inglaterra e em França. Enquanto a burguesia conseguiu, com a Revolução Gloriosa de 1688, firmar-se econômica e politicamente na Ilha por meio de alianças com a realeza — cujos efeitos benéficos para esses dois segmentos sociais até hoje se podem notar —, no Continente, foi necessário um golpe de estado, a Revolução Francesa de 1789, para ela obter o mesmo resultado.

Essa diferença na oposição entre os modos de produção feudal e capitalista manifesta-se no direito privado do Ocidente. Enquanto na Inglaterra a *common law* não gera nenhuma distinção na disciplina jurídica das atividades econômicas, a França napoleônica edita códigos distintos para tratamento desse tema: o *Code Civil* (1804) e o *Code de Commerce* (1808). As atividades econômicas ligadas à terra eram exploradas pela classe feudal, contra a qual tivera que se opor revolucionariamente a burguesia francesa; típicas da classe burguesa, por sua vez, eram as atividades econômicas ligadas ao comércio. A feroz luta da burguesia francesa contra o feudalismo refletiu-se na edição de leis diferentes para as atividades ligadas à terra (Código Civil) e ao comércio (Código Comercial). As alianças da burguesia inglesa tornaram ideologicamente dispensável a duplicidade de regimes.

A edição de sistemas legais próprios para cada grande gênero de atividades econômicas criou uma forte tradição jurídica, que influenciou direitos em todo o mundo, inclusive o brasileiro. Até 2003, conviveram em nosso ordenamento o Código Comercial de 1850 e o Civil, de 1916 (Clóvis Beviláqua, autor do projeto, era convicto defensor da dualidade de regimes no direito privado — 1934:65/79). Assim, surgem dois grandes sistemas europeus de direito privado: num deles, inspirado pelo modelo francês, as atividades econômicas são agrupadas em dois grandes conjuntos, as civis e as comerciais; noutro, filiado à tradição da *common law*, desconhece-se a separação.

Superadas, no entanto, as razões históricas justificadoras da dicotomia do direito privado, esta começa a ser questionada. Na Itália, teve grande repercussão a opinião de famoso comercialista, Cesare Vivante, manifestada na aula inaugural do ano letivo de 1892 da Universidade de Bolonha, em defesa da unificação do direito privado. Eram então cinco os seus argumentos. No primeiro, criticou a aplicação a não comerciantes (os consumidores) de normas jurídicas formuladas no interesse dos comerciantes. Na sequência, Vivante deplorou a desnecessária litigiosidade nas discussões acerca do direito a aplicar, se civil ou comercial. Também lhe pareceu criticável a insegurança decorrente da

imprecisão nos contornos do âmbito de aplicação do direito comercial, em vista do caráter exemplificativo da lista de atos de comércio. Por outro lado, a existência de soluções diversas para questões semelhantes no campo de cada ramo do direito privado gerava, segundo seu entendimento, dificuldades desnecessárias aos profissionais do direito. Finalmente, a dicotomia era apontada como obstáculo ao progresso científico, na medida em que os comercialistas se afastavam das noções gerais do direito das obrigações (1922:1/25).

O direito privado brasileiro compreende o direito civil e o comercial. Desde a edição do Código Civil de 2002, há apenas um diploma legislativo para disciplinar esses dois ramos jurídicos. A unificação legislativa, porém, não justifica o fim da separação deles como diferentes capítulos do conhecimento jurídico.

Retratou-se, contudo, o famoso tecnólogo italiano, quando convidado, em 1919, a presidir comissão incumbida de elaborar um projeto de reforma do *Codice di Commercio* de 1882. Ao apresentar seu projeto preliminar, Vivante renuncia às críticas de quase trinta anos antes e passa a considerar a alegada diferença de métodos (parece-lhe "indutivo" o do direito comercial, e "dedutivo", o do civil), justificativa bastante para a dicotomia do direito privado.

De qualquer modo, foi também na Itália, com o *Codice Civile* de 1942, que surgiu, no interior dos direitos de tradição romana, um sistema novo de disciplina das atividades econômicas. Denominado *teoria da empresa*, veio acompanhado pela união, num código único, de toda a matéria de direito privado. As atividades econômicas exploradas empresarialmente passaram a ser disciplinadas por um regime único, superando-se a distinção entre as civis e as mercantis (Coelho, 1998, 1:16/20).

No Brasil, a primeira grande manifestação em prol da unificação legislativa do direito privado é de Teixeira de Freitas. Encarregado em 1859 de elaborar um projeto de Código Civil, o maior jurista brasileiro do século XIX apresentou um *Esboço* contemplando também a matéria tradicionalmente reservada ao direito comercial. A unificação igualmente foi a fórmula adotada nos anteprojetos de Código de Obrigações de 1941 (de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães) e 1965 (Caio Mário da Silva Pereira). Mas, por razões diversas, não se converteu em lei nenhuma dessas propostas. Apenas com a edição do Código Civil de 2002, o Código Reale, que revogou tanto o Código

Beviláqua como a parte primeira do Código Comercial do Império, opera-se, no Brasil, a unificação legislativa do direito privado.

Mas é necessário atentar em que a simples concentração, num único diploma de lei, das matérias tradicionalmente tratadas pelo direito civil e comercial não elimina a dicotomia por completo. A rigor, essa concentração caracteriza apenas a unidade desses ramos jurídicos sob o ponto de vista legislativo. Nos planos didático e profissional, persevera a diferença de áreas. Mesmo na Itália, passadas mais de seis décadas da unificação legislativa, direito civil e comercial continuam sendo disciplinas jurídicas autônomas nas faculdades; também permanecem, enquanto especializações profissionais, distintas as dos comercialistas e civilistas. O mesmo quadro deve reproduzir-se no Brasil.

5. DIVISÕES DO DIREITO CIVIL

O direito civil é vocacionado ao estudo de normas jurídicas pertinentes às relações privadas entre as pessoas. Sob a influência do racionalismo ocidental, alguns povos procuraram concentrar, em grandes diplomas jurídicos denominados “código civil”, pretensamente *todas* as regras disciplinares dos conflitos de interesses privados. Mas, com a crescente complexidade da organização econômica, política e social do homem, também o modo de se resolverem os conflitos no interior dessa organização vem-se tornando mais complexo, obrigando a formação de profissionais acentuadamente especialistas. Esse processo subtrai paulatinamente temas do campo do direito civil. O direito do trabalho, por exemplo, cuida hoje de relações privadas que, no início do século XX, no Brasil, encontravam-se albergadas na legislação civil (Nascimento, 2001:65).

O movimento consumerista, iniciado nos anos 1960, também conduz ao surgimento da especialização em direito do consumidor, desmembrado em parte do direito civil. Assim, a pretensão racionalista de regular todas as relações privadas entre as pessoas num único diploma legal, para conferir à correspondente disciplina jurídica a natureza de sistema (isto é, dotar-lhe de congruência lógica), frustra-se pela crescente complexidade dessas mesmas relações — abstraída aqui a discussão da inviabilidade intrínseca de sistematização rigorosamente lógica do direito.

Por outro lado, certas áreas da tecnologia jurídica têm resistido à tendência de especialização, e, menos pela atração lógico-sistemática do direito civil e mais em razão da tradição legislativa, apresentam-se como *divisões* dessa disciplina.

Nesse sentido, o direito civil se desdobra, inicialmente, em parte geral e especial. Na *parte geral*, encontram-se conceitos cuja importância alcança, muitas vezes, outros campos do direito como os de *pessoa física* ou *jurídica*, *ato* e *negócio jurídico*, *prescrição* etc. Sobrepõem-se, num certo sentido, o objeto da parte geral do direito civil e o da teoria geral do direito (os objetivos e cortes de cada conhecimento são, entretanto, diversos: item 6).

Por sua sobreposição com o objeto da teoria geral do direito, o direito civil é considerado também o direito *comum* — condição que justifica, inclusive, a denominação do diploma legislativo disciplinador das *leis* como "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" (LINDB).

A *parte especial*, por sua vez, segmenta-se em direito das obrigações, dos contratos, das coisas, da família e das sucessões.

O direito das obrigações cuida das situações jurídicas em que um sujeito (devedor) está constrangido a prestar algo (dar coisa, fazer ou omitir) para outro (credor). Abrange o exame tanto das situações dessa natureza decorrentes de manifestação da vontade do devedor (declarações unilaterais ou contratos), como das oriundas de ato ilícito (indenização por danos) ou de certa função ou posição econômica (responsabilidade civil objetiva).

O direito dos contratos dedica-se a determinadas obrigações, as constituídas por manifestação convergente de vontade do devedor e credor. Alerte-se que nem todos os contratos têm a correspondente disciplina estudada pelo direito civil. Os vínculos contratuais que envolvem pessoas jurídicas de direito público são, no plano das relações internacionais, objeto do direito internacional público, e, no das internas, do direito administrativo. Mesmo entre os contratos firmados apenas por sujeitos privados há os de trabalho (caracterizados pela subordinação pessoal, remuneração e não eventualidade referidas pelo art. 3º da CLT), os mercantis (celebrados entre empresários) e os de consumo (de que são partes o consumidor e o fornecedor, tais como definidos pelos arts. 2º e 3º do CDC), dos quais não se ocupa a tecnologia civilista.

Já o direito das coisas é a divisão do direito civil dedicada às formas jurídicas de uso, apropriação e aproveitamento econômico dos bens. Envolve temas como posse, propriedade, usufruto, outorga de garantias e outros institutos classificados como "direitos reais".

A seu turno, o direito de família ocupa-se das relações jurídicas entre pessoas ligadas por específicos vínculos biológicos ou afetivos (pais e filhos) ou sociais (cônjuges e companheiros). Esse sub-ramo do direito civil trata, por exemplo, da constituição e dissolução do casamento, regime de bens entre os cônjuges,

direitos dos companheiros, poder familiar, dever de alimentos, visita e temas correlatos à organização nuclear da sociedade: a família.

Enfim, o direito das sucessões tem por objeto as consequências da morte de homem ou mulher. Compreende, assim, temas como a transferência da titularidade de bens do falecido, pagamento de dívidas deixadas, respeito às últimas vontades do sujeito de direito humano.

O direito civil se divide em parte geral, obrigações, contratos, direito das coisas, da família e das sucessões.

Para encerrar, anote-se que o direito civil é uma disciplina jurídica enciclopédica; no sentido de se desmembrar em campos autônomos, didática e profissionalmente falando. De fato, nada impede estudar o direito de família antes do das coisas, o de sucessões antes dos contratos, ou o inverso. Tirante o estudo da parte geral do Código — que, na verdade, transcende o âmbito do direito civil —, a ordem de abordagem dos temas civilistas é irrelevante. Por outro lado, raramente se encontra hoje o profissional da advocacia especializado em todos os temas do direito civil.

6. DIREITO CIVIL E TEORIA GERAL DO DIREITO

Há temas jurídicos comuns à parte geral do direito civil e à teoria geral do direito (estudados, nos cursos de graduação, na disciplina *Introdução ao Estudo do Direito*). Assuntos como lacuna, conflitos normativos, sujeitos de direito e outros são objeto das duas disciplinas. Não há, contudo, nenhuma redundância nessa sobreposição, porque o enfoque e os objetivos são diferentes. Enquanto o direito civil, em razão de sua natureza de conhecimento tecnológico, deve oferecer meios para a solução de conflitos sociais, a teoria geral do direito pode-se permitir reflexões descompromissadas, de natureza quase filosófica.

Veja-se o tratamento da questão das lacunas no âmbito das duas disciplinas. Os compêndios de direito civil centram-se na interpretação do art. 4º da LINDB, examinando os instrumentos conferidos ao juiz em caso de omissão da lei — analogia, costumes e princípios gerais de direito. É assim também neste *Curso de direito civil* (Cap. 3). Já em obras de teoria geral do direito, problematiza-se a

mesma questão de tal modo que se chega a identificar, por exemplo, a lacuna não com a falta, mas sim com a abundância de normas jurídicas (Bobbio, 1960:148/157; Coelho, 1992:65/71).

O direito civil trata de questões também estudadas pela teoria geral do direito, como lacunas e antinomias. As abordagens, porém, são diversas, preocupando-se o direito civil em criar instrumentos tecnológicos que auxiliam a aplicação das normas jurídicas.

As duas abordagens devem preservar seus estilos e objetivos, porque são igualmente úteis. O direito civil não pode perder-se em reflexões quase filosóficas, porque se espera dos tecnólogos que ofereçam pautas para superação dos conflitos de interesses que surgem diariamente entre pessoas casadas (direito de família), possuidor e proprietário do mesmo terreno (direito das coisas), credor e devedor (direito das obrigações) e assim por diante. A seu turno, a teoria geral do direito deve manter-se suficientemente afastada destes e de outros interesses, para que possa refletir sobre os limites e características do complexo mecanismo de solução dos conflitos em sociedade a que chamamos direito. Um ramo do conhecimento jurídico, assim, não substitui o outro.

A tecnologia civilista deve pôr entre parêntesis, por assim dizer, as elucubrações da teoria geral do direito, quando tratar de temas comuns aos dois campos de conhecimento. Não se pode criticar o tecnólogo, incumbido de fornecer pautas para a solução de conflitos de interesse, por ignorar reflexões sobre a historicidade e limites dos meios que a sociedade construiu para esse fim.

7. CÓDIGO CIVIL

Quando uma lei é denominada “Código”, isso significa que ela procura reunir de modo sistemático (isto é, com congruência lógica) toda a disciplina de determinado ramo do direito, ou pelo menos a de seus aspectos fundamentais. Difere-se, assim, da “Consolidação”, em que a reunião de regras jurídicas sobre certo assunto não tem a pretensão de sistematicidade. O Código de Defesa do Consumidor (CDC — Lei n. 8.078/90) presumivelmente concentra as normas jurídicas fundamentais de regência das relações de consumo e as sistematiza, conferindo-lhes unidade e coerência. Por sua vez, a Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT — Decreto-Lei n. 5.452/43) unificou, ao ser editada, num único texto legislativo o conjunto até então disperso de normas sobre as relações empregatícias, mas sem a pretensão de suprir eventuais lacunas ou mesmo hierarquizá-las. Enquanto a codificação pressupõe um esforço em busca da completude e congruência das normas fundamentais de uma matéria jurídica, a consolidação é mero instrumento de facilitação da consulta às normas em vigor sobre determinado assunto.

Se o Código alcança ou não o objetivo de sistematizar seu objeto de disciplina — quer dizer, se esse objetivo é mesmo factível —, trata-se de assunto altamente controverso. O espírito racionalista que inspirou a codificação do direito civil na França pós-revolucionária não ecoa mais nos dias de hoje. Mesmo no fim do século XIX, a oportunidade de se codificar o direito civil alemão já era veementemente posta em questão por juristas da envergadura de Savigny. Na verdade, o esforço sistematizador que acompanha qualquer trabalho de codificação tem-se mostrado crescentemente inócuo. A complexidade das relações sociais acaba por frustrar o objetivo de reunir num único diploma legal, de modo sistemático, completo e congruente, toda a disciplina de certa matéria jurídica ou ao menos seus fundamentos. A diferença entre codificação e consolidação, assim, vai perdendo a relevância que teve no passado (exceto no tocante às regras regimentais de tramitação do projeto legislativo).

No Brasil, o primeiro Código Civil vigorou de 1917 a 2003. O elaborador do projeto foi, como visto, Clóvis Beviláqua, um dos grandes juristas da República Velha (sobre a história da tramitação desse Código, ver Beviláqua, 1934:9/59). A principal fonte de inspiração do seu trabalho foi o Código Civil alemão de 1896. O segundo Código Civil entrou em vigor em 12 de janeiro de 2003 e resultou do projeto de autoria de comissão presidida por Miguel Reale. Foi enviado ao Congresso Nacional em 1975 e aprovado após longa tramitação. Infelizmente, quando entrou em vigor, estava já envelhecido. A codificação de 2003 é influenciada também pelo Código Civil italiano de 1942.

A divisão do Código Civil é a mesma adotada pelo diploma alemão do fim do século XIX, isto é, contempla duas partes: a *Geral* (arts. 1º a 232) e a *Especial* (arts. 233 a 2.046).

A Parte Geral procura tratar de conceitos basilares de todo o direito, como as pessoas, os bens e os negócios jurídicos. Subdivide-se em três livros. O Livro I é dedicado aos sujeitos de direito e se desdobra em três títulos, reservados à pessoa física (Título I, com três capítulos), à pessoa jurídica (Título II, também com três capítulos) e ao domicílio (Título III). O Livro II cuida de um dos objetos do

direito, isto é, os bens. Possui um “Título Único”, com três capítulos, dedicados aos bens considerados em si mesmos (Capítulo I), aos bens reciprocamente considerados (Capítulo II) e aos bens públicos (Capítulo III). Por fim, o Livro III da Parte Geral disciplina os fatos jurídicos em cinco títulos, pertinentes aos negócios jurídicos (Título I, com cinco capítulos), atos jurídicos lícitos (Título II), atos ilícitos (Título III), prescrição e decadência (Título IV, com dois capítulos) e prova (Título V).

A Parte Especial traz a disciplina mais detalhada da matéria civil e reparte-se em cinco livros: direito das obrigações (Livro I), direito de empresa (Livro II), direito das coisas (Livro III), direito de família (Livro IV) e direito das sucessões (Livro V).

O livro do direito das obrigações (arts. 233 a 965) está estruturado em dez títulos, pertinentes às modalidades das obrigações (Título I, com seis capítulos), transmissão das obrigações (Título II, com dois capítulos), adimplemento e extinção das obrigações (Título III, com nove capítulos), inadimplemento das obrigações (Título IV, com seis capítulos), contratos em geral (Título V, com dois capítulos), contratos em espécie (Título VI, com vinte capítulos), atos unilaterais de vontade (Título VII, com quatro capítulos), títulos de crédito (Título VIII, com quatro capítulos), responsabilidade civil (Título IX, com dois capítulos) e preferência e privilégios creditórios (Título X).

O livro do direito de empresa (arts. 966 a 1.195) compreende quatro títulos, que versam sobre o empresário (Título I, desdobrado em dois capítulos), a sociedade (Título II, com um capítulo único e dois subtítulos, sendo o primeiro com dois capítulos e o segundo, com onze), o estabelecimento (Título III) e os institutos complementares (Título IV, repartido em quatro capítulos).

O livro do direito das coisas (arts. 1.196 a 1.510) tem dez títulos: posse (Título I, com quatro capítulos), direitos reais (Título II), propriedade (Título III, com nove capítulos), superfície (Título IV), servidões (Título V, com três capítulos), usufruto (Título VI, com quatro capítulos), uso (Título VII), habitação (Título VIII), direito do promitente comprador (Título IX) e penhor, hipoteca e anticrese (Título X, com quatro capítulos).

O livro do direito de família (arts. 1.511 a 1.783) organiza-se em quatro títulos. Disciplinam o casamento (Título I, Subtítulo I, com onze capítulos), relações de parentesco (Título I, Subtítulo II, com cinco capítulos), regime de bens entre os cônjuges (Título II, Subtítulo I, com seis capítulos), usufruto e administração dos bens de filhos menores (Título II, Subtítulo II), alimentos (Título II, Subtítulo III), bem de família (Título II, Subtítulo IV), união estável

(Título III), tutela e curatela (Título IV, com dois capítulos).

O livro do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027) é desmembrado em quatro títulos: sucessão em geral (Título I, com sete capítulos), sucessão legítima (Título II, com três capítulos), sucessão testamentária (Título III, com quatorze capítulos) e inventário e partilha (Título IV, com sete capítulos).

Não se confundem o objeto do direito civil, como tecnologia, e o do Código Civil. De um lado, assuntos regulados em leis complementares, como os direitos autorais e a locação predial urbana, também são estudados por civilistas. De outro, embora tratado em grande parte no Livro II da Parte Especial do Código Civil, o direito de empresa pertence ao campo de interesse dos comercialistas, isto é, da tecnologia do direito comercial.

Capítulo 2

A LEI

1. FONTES DO DIREITO

Uma metáfora bastante usual nos manuais de matéria jurídica — não só de direito civil, mas de outros ramos — é a das *fontes do direito*. Pretende-se, com ela, identificar o que pode legitimamente gerar direito (meu, seu, de todos...). Assim como a água verte de fontes, o direito também surgiria de algo (cf., por todos: Carvalho, 2004:46/79; Requião, 1971:24; e Gomes, 1957:39/51).

A primeira ordem de fatores de que o direito se origina, na apresentação dessa metáfora pela tecnologia jurídica, aponta para a própria contextualização histórica e social do direito. As regras de conduta refletem várias condicionantes (de natureza cultural, moral, ideológica, econômica, psicológica, religiosa etc.) características da sociedade que as adota. Na civilização ocidental de tradição europeia do nosso tempo, por exemplo, admite-se apenas a monogamia, no plano moral e cultural, para as uniões afetivas entre homens e mulheres. Consequentemente, as leis editadas pelas sociedades nela inseridas coíbem a bigamia e o adultério. As condicionantes características da sociedade seriam, assim, as fontes *materiais* do direito.

A tecnologia jurídica não dispensa às fontes materiais maiores atenções. As ligações entre as regras de conduta postas ou vivenciadas e suas condicionantes sócio-históricas costumam ser entendidas como irrelevantes à exata compreensão do direito. Seriam, por assim dizer, matéria própria dos sociólogos, economistas, historiadores, teólogos e outros estudiosos dedicados a área de conhecimento distinta da dos juristas.

> *A metáfora das fontes procura auxiliar a compreensão dos fatores que geram legitimamente o direito. As fontes* materiais *do direito seriam os elementos econômicos, sociais, culturais, históricos e morais que influenciaram o surgimento do direito. Já as fontes* formais *seriam a lei, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Ocupa-se, então, a tecnologia jurídica exclusiva ou principalmente das

chamadas fontes *formais* do direito (cf. Pereira, 1961:60/67), isto é, as fontes que o próprio direito posto reconhece.

Apontam os autores, no direito brasileiro, as seguintes fontes formais: a lei, o costume e os princípios gerais de direito. Lembram-se do art. 4º da LINDB, que dispõe sobre a superação de lacunas legais ("quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"), e concluem que, nele, há a definição da lei como a *fonte principal* do direito. Quando ela não tratar de determinada matéria (isto é, for omissa), o direito será *dito* por meio da aplicação de *outra lei*, disciplinadora de casos análogos (esta é a "analogia"). Somente não existindo lei nenhuma sobre o assunto em questão, o direito emergirá do costume ou dos princípios gerais de direito. Veremos, à frente (Cap. 3), que se trata, a rigor, não da lei, mas da *norma jurídica* (conceito que alcança também a Constituição Federal, os decretos autônomos etc.), a principal fonte formal do direito a que se refere a doutrina.

O costume é referência às regras de conduta *vivenciadas como obrigatórias* pela sociedade ou por um segmento desta. Raros são os exemplos atuais de direito consuetudinário (isto é, de costume juridicamente reconhecido), porque a globalização econômica, o desenvolvimento científico e tecnológico e a complexidade das relações sociais exigem crescente precisão na delimitação da regra de conduta a observar. Cabe, porém, o exemplo das feiras internacionais de empresas de televisão, em que são negociados os *formatos* de programas televisivos, por valores consideráveis, sem que essa matéria se encontre, hoje, regrada especificamente em nenhuma ordem jurídica. Nessas feiras, as empresas de televisão reconhecem-se recíprocos direitos sobre os *formatos* que criam e os tornam, assim, bem jurídico suscetível de negócio.

Quando a metáfora das fontes indica a lei como a principal fonte formal do direito, ela está-se referindo, na verdade, às normas jurídicas positivas, isto é, às editadas por autoridades investidas de competência. A noção abrange, desse modo, além da lei, também a Constituição, as medidas provisórias, os decretos e outras normas jurídicas.

Quando não há norma jurídica específica sobre determinado assunto, nem outra que verse sobre tema análogo, o direito é gerado pelo costume ou por seus princípios gerais.

Princípios gerais de direito seriam regras de conduta não editadas por autoridade nem vivenciadas como obrigatórias pela sociedade ou segmento desta, mas *decorrentes* da natureza dos seres humanos. Equivalem ao chamado

direito natural. No Brasil, um juiz poderia decidir processo sobre descumprimento de *contrato de clonagem humana*, considerando-o negócio jurídico inválido, porque incompatível com a natureza dos homens e mulheres. Nessa hipótese, de fato, desde que verificado não existir norma jurídica disciplinando a matéria, específica ou analogamente, nem costume jurídico de que pudesse socorrer-se o julgador, restaria apenas solucionar o processo com base nos princípios gerais de direito (Cap. 3, item 3).

Não há consenso, entre os autores que discutem a questão das fontes do direito, sobre a natureza da *jurisprudência* (conjunto de decisões judiciais proferidas sobre certa matéria) e da *doutrina*. Corrente é a noção de que exercem, na elaboração do direito, mera função colaboradora (Gomes, 1957:39) e, assim, não poderiam ser consideradas fontes formais. Lembre-se, porém, que a jurisprudência, como repositório dos julgados precedentes, influencia fortemente a interpretação dos textos normativos a que se refere. A seu turno, também os doutrinadores influenciam a forma como as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas. Quanto a estes últimos, vale considerar a técnica de elaboração legislativa de larga aceitação, segundo a qual as normas jurídicas devem evitar definir os conceitos com que opera, sendo a definição destes tarefa de que se desincumbe melhor a doutrina; se assim é, sempre que observado esse critério na elaboração de uma lei, aos doutrinadores caberá delimitar, ainda que em parte, o seu âmbito de abrangência.

Para alguns tecnólogos, também a doutrina, a jurisprudência e a equidade deveriam ser classificadas como fontes formais do direito.

A doutrina é o repositório dos ensinamentos dos mais respeitados estudiosos do direito. Todos os profissionais dessa área, inclusive o juiz, formam-se e estudam nas lições da doutrina, razão pela qual esta exerce inegável influência na elaboração e aplicação do direito.

A jurisprudência é a reunião dos precedentes judiciais. Nela se pode encontrar como os juízes já decidiram casos iguais ou parecidos, fator que também influencia consideravelmente o estudo e aplicação do direito.

A equidade é a superação de conflito de interesses por meio de uma solução não prevista em lei escrita ou consuetudinária, mas razoável para os litigantes.

Há, também, quem repute fonte do direito a *equidade*, isto é, a distribuição razoável de direitos e obrigações para as partes, sem estrita observância de eventual solução legal ou consuetudinária (Cap. 4, item 5.3).

2. REFERÊNCIAS DO DIREITO

A metáfora das fontes é ligada à questão da validade do direito e se insere na discussão sobre o poder (Ferraz Jr., 1988:222/227). Quem detém o poder legítimo na sociedade, de acordo com a sua organização política e institucional, cria o direito (Reale, 1973:139/181). Nessa metáfora, como visto, a *lei* — elaborada e aprovada pelos membros do Poder Legislativo e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo — é considerada a principal fonte, discutindo os manuais em que medida também os costumes, os precedentes judiciais (jurisprudência), a doutrina, a equidade e até mesmo o direito natural também poderiam ser considerados como origem legítima do direito.

Descarto a metáfora. É possível — e mais apropriado — estudar e compreender o tema da gênese do direito sem ela.

Homens e mulheres possuem interesses. Querem determinadas coisas e, sabendo ou não por que querem, normalmente buscam satisfazer suas vontades. Por vezes, o atendimento ao interesse de uma pessoa importa o desatendimento ao de outra. Nesses casos, não há como conciliar as querências, satisfazendo inteiramente as duas pessoas. Ocorre, então, *conflito de interesses*. As duas vontades não podem atender-se simultaneamente e uma delas deve ceder lugar à outra, ou as duas devem recuar a certo ponto de equilíbrio. Se alguém aprecia ouvir gravações de óperas em volume elevado, mas isso desagrada profundamente ao seu vizinho; se o devedor não paga o credor, sob a alegação de ser excessiva a cobrança; se tanto a antiga companheira homossexual da mãe como o avô disputam a guarda de menor órfão, verifica-se o choque de interesses.

Uma sociedade é organizada quando possui sistemas de superação dos conflitos de interesses; aliás, é tanto mais organizada quanto mais eficientes forem tais sistemas. Desde os rudes procedimentos de eliminação física do inimigo na sociedade tribal até os Tribunais Penais Internacionais para julgamento de crimes contra a humanidade do nosso tempo, os sistemas sociais de solução dos conflitos de interesses desenvolvidos ao longo da história evoluíram em complexidade. Institucionalizaram-se.

Pode-se entender a gênese do direito mesmo sem auxílio da metáfora das fontes.

Os interesses conflitantes, muitas vezes, não podem conviver. Se não houver um ponto de equilíbrio que satisfaça às pessoas envolvidas, um dos interesses deve ser sacrificado. Nas sociedades organizadas, a superação dos conflitos de interesses alcança-se por um complexo sistema, que é o Direito.

Por esse sistema, certas referências institucionalizadas — como a lei, a doutrina e a jurisprudência — orientam a superação dos conflitos.

Para tentar antever ou para decidir como devem ser superados os conflitos de interesses, na sociedade democrática do início do século XXI, incluindo a brasileira, a principal *referência* é a norma jurídica positivada (Constituição, lei etc.). Isto é, a superação dos conflitos orientam-se principalmente por padrões gerais de conduta descritos por autoridades investidas de poder (os constituintes, para a Constituição; os membros dos Poderes Legislativo e Executivo, para a lei etc.), com observância de um procedimento formal e bastante complexo.

Quando o cliente submete ao seu advogado uma questão jurídica, o que deseja é *antever* como seria julgada a matéria, caso o assunto fosse objeto de um processo judicial. Se ele adquiriu, como consumidor, um produto mediante financiamento e está achando altos os juros cobrados, sua consulta ao profissional tem por objetivo saber se um juiz poderia, por exemplo, dispensá-lo do pagamento ou reduzir a taxa cobrada num eventual processo judicial. O advogado, ao responder a consulta do cliente, levará em conta diversos fatores (se já há precedente judicial a favor ou contra a tese que beneficiaria o cliente, se há elementos para desenvolver uma tese nova, a lição de um doutrinador respeitado na comunidade jurídica etc.); mas, principalmente, tomará por referência a norma jurídica positivada, isto é, o que dispõe a lei sobre os juros ao consumidor ou a validade das cláusulas do contrato.

Esse procedimento é o adequado para o advogado tentar antever, para o seu cliente, como seria solucionado o conflito de interesses, porque reproduz essencialmente o mesmo procedimento que o juiz adotará, ao julgar o processo no futuro, decidindo qual deve prevalecer (o interesse do consumidor de pagar juros menores, ou o do agente financeiro de continuar recebendo os mais elevados). Quer dizer, também o juiz levará em conta muitos fatores (os precedentes judiciais, seu valor próprio de justiça, a doutrina etc.), mas tomará por referência, ao decidir, *principalmente* a norma jurídica positivada.

A lei e demais normas jurídicas são as principais referências do direito. Na superação dos conflitos de interesses, busca-se orientação fundamentalmente naquilo que elas estabelecem (ou naquilo que a doutrina ou a jurisprudência dizem que elas estabelecem).

A norma jurídica baixada pela autoridade competente (Constituição, lei etc.) é a principal referência do sistema de solução dos conflitos de interesses desenvolvido nas sociedades democráticas atuais. Esse sistema se denomina *direito* e é muito complexo. Tanto assim que, em razão de sua complexidade, conhecê-lo adequadamente pressupõe anos de estudo, de prática profissional e de introjeção de valores. O direito, portanto, *não* pode ser definido como um conjunto de normas editadas pelas autoridades competentes de acordo com a organização política e institucional do Estado. Direito não é só lei, nem essencialmente a lei. Ele é mais do que o conjunto de normas jurídicas positivadas; é, repetindo, um complexo sistema de solução de conflitos de interesses, em que as normas positivas servem de principal referência.

Quer dizer, não raras vezes os conflitos de interesses se superam por fórmulas *não previstas* nas normas positivas ou mesmo que *as contrariam*; e isto ainda assim é Direito.

3. A LEI COMO REFERÊNCIA DO DIREITO

As normas jurídicas são enunciados, elaborados pela autoridade competente de acordo com a organização política do Estado, com o objetivo de *orientar* a superação de conflitos de interesses. Por uma questão de ordem didática — isto é, com o objetivo de inicialmente simplificar o objeto de estudo (as normas jurídicas) para progressivamente compreendê-lo em sua complexidade —, concentro-me, de início, numa das diversas normas, a *lei*. O conteúdo da lei *orienta* a superação de conflitos de interesses, definindo, direta ou indiretamente, qual deve prevalecer e qual deve ceder. Se o locatário não paga o locador porque considera incorreto o valor da correção do aluguel, verifica-se um conflito de interesses cuja superação é orientada pela lei. Nesta, se encontrará a regra da *prevalência* do contratado entre as partes na definição do índice e periodicidade de correção do valor do aluguel. Se divergem as interpretações que locatário e locador dão para a mesma cláusula do contrato (o que é muito provável), o juiz deverá definir qual delas deve ser tida como a mais fiel à vontade das partes.

Para adequadamente cumprir sua função de orientadora da superação dos

conflitos de interesses, a lei deve ser considerada, pelas pessoas em geral, como de *aplicação obrigatória*; isto é, deve-se acreditar que quem não se comporta como deve expõe-se às consequências previstas no ditado legal. A lei determina que cada um de nós entregue ao Estado uma parcela dos ganhos que tiver (isto é, pague o Imposto de Renda); quem não o faz pode perder bens de seu patrimônio para garantir o pagamento devido ao Estado e pode também ir preso. A lei municipal proíbe a instalação de atividades comerciais numa determinada zona da cidade; se algum comerciante descumpre a proibição, pode ter o seu estabelecimento lacrado pela Prefeitura. É crime, pela lei, matar alguém; quem mata pode ser preso. Se as pessoas em geral não acreditarem que essas consequências são reais ou, pelo menos, muito prováveis, a lei não mais conseguirá cumprir sua função de orientar a solução dos conflitos de interesses. Se as pessoas em geral pensarem que o descumprimento da lei não é punido, o sistema *Direito* perderá operacionalidade. Note bem: se o descumprimento da lei é ou não efetivamente punido tem importância menor; o que interessam, para regular funcionamento do Direito, são as crenças que as pessoas em geral têm sobre a obrigatoriedade da orientação legal. De forma mais precisa, é a *crença* na *crença* da maioria das pessoas, de que as sanções previstas em lei serão aplicadas, que faz do Direito um mecanismo eficiente de superação de conflitos de interesses.

O principal elemento de sustentação do Direito é a confiança na sua capacidade de superar os conflitos em sociedade, por meio da aplicação das sanções previstas em lei (não tanto a crença de que ele realmente tenha essa capacidade, mas a de que goza da confiança da maioria das pessoas).

Podemos descrever qualquer lei dando destaque não à sua observância pelo destinatário, mas sim à atuação da autoridade competente para fazê-la cumprir. Em outros termos, alguns funcionários do Estado — juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, policial, oficial de justiça e outros — devem atuar de modo que as pessoas *acreditem* que as leis devem realmente ser obedecidas; que as desobedecer não é compensador, tendo em vista as sanções que esses mesmos funcionários podem legitimamente impor (restrição à liberdade, perda de bens, prestação forçada de serviços comunitários e outras). Nos três exemplos acima, as mesmas regras jurídicas poderiam ser descritas de outro modo: à pessoa que,

tendo auferido renda, não entregou ao Estado a parcela correspondente ao imposto, o juiz cível deve aplicar a sanção de perda de bens, em quantidade suficiente ao pagamento do tributo devido, e o juiz criminal deve impor a perda da liberdade; ao comerciante que se instalar em zona estritamente residencial, a Prefeitura deve aplicar a sanção de fechamento do estabelecimento; quem cometeu homicídio deve ser considerado culpado pelo Tribunal do Júri e condenado à reclusão pelo juiz.

As leis podem ser descritas como ordens a determinados funcionários do Estado (juiz, fiscal de trânsito, oficial de justiça etc.) no sentido de que apliquem certas sanções (penalidades) contra quem as desobedecer. O Direito deixaria de funcionar se a maioria das pessoas não mais acreditasse que a maioria das pessoas acredita que tais funcionários vão realmente aplicar as sanções previstas na lei.

Se um dia a maioria das pessoas deixassem de acreditar que há uma crença, difundida na sociedade, de que as leis são mesmo aplicadas coercitivamente por esses funcionários do Estado, o Direito não mais funcionará. Numa situação de crise como esta, o sistema de superação dos conflitos sociais (incluindo o aparelho de Estado policial e judiciário) precisaria ser reinventado, ou seja, passar por alterações consideráveis capazes de lhe restituírem a legitimidade, por meio da recuperação da *crença na crença* em seu funcionamento.

A organização política do Estado democrático, desde a Revolução Francesa, reproduz uma fórmula concebida durante o século XVIII e sintetizada inicialmente pelo iluminista francês Montesquieu (1748:156/162). Trata-se da teoria da separação dos poderes, segundo a qual as autoridades do Estado encarregadas de elaborar as leis não podem ser as mesmas incumbidas de sua aplicação. Segundo a configuração atual da teoria, os membros do Poder Legislativo, com a participação do chefe do Poder Executivo, editam-nas, e os integrantes do Poder Judiciário julgam a partir delas. Quer dizer, uma das fórmulas básicas da organização política do Estado democrático da atualidade sintetiza-se no enunciado *o juiz deve aplicar a lei* (existem outras fórmulas, que, no momento, não interessam: *os membros dos Poderes Legislativo e Executivo devem ser eleitos pelo povo*; *o Poder Legislativo fiscaliza a atuação dos outros Poderes*; *na chefia dos Poderes deve-se observar regra de alternância* etc.).

Uma das decorrências da teoria da separação dos poderes, sistematizada por Montesquieu no século XVIII a partir de sua visão sobre a monarquia britânica,

é a de que devem ser funções independentes, no Estado, as de elaborar e aplicar as leis. O Poder Legislativo, com o concurso do Executivo, elabora as leis que os juízes devem aplicar.

> *"Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador" (Montesquieu, 1748:157).*

Mas, atente-se, o enunciado *o juiz deve aplicar a lei*, embora corresponda a uma das fórmulas básicas da atual organização política do Estado democrático, não deve ser considerado uma descrição verdadeira de como funciona o Direito. A lei, como dito anteriormente, é a principal referência que se adota na superação de conflitos de interesses. Mas, algumas vezes, tal superação se verifica contrariando a orientação legal; ou seja, de vez em quando, o juiz não aplica a lei e, a despeito disso, sua decisão, desde que observadas determinadas condições, é válida e definitiva. O que torna o Direito um mecanismo eficaz de superação dos conflitos de interesses não é o seu funcionamento de acordo com a fórmula fundamental *o juiz deve aplicar a lei*, mas o fato de a maioria das pessoas acreditarem que a maioria das pessoas acreditam nessa fórmula.

Isso tudo pode parecer muito confuso, principalmente para um aluno de primeiro ano do curso de bacharelado. Afinal, o juiz aplica ou não aplica a lei? Deve-se ter paciência. A confusão é natural, no início, porque, como afirmado, o Direito é um sistema social altamente complexo; para compreendê-lo bem, são necessários anos de estudo, prática profissional e introjeção de valores. Por enquanto, são suficientes as assertivas de que *o juiz deve cumprir a lei*, mas *quem decide se o juiz cumpriu ou não a lei é o Poder Judiciário (ou seja, outros juízes)*.

4. PROCESSO LEGISLATIVO

A lei passa a existir após o cumprimento de determinados procedimentos e formalidades. Os objetivos desses pressupostos procedimentais e formais são vários. De início, visam garantir a adequada discussão do conteúdo de que deve revestir-se a lei, para que esta, se e quando aprovada, venha a atender de modo satisfatório às finalidades pretendidas. Além disso, o conteúdo da lei não pode

contrariar o disposto na Constituição Federal e certos procedimentos destinam-se a verificar a compatibilização entre essas normas. Outros objetivos daqueles pressupostos estão relacionados ao controle do exercício do poder. Como a lei é aprovada por um colégio de pessoas investidas de autoridade (isto é, titulares de fatias do poder do Estado), é necessário assegurar que a vontade da maioria delas prevaleça. Finalmente, há formalidades voltadas à divulgação da lei, principalmente para os profissionais do direito. É a publicação do seu texto na imprensa nacional (*Diário Oficial*).

Enquanto não verificados os pressupostos procedimentais e formais estabelecidos para a sua regular elaboração, não existe lei. Por isso, vale a pena, ainda que em breves observações, examiná-los um pouco mais detidamente.

Define-se *processo legislativo* como o conjunto de regras que regulamentam todo o percurso de elaboração da lei (e de algumas outras normas jurídicas). Isto é, o processo de apresentação, discussão, votação, aprovação e veto do projeto de lei, bem como a sanção, promulgação e publicação da lei (cf. Ferreira Filho, 1995:191/243). Para simplificar a exposição da matéria, interessemo-nos apenas pelo processo legislativo no plano federal. Nos planos estadual e municipal, com algumas alterações, o processo é semelhante.

A lei passa a existir após um procedimento formal disciplinado na Constituição e no Regimento Interno das Casas do Poder Legislativo. Esse procedimento, de grande complexidade, é denominado "processo legislativo" e compreende a apresentação, discussão, votação, aprovação e veto de projetos de lei, bem como a sanção e publicação da lei. Enquanto não cumpridos os pressupostos procedimentais e as formalidades do processo legislativo, a lei não existe.

As regras do processo legislativo encontram-se na Constituição Federal (arts. 59 a 69) e nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

O processo legislativo tem início com a apresentação de um "projeto de lei". Note-se que nem todos têm o direito de deflagrar o processo legislativo, mas apenas as pessoas a quem a Constituição atribuiu essa faculdade. Trata-se do poder de iniciativa, de que estão investidos os deputados e os senadores (atuando isoladamente ou em Comissões), além do Presidente da República e algumas outras autoridades. Em certas matérias, o poder de iniciativa é privativo de uma pessoa. Ninguém mais, nem mesmo se estiver investido desse poder para outras

matérias, poderá dar início ao processo legislativo. A fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas, por exemplo, é matéria de lei que apenas o Presidente da República pode propor.

Prevê, por fim, a Constituição, o projeto de lei derivado de iniciativa popular. Para se inaugurar o processo legislativo por essa via, o projeto de lei deve ser assinado por uma quantidade significativa de brasileiros regularmente alistados perante a Justiça Eleitoral, a saber, por eleitores em quantidade equivalente a, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados e correspondente a não menos que 0,3% dos eleitores de cada um deles (CF, art. 61, § 2º). Esse expediente não foi utilizado senão algumas poucas vezes, porque demanda dos que o organizam um esforço hercúleo. É muito mais fácil convencer um ou alguns parlamentares, identificados com a causa em foco, a assinarem o projeto de lei.

Atendidas as regras sobre a iniciativa do processo legislativo, passa o projeto a tramitar. O Brasil, a exemplo de muitas outras democracias ocidentais, adota o sistema bicameral. Quer dizer, o Poder Legislativo federal é composto por dois órgãos legiferantes (também chamados de "Casas"), que são a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A Constituição prevê, em determinadas hipóteses, a reunião conjunta dos membros de ambas as Casas. Em tais hipóteses, como, por exemplo, na votação de algumas leis orçamentárias, diz-se que está reunido o Congresso Nacional. Na maioria das vezes, contudo, a lei, para existir, deve ser aprovada pelas duas Casas Congressuais em reuniões próprias de cada uma; isto é, deve ser aprovada pela maioria dos deputados federais e pela maioria dos senadores.

Em cada Casa, antes de ser votado pelo Plenário, o projeto de lei é discutido em Comissões. Inicialmente, numa Comissão que emite parecer sobre a sua constitucionalidade e outros aspectos legais (na Câmara, é a "Comissão de Constituição e Justiça e de Redação"; no Senado, a "Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania"). Em seguida, o mérito da lei que se pretende aprovar é discutido em uma ou mais Comissões temáticas ligadas ao assunto em foco; em geral, tais Comissões são permanentes (Comissão de Agricultura, de Direitos Humanos, de Relações Exteriores etc.), mas, se a complexidade do tema do projeto de lei justificar, pode ser composta uma Comissão Especial para a sua discussão (o Código Civil, por exemplo, foi discutido por uma Comissão temporária específica).

As leis são resultantes da aprovação dos seus textos por membros de *dois* poderes, o Legislativo e o Executivo. No plano federal, após a maioria dos

integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que compõem o Poder Legislativo, aprovar o projeto de lei, este segue para o Presidente da República, que é o chefe do Poder Executivo. Se concordar com o projeto, praticará o ato denominado “sanção”; caso contrário, se entender que há inconstitucionalidade ou que não está atendido o interesse público, o Presidente da República praticará o “veto”. Na hipótese de veto integral, o projeto de lei não se converte em lei, mas se for parcial, quer dizer, incidir apenas sobre alguns dos dispositivos (artigos, incisos, parágrafos etc.), a lei será sancionada e passará a existir somente com os demais. Tanto os vetos totais quanto os parciais podem ser rejeitados pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta de seus membros, em voto secreto. Rejeitado o veto do Presidente da República, a lei será promulgada tal como aprovada pelo Poder Legislativo.

Para concluir o processo legislativo, a lei sancionada ou promulgada é tornada pública, por meio da imprensa oficial. A partir da publicação, a lei passa a existir.

> *A lei, depois de aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo, passa a existir com a sua publicação na imprensa oficial. Antes desse ato, não se deve considerar existente ainda a lei, mesmo que inteiramente concluído o processo de sua aprovação pelos Poderes Legislativo e Executivo; isso porque os destinatários da lei não podem ter conhecimento de seu conteúdo enquanto não realizada a publicação.*

Afirmar, como fiz acima, a coincidência entre publicação e existência da lei não é inteiramente indiscutível. Ao contrário, muitos autores consideram que a lei passa a existir com o término do processo formal de sua aprovação pelas autoridades competentes, sendo a publicação o ato destinado a torná-la pública (cf. Ascensão, 1997:294/298). Como a existência da lei não implica necessariamente sua vigência (item 5), e esta não pode dar-se antes da publicação, a questão, rigorosamente falando, não tem desdobramentos práticos.

5. VIGÊNCIA

A existência da lei não se confunde com a sua vigência. Para vigorar, é claro, a lei precisa antes *existir* (no sentido delimitado no item anterior, isto é, precisa ser aprovada, sancionada e publicada com observância das regras do processo legislativo), mas nem toda lei existente está em vigor.

Vigência é a aptidão de produzir efeitos juridicamente válidos. Após a publicação na imprensa oficial, a lei *existe*, mas isso não significa que esteja já produzindo efeitos. Em outros termos, ela já é conhecida, mas não pode ainda ser aplicada. Assim, se estabelece a obrigação de determinada conduta, as pessoas já podem ter conhecimento de seu conteúdo, mas ainda não estão obrigadas a se comportarem em consonância com os seus preceitos. Quem atua em desconformidade com o prescrito em lei existente que ainda não entrou em vigor não pode sofrer nenhuma sanção. Exatamente porque a lei, antes de sua vigência, ainda não pode ser aplicada, os juízes não podem apenar quem venha a adotar conduta contrária à determinada por ela. Só depois de a lei adquirir aptidão para produzir efeitos (entrar em vigor) é que os sujeitos ao seu comando devem obedecê-la.

Precise-se que a vigência é apenas a *aptidão* para produzir efeitos. Se a lei produzirá ou não os efeitos que dela se esperam, ou seja, se será ou não eficaz, é questão diversa. Uma lei vigente pode ser ineficaz (item 7).

A regra, no direito brasileiro, é a de que a lei entra em vigor em quarenta e cinco dias após a sua publicação. É o que prevê o art. 1º da LINDB. Desse modo, a menos que a própria lei estabeleça outro termo para o início de sua vigência, ela passa a vigorar depois de transcorridos quarenta e cinco dias da data da edição do *Diário Oficial* em que ela foi publicada. A lei publicada no *Diário Oficial* datado de 1º de março, se não contiver regra diversa sobre sua entrada em vigor, passa a viger no dia 15 de abril do mesmo ano.

Vigência é a aptidão da lei de produzir efeitos. A lei publicada ainda não está necessariamente em vigor, isto é, não possui força para ser aplicada. O início da vigência se verifica, em princípio, na data em que a própria lei indicar ou, em caso de omissão, nos quarenta e cinco dias seguintes à data da publicação.

É muito comum a lei contemplar regra de entrada em vigor fixando termo diverso do estipulado no art. 1º da LINDB, maior ou menor que este. Na grande maioria dos casos, aliás, o último artigo da lei preceitua que ela entra em vigor "na data de sua publicação". Isso significa que está apta a produzir efeitos desde o dia em que é tornada pública.

Quando a lei não entra em vigor na data da publicação, haverá forçosamente um período a separar sua existência de sua vigência. Esse interregno denomina-

se “vacância da lei” (em latim, *vacatio legis*), que convém seja tanto maior quanto mais complexa for a matéria regulada. Fazer coincidir a vigência com a publicação da lei nem sempre é recomendável. Se versa sobre tema de rala repercussão, não há maiores problemas em viger assim que publicada, já que todos os sujeitos a seu comando podem, em princípio, facilmente se ajustar às novidades introduzidas. Porém, quando se trata de lei de alguma repercussão, convém que o início da vigência se verifique depois de transcorrido, após a publicação, um prazo razoável para que os seus destinatários se preparem para obedecê-la (LC n. 95/98, art. 8º). O Código Civil, por exemplo, em vista de sua extraordinária abrangência, entrou em vigor um ano após a sua publicação (CC, art. 2.044).

De qualquer forma, como já mencionado, não estabelecendo a própria lei a data em que entrará em vigor, aplica-se o art. 1º daLINDB e sua vigência se dará quarenta e cinco dias depois da data da edição do *Diário Oficial* em que se encontra publicada.

O prazo da vacância fixado em dias conta-se como determinado no art. 8º, § 1º, da LC n. 95/98; ou seja, com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo. Assim, a lei é vigente a partir da zero hora do dia imediatamente seguinte à consumação integral do prazo. Se o prazo é fixado em função de interregnos temporais diversos de dia (em mês, meses, ano etc.), a lei entra em vigor a partir da zero hora do dia seguinte ao correspondente no mês ou ano indicado. O Código Civil foi publicado na edição do *Diário Oficial* de 11 de janeiro de 2002. No dia seguinte ao transcurso do prazo de um ano, isto é, em 12 de janeiro de 2003, ele entrou em vigor. Quer dizer, a sucessão da pessoa falecida às 23:59 horas do dia 11 de janeiro de 2003 verificou-se segundo as regras do antigo Código Civil, de 1916, enquanto a da falecida às 00:01 hora do dia 12 de janeiro de 2003 seguiu já as regras do atual Código Civil.

Por mais cuidado que tomem os setores burocráticos envolvidos com o processo legislativo, pode ocorrer de a lei ser publicada com incorreções. Nesse caso, deve ser providenciada a pronta correção do texto divulgado, por meio de inserções pontuais ou, se recomendável, pela republicação completa da lei. Se esta é novamente publicada, para fins de correção de seu texto, durante a vacância, o prazo para início da vigência volta a correr da republicação. Por outro lado, se feita a correção de texto já em vigor, considera-se editada uma nova lei (LINDB, art. 1º, §§ 3º e 4º). Essas prescrições têm importância na medida em que atendem à necessidade de segurança jurídica ínsita à matéria. Se o texto corrigido não tivesse o efeito de renovar a *vacatio* ou não fosse

considerado lei nova, os fatos verificados antes da publicação da correção estariam sujeitos a disciplina ainda desconhecida, ao seu tempo, o que certamente acarretaria insegurança para as pessoas acerca da consequência jurídica exata de suas condutas ou decisões.

Termina a vigência da lei com o fim do prazo (leis temporárias), com a suspensão da execução (lei inconstitucional) ou com a revogação.

A tecnologia jurídica denomina “princípio da continuidade das leis” o primado segundo o qual a lei é apta a produzir efeitos até que venha a ter sua vigência suprimida por determinadas causas juridicamente reconhecidas (cf. Pereira, 1961:117/119). No Brasil, a lei deixa de vigorar em três hipóteses: decurso do prazo, revogação e suspensão da execução em razão da declaração de inconstitucionalidade. Assim, a lei que entrou em vigor continuará vigendo até que transcorra o prazo nela fixado (se for o caso), seja revogada ou tenha sua execução suspensa. Tratarei das duas últimas situações adiante (itens 6 e 8), cabendo aqui algumas observações breves acerca da primeira, que diz respeito às *leis temporárias*. Na maioria das vezes, a lei é aprovada para vigorar por prazo indeterminado, mas pode verificar-se a situação em que se deve ou convém estabelecer um termo final para sua vigência. A lei orçamentária, que fixa a receita e a despesa dos entes públicos (isto é, quantifica os importes que a União, Estados e Municípios *devem* receber ao longo de um ano, bem assim os gastos em que *podem* incorrer nesse período), é típico exemplo de lei temporária, pois tem vigência anual, correspondente ao exercício a que se refere. Quando editada, já se sabe que entrará em vigor no primeiro dia do ano fiscal e deixará de vigorar no último dia.

6. CONSTITUCIONALIDADE

Todo Estado, sob a perspectiva da tecnologia jurídica, tem uma Constituição, no sentido de possuir normas sobre a sua própria organização. Essas normas, na maioria das vezes desde a Era Moderna, encontram-se escritas num documento denominado também “Constituição”. Há, porém, Estados em que as normas constitucionais não são necessariamente escritas ou se espalham por diversos documentos produzidos ao longo do processo histórico de sua formação, como a

Inglaterra. Por esse largo conceito de Constituição, até mesmo os Estados governados por monarquias absolutistas, no século XVII, podem ser considerados constitucionais (Bobbio-Matteucci-Pasquino, 1983, 1:247). Também em função desse conceito, a questão sobre o que está na *origem* e o que é *originado*, se um Estado ou se a respectiva Constituição, torna-se insolúvel. Se o Estado produz sua Constituição ou se esta é que o organiza, trata-se de alternativa que não se pode resolver, mesmo nos meandros da tecnologia jurídica.

Numa perspectiva histórica, a Constituição surge, no século XVIII, como o instrumento de equilíbrio de poderes conflitantes. Naquele tempo, a burguesia estava consolidando o seu processo de afirmação, enquanto classe social com interesses próprios e condições de fazê-los prevalecer, em diversas partes da Europa. Entrava em choque, naturalmente, com as classes dominantes do arcaico mundo feudal e, por vezes, com o poder real. Com as Constituições, nesse período, procuravam-se limitar os poderes do Rei e assegurar alguns para representantes dos segmentos organizados da sociedade (cf. Dallari, 1984:10/12). Serviu também a Constituição, ao longo dos séculos XVIII e XIX, de instrumento de afirmação da independência das colônias americanas. Inicialmente, por isso, os documentos constitucionais versavam basicamente sobre a organização do poder político do Estado. Foi a Constituição norte-americana a primeira a ostentar declarações de direitos fundamentais, por meio das emendas feitas, a partir de 1791, com o objetivo de promover sua vigência, por meio da adesão mínima de nove dos treze Estados que a haviam proclamado, alguns anos antes, na Convenção de Filadélfia (Afonso da Silva, 1976:142/157).

Durante o século XIX, as Constituições passaram a adotar, no seu próprio texto e sob a forma de comandos normativos, a enunciação dos direitos fundamentais das pessoas por ela albergadas. A primazia na incorporação dos direitos fundamentais como regras do texto constitucional caberia, segundo José Afonso da Silva, ao Brasil, que, em sua Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, já enunciava, no art. 179, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Finalmente, no decorrer do século XX, também os direitos sociais dos trabalhadores e a organização da economia passaram a ser tema constitucional, tendo sido a Constituição mexicana de 1917 a primeira a disciplinar a ordem econômica (Afonso da Silva, 1976:666).

Constitucionalismo é um movimento de largo espectro que orientou juridicamente não só a luta da burguesia contra o absolutismo feudal, na Europa, como também a emancipação das colônias europeias na América como nações independentes. Desde o século XX, as Constituições contemplam normas não só sobre a organização do poder político do Estado, mas também sobre os direitos e garantias fundamentais e a disciplina da ordem econômica e social. A Constituição brasileira de 1988 trata de todas essas matérias.

A Constituição brasileira em vigor foi promulgada em 5 de outubro de 1988. A exemplo das demais constituições de seu tempo, ela disciplina não só a organização do Estado brasileiro como também assegura os direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil e dispõe sobre a ordem econômica e a social.

6.1. Controle da constitucionalidade das leis

É inerente à noção jurídica de Constituição a de sua supremacia, relativamente às demais leis e normas adotadas pelo mesmo Estado (por ela organizado). Em outros termos, todas as leis de determinada ordem jurídica devem ser compatíveis com a Constituição em que esta ordem se assenta. Diz-se, por isso, que a Constituição é norma hierarquicamente superior à lei (Cap. 3, item 2.1). Assim, a lei é constitucional quando o seu conteúdo é compatível com o da Constituição. Caso contrário, quando a lei contraria o disposto na Constituição, ela é inconstitucional.

Constitucionalidade é, desse modo, o atributo da lei que se apresenta compatível com a Constituição.

O controle da constitucionalidade das leis é feito, no Brasil, pelo Poder Judiciário. Lembre-se que, na tramitação do projeto de lei no âmbito do Poder Legislativo, uma das Comissões Permanentes se dedica a apreciar a constitucionalidade da propositura; também no âmbito do Poder Executivo, se se entender que o projeto de lei aprovado contempla dispositivos inconstitucionais, eles devem ser vetados. São, num certo sentido, controles de constitucionalidade *prévios* à publicação da lei (“controle preventivo”). Uma vez publicada esta, no entanto, sua constitucionalidade só pode ser suprimida ou restringida pelo Poder Judiciário (“controle repressivo”).

Há duas vias de controle judicial da constitucionalidade: a *difusa* e a *concentrada*. A primeira tem lugar em qualquer processo judicial em que uma das partes suscite como fundamento de sua pretensão a inconstitucionalidade de determinada lei. O juiz daquela causa, em vista disso, deverá enfrentar a questão

ao proferir sua sentença. Para reconhecer o direito da parte que alegou a inconstitucionalidade, deverá, em princípio, considerar a lei em foco inconstitucional; para negar o direito a essa parte, deverá reputar a mesma lei constitucional. A decisão proferida nesse caso não tem efeitos além das partes do processo. Quer dizer, mesmo que o Judiciário, por qualquer de suas instâncias, juízes ou tribunais, declare reiteradamente a inconstitucionalidade da lei em diversas ações judiciais, isso não compromete a vigência dela. O controle judicial difuso da constitucionalidade produz efeitos limitados aos da lide em que teve lugar (exceto, como se verá à frente, quando exercido pelo STF).

Há duas vias de controle judicial da constitucionalidade da lei. A primeira, chamada difusa*, é acionada por qualquer pessoa que suscite, como autor ou réu de qualquer processo judicial, a inconstitucionalidade de certa lei como fundamento de sua pretensão. Se o Judiciário acolher essa argumentação, a declaração de inconstitucionalidade surtirá, em princípio, efeitos limitados ao litígio em que a matéria foi discutida.*

Já a via concentrada de controle refere-se à ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de declarar certa lei constitucional ou inconstitucional. Também se insere na via concentrada de controle judicial da constitucionalidade a ação visando suprir falta de lei necessária à efetividade da Constituição (Piovesan, 1995; Moraes, 2000:242/247). As ações de constitucionalidade, de inconstitucionalidade ou de inconstitucionalidade por omissão só podem ser promovidas por algumas autoridades ou entidades (Presidente da República, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil etc.). Quer dizer, enquanto o controle difuso pode ser acionado por qualquer litigante, autor ou réu de qualquer medida judicial, o concentrado apenas pode sê-lo por determinadas pessoas indicadas na Constituição (CF, art. 103).

Desse modo, se, por exemplo, é publicada lei com conteúdo que contraria a Constituição, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pode, por meio de deliberação do seu Conselho Federal, ajuizar perante o STF uma ação com o objetivo de declará-la inconstitucional. Após ouvir o Advogado-Geral da União (que tem o dever de defender a lei impugnada) e o Procurador-Geral da República (que manifestará sua opinião favorável ou desfavorável à lei), esse Tribunal julga a ação, declarando ou não aquela lei inconstitucional.

Além do controle concentrado da constitucionalidade, o STF também pode

exercer, como qualquer outra instância do Poder Judiciário, o controle difuso. Quando declara inconstitucional certa lei exercendo essa via de controle, o STF deve comunicar a decisão ao Senado Federal, ao qual compete suspender a sua execução (CF, art. 52, X). A suspensão da execução tem o efeito de suprimir a vigência da lei, isto é, sua aptidão para produzir efeitos.

A via concentrada de controle judicial de constitucionalidade só pode ser acionada por algumas autoridades ou entidades indicadas na Constituição Federal. Nesse caso, é proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, uma ação especificamente destinada a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Se o STF julgar procedente a ação, a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos 'erga omnes'. Por outro lado, se o STF, no exercício do controle difuso, considerar inconstitucional certa norma legal, deve comunicar a decisão ao Senado Federal, ao qual compete suspender sua execução.

Para alguns tecnólogos do direito constitucional, a lei inconstitucional não existe. A incompatibilidade entre ela e a Constituição é de tal forma grave, para esses autores, que o dispositivo de conteúdo inconstitucional simplesmente não existe para o direito (cf., por todos, Bastos, 1982:46/48). Não é este, contudo, o melhor entendimento. Na verdade, o que se encontra em discussão, no tema do controle da constitucionalidade, é a validez da lei (Barroso, 2008:13). A lei inconstitucional é inválida, não vale; e por esta razão não pode servir de fundamento a nenhuma decisão judicial (controle difuso) e deve ter, pelo procedimento apropriado, sua inconstitucionalidade declarada (controle concentrado) e a vigência extinta. Alguns outros constitucionalistas reputam absoluta a invalidade da lei inconstitucional, no sentido de que não produziria qualquer efeito. Para esses autores, a lei inconstitucional é nula (cf., por todos, Ferreira Filho, 1978:40). As duas formulações (inexistência ou nulidade da lei) são, a rigor, muito próximas e, por seu simplismo, não conseguem explicar convenientemente uma matéria de alta complexidade (cf. Afonso da Silva, 1976:53).

Para compreender a complexa discussão sobre a natureza da lei inconstitucional, cabe, de início, considerar que a validade da lei não se confunde com sua existência, vigência e eficácia. São atributos diferentes e relativamente autônomos. A lei existente (isto é, aprovada de acordo com o processo legislativo e publicada) pode ser válida ou inválida (constitucional ou inconstitucional); a lei válida pode estar vigente (quer dizer, é já apta a produzir

efeitos), ou não, e pode ser eficaz (ou seja, observada pelas pessoas sujeitas ao seu comando), ou não; a seu turno, a lei inválida pode ser eficaz ou ineficaz. Note-se, porém, que a autonomia desses atributos é relativa, no sentido de que somente se pode discutir a validade, vigência e eficácia de leis *existentes*. Essa afirmação já permite desconsiderar a tese da inexistência da lei inconstitucional. O objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade não pode ser algo que não existe. Ademais, o que não existe numa ordem jurídica não precisa ser extirpado dessa mesma ordem.

> *A lei incompatível com a Constituição é inválida, mas, desde que tenha sido observado o processo legislativo, ela existe; se está apta a produzir efeitos, vigora; e, se tem sido observada, é também eficaz. Após a suspensão da sua execução pelo Senado Federal, a lei inconstitucional perde vigência e deixa de ter aptidão para produzir efeitos. Se, porém, mesmo assim continuar a ser observada, conservará sua eficácia.*

Na verdade, a lei incompatível com a Constituição existe, embora seja inválida. Invalidade esta que reclama decretação judicial e, portanto, não pode ser classificada como absoluta. Essa lei, por outro lado, pode não ser aplicada em razão do controle difuso de constitucionalidade, caso em que não terá eficácia total. Por fim, enquanto não tiver sua inconstitucionalidade declarada pelo STF e sua execução suspensa pelo Senado Federal, continuará vigente. Desse emaranhado de relações entre os atributos é que se pode concluir o estatuto jurídico da lei inconstitucional: *inválida*, porém *vigente* até sua suspensão pelo Senado Federal, e *eficaz* enquanto estiver sendo obedecida.

6.2. O direito civil e a Constituição

A Constituição Federal brasileira é detalhista. Ela procura disciplinar uma vasta gama de assuntos não somente em seus contornos genéricos e fundamentais, mas também, muitas vezes, em relação a aspectos bem específicos. Os pormenores com que se preocupa são mais numerosos do que os costumeiramente encontrados na maioria das constituições dos outros países.

Em matéria de direito civil, por exemplo, encontram-se em dispositivos constitucionais, de um lado, princípios como o da igualdade entre filhos havidos dentro e fora do casamento (art. 227, § 6º) ou o da função social da propriedade (art. 170, III), e, de outro, especificidades como o meio de dissolução do

casamento (art. 226, § 6º) e hipóteses de usucapião (arts. 183 e 191).

Em razão do excessivo detalhamento da Constituição, a tecnologia civilista brasileira não pode deixar de se ocupar, em certa medida, de argumentos que envolvem temas constitucionais. São de duas ordens esses argumentos.

Em primeiro lugar, há os atinentes à *constitucionalidade* de dispositivos da legislação de direito privado, isto é, à adequação ou inadequação da norma de direito civil (lei ordinária, na maioria das vezes) à da Constituição. O art. 977 do CC, por exemplo, é inconstitucional. Ele *faculta* a contratação de sociedade entre marido e mulher *desde que* o regime de bens do casamento não seja o da comunhão universal ou o da separação obrigatória. Em outros termos, ele *proíbe* a contratação de sociedade entre cônjuges casados nesses regimes de bens. Ora, a Constituição assegura, como direitos fundamentais, o da igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*) e o de livre associação para fins lícitos (art. 5º, XVII). O Código Civil, lei ordinária, não pode suprimir direitos que a Constituição outorgou; o dispositivo que proíbe a contratação de sociedade entre cônjuges casados em regimes de comunhão universal ou separação obrigatória é, assim, inconstitucional, porque discrimina indevidamente esses cônjuges e suprime o livre exercício do direito de associação para fins lícitos.

O segundo tipo de argumento, na tecnologia civilista, que envolve temas constitucionais diz respeito à *interpretação conforme a Constituição*. Sempre que um dispositivo de lei ordinária comporta mais de uma interpretação, sendo apenas uma delas compatível com a norma constitucional, deve prevalecer esta. De fato, se se descarta a interpretação compatível para privilegiar a incompatível, seguir-se-á a inconstitucionalidade da norma interpretanda. Como o esforço de exegese deve orientar-se no sentido de preservar a sistematicidade do ordenamento, salva-se a norma ordinária atribuindo-lhe a única interpretação que a concilia com os ditames constitucionais.

Desse modo, em decorrência da interpretação conforme a Constituição, todo e qualquer dispositivo do Código Civil que atribua direito a pessoa casada deve ser interpretado extensivamente, no sentido de aplicá-lo também aos homens e mulheres ligados por vínculo de união estável. O art. 226, § 3º, da CF reconhece a união estável entre o homem e a mulher como *entidade familiar* e, por isso, a interpretação *a contrario sensu* daqueles dispositivos levaria à discriminação inaceitável desses homens e mulheres. Colha-se o exemplo do art. 25 do CC, que assegura a curadoria dos bens do ausente ao seu cônjuge (exceto se dele já se havia separado de fato por mais de dois anos). Essa garantia é também do homem ou da mulher vinculados por união estável, na hipótese de ausência de

um deles (Lotufo, 2003:90).

> *Em razão do caráter detalhista da Constituição brasileira, a tecnologia civilista, por vezes, deve transitar por argumentos que envolvem temas constitucionais. Verifica-se isto em duas situações: na discussão sobre a inconstitucionalidade de preceito do Código Civil (ou de outra lei ordinária civilista) ou na sua interpretação conforme a Constituição.*

Note-se que a Constituição não reconhece *expressamente* a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, de modo que a equiparação a esta das uniões estáveis entre homem e mulher não é imediata e exige um esforço argumentativo mais sofisticado, com socorro do princípio da igualdade. Assim sendo, a extensão dos dispositivos legais do Código Civil atinentes ao cônjuge aos homossexuais vinculados por união estável pode ser sustentada com base no argumento da interpretação conforme a Constituição que entrelace os arts. 226, § 3º, e 5º, *caput*, como decidiu o STF em 2011.

7. EFICÁCIA

A eficácia é o atributo da norma jurídica relacionado à sua aplicação. Eficaz é a norma obedecida pelas pessoas a quem se dirige e aplicada pelos juízes. Uma norma pode ser eficaz, sem ser válida. A proibição para a venda de bebidas alcoólicas nos dias de eleição, por exemplo, a chamada *lei seca*, é exemplo de norma jurídica inválida e eficaz. Por se tratar de uma proibição, apenas uma lei ordinária poderia estabelecer a norma; mas ela vem sendo reiteradamente veiculada por meio de diplomas infralegais (Portarias de Secretários Estaduais de Segurança Pública). A despeito dessa grave impropriedade formal que compromete a validade da norma, não há dúvidas de que ela é eficaz: nos dias de eleição, a expressiva maioria dos comerciantes (restaurantes, bares, supermercados etc.) obedece-a com rigor e não vende bebidas alcoólicas.

Por outro lado, considera-se ineficaz uma lei quando ela não é aplicada. Existe, vigora, vale, mas sua observância pelas pessoas a ela submetidas não é exigida pelos órgãos aplicadores do direito. A ineficácia é, por certo, uma anomalia, porque, se a lei foi regularmente aprovada e publicada, entrou em vigor e não apresenta vício de inconstitucionalidade, os juízes devem aplicá-la sempre que verificado o fato nela descrito como pressuposto. Ocorre que, pelas

mais variadas causas (por exemplo, deficiência técnica, inadequação com a realidade que pretende regular etc.), a lei acaba não sendo obedecida.

Exemplo de dispositivo legal ineficaz encontra-se no art. 501 do Código Comercial. Por esse dispositivo, o comandante de navio mercante deve manter a escrituração regular de todos os eventos importantes relativamente à administração e navegação da embarcação. Se não mantiver essa escrita, diz a lei que o comandante irá responder pelas perdas e danos resultantes da omissão. Essa norma não é observada há muito tempo. Os comandantes apenas comunicam os fatos relevantes à autoridade marítima, sem os registrar em livros mercantis. Trata-se, assim, de norma vigente e válida, mas ineficaz.

Ineficaz é a lei que, embora existente, válida e vigente, não tem sido obedecida pelas pessoas a ela sujeitas porque o Poder Judiciário não a tem aplicado. Essa anomalia deriva, normalmente, da inadequação da lei à realidade que pretende regular. A lei ineficaz, em suma, deve ser aperfeiçoada, alterada ou revogada.

A ineficácia da lei pode ser total ou parcial, de sorte que há *graus* de eficácia. A lei totalmente ineficaz é aquela que nenhum advogado ou promotor pleiteia a aplicação e nenhum juiz aplica. Trata-se de uma lei esquecida. Já a lei parcialmente ineficaz é aplicada em certa medida por alguns juízes.

A alegação ou mesmo a prova de ineficácia, total ou parcial, da lei não serve de escusa ao seu cumprimento. Ninguém pode desobedecer à lei porque ela não tem sido aplicada há muito tempo. Da inobservância, ainda que reiterada, de determinado preceito legal não se segue sua inexistência, invalidade ou perda de vigência; e, de fato, se a lei é existente, válida e vigente, não há razões para deixar de ser obedecida pelas pessoas a ela sujeitas, nem deixar de ser aplicada pelo Poder Judiciário. Em princípio, portanto, parece não haver relevância em se discutir a eficácia ou ineficácia da lei, porque, seja qual for a circunstância, sua aplicação fica a depender de outros atributos. Não é bem assim, contudo; há duas situações em que a discussão sobre a eficácia da lei ganha importância.

A primeira hipótese em que é pertinente dimensionar a eficácia da lei diz respeito à discussão sobre a oportunidade de sua mudança. Se a lei existente, válida e vigente não tem sido aplicada, sempre vale a pena procurar entender as causas dessa anomalia. Definido o problema, pode-se apontar a solução no seu aprimoramento técnico, revogação ou mesmo na readequação à realidade

regulada. A permanência da lei ineficaz no direito positivo é sempre uma potencial fonte de incertezas.

Discutir o grau de eficácia da lei não é desprovido de importância. Em dois casos, cabe dimensioná-lo: na discussão sobre a oportunidade de mudança da lei e na definição de estratégias judiciais.

A segunda hipótese está relacionada à estratégia judicial. Se determinada lei é ineficaz, o advogado pode levar em conta esse fato na discussão, com seu cliente, das alternativas a adotar em determinado caso. Retomando o exemplo anterior, o advogado do comandante processado pelos danos derivados da falta de escrituração regular pode defender seu cliente com base no desuso da norma, se ele tiver feito a comunicação às autoridades marítimas como se costuma fazer. Se esse advogado levar em consideração unicamente os outros atributos da lei (existência, vigência e validade), não conseguirá dar ao seu cliente o melhor atendimento.

8. REVOGAÇÃO

No direito brasileiro, a lei perde vigência em três hipóteses: decurso do prazo, suspensão da execução e revogação. Em outros termos, a lei deixa de ostentar aptidão para a produção de efeitos por três diferentes razões.

A primeira verifica-se quando a própria lei (ou a Constituição) estabelece prazo determinado de vigência, fixando um limite temporal para a sua aptidão para produzir efeitos. Trata-se de lei temporária, em que o término da vigência é fixado, de antemão, pela própria lei (em dispositivo preceituando a vigência até determinada data ou por certo período) ou por disposição constitucional (caso das leis orçamentárias, por exemplo).

A segunda hipótese de perda de vigência decorre de ato do Senado Federal e tem por objeto a lei declarada inconstitucional, em termos definitivos, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, a lei deixa de vigorar em virtude de sua invalidade, reconhecida e proclamada pelo procedimento constitucional apropriado (item 6.1).

A terceira razão para o término do vigor da lei é, por fim, a revogação. Aqui, não está em questão a prévia limitação de vigência (lei temporária) ou a

invalidade dos preceitos legais (lei inconstitucional). Na revogação, o legislador apenas considera oportuno fazer cessar a aptidão da lei para produzir efeitos. Por exemplo: quando, em 2003, entrou em vigor o novo Código Civil, este *revogou* o de 1916.

> *A lei perde vigência em três hipóteses, no direito brasileiro: a) fim do prazo preestabelecido para vigorar; b) suspensão da execução pelo Senado, em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF; c) revogação.*
>
> *Quando a lei é revogada, isso significa que ela perde a aptidão para produzir efeitos não porque havia limites temporais previamente estabelecidos para ela vigorar, nem porque se apresente inconstitucional. A revogação decorre do entendimento do legislador no sentido de que a vigência da lei não corresponde mais à melhor alternativa para nortear eventuais conflitos de interesses nela refletidos.*

A revogação da lei normalmente vem acompanhada da edição de uma nova lei em substituição. Não é necessário que seja assim, porém. O legislador pode revogar certa lei sem aprovar nenhuma outra para regular a mesma matéria no lugar da revogada. Caracteriza-se, então, uma lacuna, para cuja superação a lei estabelece determinado procedimento (Cap. 3, item 5).

A revogação pode implicar a perda de vigência de todos os dispositivos de uma lei ou de apenas parte deles. No primeiro caso, denomina-se *ab-rogação*, e no segundo, *derrogação*. A revogação do Código Civil de 1916 pelo de 2002 resultou na perda de vigência da totalidade dos dispositivos daquele. Foi, assim, uma revogação do tipo ab-rogação. Por outro lado, o mesmo Código de 2002 pôs fim à vigência dos dispositivos da "Primeira Parte" do Código Comercial de 1850. Nesse caso, operou-se revogação do tipo derrogação, já que os dispositivos da "Segunda Parte" do Código Comercial permanecem em pleno vigor.

8.1. Revogação expressa ou tácita

Classifica-se a revogação em *expressa* ou *tácita*.

Na maioria das vezes, a própria lei traz dispositivo relativo às revogações que empreende. É, nesse caso, expressa. Faltando, porém, qualquer dispositivo legal concernente às revogações produzidas por certa lei, em existindo, serão tácitas.

O art. 2º, § 1º, da LINDB dispõe sobre ambas as categorias de revogação: "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”. Encontra-se a categoria expressa no ditado pela primeira frase desse dispositivo, isto é, na ostensiva declaração legal de que se está procedendo à revogação de um ou mais preceitos normativos anteriormente editados. Das hipóteses de revogação tácita trata o restante da norma em foco.

A revogação expressa pode ter formulação genérica ou específica. No primeiro caso, o dispositivo revogador individualiza a lei ou os dispositivos revogados; no segundo, não há individuação da lei ou dos dispositivos que perdem vigência. Em outros termos, é genérica ou específica a formulação da revogação expressa segundo se identifiquem ou não os preceitos normativos revogados pela própria norma revogadora. Veja-se o art. 2.045 do CC: “revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 — Código Civil, e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850”. Esse dispositivo opera a revogação expressa específica do Código Civil de 1916 e de parte do Código Comercial de 1850. Quer dizer, a lei e os dispositivos revogados encontram-se claramente identificados no preceito revogador. Veja-se, agora, o art. 119 do CDC (Código de Defesa do Consumidor — Lei n. 8.078/90): “revogam-se as disposições em contrário”. Tal dispositivo ostenta uma formulação genérica, em que não se identificam exatamente as normas cuja vigência cessou. Todo e qualquer dispositivo legal ou mesmo lei, anterior ao Código de Defesa do Consumidor, que conflite com o prescrito neste último, está revogado.

A revogação pode ser expressa ou tácita. Expressa é a revogação derivada de dispositivo que a preceitua. Sua formulação pode ser genérica (sem identificação da lei ou dispositivos revogados, como, por exemplo, na fórmula “revogam-se as disposições em contrário”) ou específica (com a identificação da lei ou dispositivos revogados).

A melhor técnica de elaboração de leis recomenda a utilização apenas da revogação expressa por formulação específica. De fato, estabelece o art. 9º da LC n. 95/98 que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”. Dispositivos revogatórios como o do Código de Defesa do Consumidor (e de tantas outras leis) devem ser evitados. A razão de ser da preferência pela formulação específica é clara. Quando a revogação se faz por fórmula genérica, remanesce como incumbência da tecnologia jurídica ou da jurisprudência a definição dos dispositivos legais (ou

mesmo das leis) que deixaram de vigorar. Controvérsias doutrinárias e dissensos jurisprudenciais no trato da matéria podem acarretar insegurança sobre a vigência ou revogação de determinadas normas legais. Quando o próprio legislador indica as disposições revogadas, esse tipo de insegurança não costuma ocorrer.

Claro que a inobservância do art. 9º da LC n. 95/98 não tem nenhuma consequência. Se a lei ordinária ostenta dispositivo revogatório em formulação genérica, isso não compromete nenhum de seus atributos (existência, vigência, validade e eficácia). A única implicação dessa formulação será a eventual incerteza quanto ao exato alcance da revogação empreendida.

Verifica-se, a seu turno, a revogação *tácita* quando a lei anterior é incompatível com a posterior ou se esta regula, de forma exaustiva, a mesma matéria daquela. Exemplificando: o primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, fez-se acompanhar de um conjunto de preceitos introdutórios sobre vigência, eficácia, interpretação e territorialidade das leis, denominado "Introdução ao Código Civil". Vigorou até 1942, quando foi decretada a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB — Decreto-Lei n. 4.657/42), atinente à mesma matéria. Pois bem, a entrada em vigor da LINDB, nos quarenta e cinco dias seguintes à sua publicação, importou a revogação tácita dos preceitos da Introdução ao Código Civil de 1916, embora não se encontre nela (na LINDB) nenhuma norma revogadora expressa, genérica ou específica. A perda de vigência daqueles preceitos introdutórios de 1916 decorreu da circunstância de a LINDB regular, por inteiro, a mesma matéria.

A revogação é tácita quando, inexistindo dispositivo revogador expresso, a lei anterior é incompatível com a nova ou se esta regula exaustivamente a mesma matéria daquela.

Note-se que não se confundem a revogação expressa de formulação genérica e a tácita. Naquela, a lei contempla dispositivo em que é prescrita a revogação das disposições em contrário. Na tácita, não há dispositivo nenhum preceituando a revogação de qualquer outra norma, operando-se a perda de vigência em razão do previsto no art. 2º, § 1º, da LINDB.

8.2. Repristinação

Repristinação é a recuperação de vigência por uma lei revogada. Por meio dessa operação, a norma legal objeto de revogação tem a vigência restabelecida por uma terceira norma. Para que se verifique a repristinação, no direito brasileiro, é indispensável expressa referência da revigoração da norma revogada pela norma repristinatória. É o que decorre do art. 2º, § 3º, da LINDB: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

Antes de 1942, não existia no direito brasileiro o dispositivo em tela, nem qualquer outro sobre a repristinação. A doutrina, então, discutia os efeitos da revogação da norma revogadora (Pereira, 1961:126/127). De fato, como visto, a revogação é uma das causas de supressão de vigência da lei. A perda de vigência da lei revogadora significa, portanto, o fim de sua aptidão para produzir efeitos. Como um dos efeitos projetados era exatamente a revogação da lei anterior, pela lógica, a revogação da norma revogadora deveria implicar a restauração da norma revogada. Quer dizer, não havendo mais nenhuma norma com aptidão para suprimir a vigência da anterior, esta deveria ter sua capacidade de produzir efeitos recuperada.

A norma revogada não recupera, em princípio, sua vigência em virtude da revogação da norma revogadora. Essa recuperação ("repristinação") só se verifica se expressamente prevista em lei.

A partir de 1942, com o art. 2º, § 3º, da LINDB, a discussão restou superada. A recuperação de vigência em razão apenas da revogação da lei revogadora, embora lógica, não foi a solução adotada pelo legislador brasileiro. Entre nós, não havendo expressa disposição legal repristinando a lei revogada, a revogação da lei revogadora não produz o efeito de restaurar-lhe a vigência.

9. A OBRIGATORIEDADE DA LEI

A lei obriga todas as pessoas que se encontram no território correspondente ao Estado que a edita. A lei brasileira obriga a todos no Brasil (melhor dizendo, obriga *pelo menos* a todos no Brasil, já que pode projetar efeitos também para além do território nacional). Sujeitam-se, assim, aos comandos legais do nosso direito positivo tanto os brasileiros e estrangeiros que aqui residem como todas

as pessoas que passam por território sob jurisdição do Estado brasileiro — seja a passeio, trabalho ou a que título for. Tal decorre do princípio da obrigatoriedade da lei, que se abriga no art. 3º da LINDB: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

Essa formulação do princípio da obrigatoriedade da lei remonta ao direito romano (Pereira, 1961:114/117). É certo que ninguém hoje conseguiria conhecer todas as leis em vigor num país como o Brasil. Nem mesmo o mais arguto dos profissionais do direito seria capaz de dominar tão vasto e complexo campo de conhecimento. Não se presume, portanto, que as pessoas deveriam, de algum modo, intentar tal empreitada. Não se pode presumir, de fato, que alguém conheça todas as leis a que deve obediência.

Uma das formulações do princípio da obrigatoriedade da lei se pode encontrar no art. 3º da LINDB: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

Qual, então, o significado daquela prescrição legal?

O princípio da obrigatoriedade da lei é um dispositivo de clausura encontrado na maioria dos direitos ocidentais. Se não existisse, qualquer um poderia furtar-se à sanção legal simplesmente alegando desconhecê-la. Restaria inoperante o direito como sistema social de superação de conflitos de interesses. Assim, mesmo aqueles que não conhecem a lei estão obrigados a obedecê-la. E, por mais estranho que tal comando possa parecer — obrigando algo aparentemente impossível de ser atendi-do —, é ele indispensável à plena efetividade do sistema jurídico.

Claro que a maioria das leis necessárias ao convívio social tem o seu conteúdo assimilado pela generalidade das pessoas no transcorrer do processo de educação. Todos, a partir de bem cedo, aprendem que não devem pegar as coisas alheias sem permissão do dono. Também se aprende, logo, que as dívidas devem ser pagas. Sabe-se, por experiência de vida, que fica obrigado a indenizar os danos quem os provoca. A existência de impostos e o dever de pagá-los também se conhecem no mais tardar ao iniciar a vida adulta. Aliás, confundem-se, em muitos desses casos, a lei e os preceitos morais, e, por isso, embora apenas os profissionais do direito consigam normalmente precisar o conteúdo dela, de algum modo todos estão cientes da conduta a ser seguida. Em relação às leis de

conteúdo mais direcionado, como as que ditam obrigações tributárias instrumentais, impõem padrões de qualidade na fabricação de determinados produtos (alimentos, fármacos etc.) ou de proteção ao meio ambiente, disciplinam o procedimento de realização da despesa pública e muitas outras, em geral as pessoas diretamente alcançadas pela obrigação buscam esclarecimentos junto aos profissionais (contador, advogado, ambientalista etc.).

Pelo princípio da obrigatoriedade da lei, como está ao alcance de qualquer pessoa informar-se sobre as leis de seu interesse, não há motivos para deixar de aplicá-las em razão da alegada ignorância acerca de sua existência ou conteúdo.

Desse modo, se ninguém, efetivamente, conhece todas as leis, é certo que as relevantes para determinada pessoa (em certo momento de sua vida) podem ser por ela conhecidas. É este o sentido do princípio da obrigatoriedade da lei. De qualquer modo, se alguém não tem conhecimento de que devia, por lei, agir de um jeito, nem procurou informar-se a respeito, tal ignorância ou descaso não obstam a aplicação das sanções legalmente previstas para o caso.

Capítulo 3

NORMAS JURÍDICAS E ORDENAMENTO

1. INTRODUÇÃO

Como examinado no capítulo anterior, as normas jurídicas são as principais referências do direito. A superação dos conflitos de interesses, em outros termos, norteia-se principalmente pelas normas jurídicas. Porém, elas não são editadas, interpretadas e aplicadas isoladamente. Consideram-se, ao contrário, integrantes de um conjunto chamado *ordenamento jurídico*.

Cada país (Estado), no exercício de sua soberania, possui seu próprio ordenamento. A comunidade das nações também tem seu ordenamento integrado pelas normas decorrentes de tratados internacionais ou baixadas por entidades supranacionais (ONU, OMC, OIT, Comunidades Econômicas Regionais etc.). Essas normas, embora geradas por acordos ou entes *externos*, passam a integrar o direito dos Estados a elas submetidos (item 2.3). Por exemplo, ao aderir, em 1884, à Convenção de Paris sobre propriedade intelectual, o Brasil introduziu no seu direito as normas de proteção às invenções, desenhos industriais, marcas e nomes de comércio.

O ordenamento jurídico não é um conjunto qualquer de normas, aleatório e desestruturado. Pelo contrário, como o próprio nome sugere, há uma "ordem" no entrelaçamento das normas nele reunidas. Alguns consideram que essa ordem é lógica; outros, que é passível de descrição lógica. Não é o caso de entrar, aqui, nessa discussão. Registro, apenas, que penso ser o ordenamento jurídico um conjunto de normas com congruência *pseudológica*, *retórica* (para aprofundamento dessa questão, ver Coelho, 1992).

As normas jurídicas de vigência reconhecida por um Estado soberano integram o ordenamento jurídico desse Estado. Trata-se de um conjunto de normas organizadas de acordo com determinados padrões. Tais padrões são, para alguns estudiosos do direito, lógicos; para outros, retóricos. Qualquer que seja a natureza desses padrões, porém, existe certa ordem nas relações entre as normas jurídicas.

A organização das normas jurídicas no ordenamento suscita diversas questões. Convém, por enquanto, enfrentar quatro: hierarquia entre as normas (item 2), princípios (item 3), antinomias (item 4) e lacunas (item 5).

2. HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Além da lei, são normas jurídicas a Constituição, o decreto regulamentar, a instrução normativa e outras. Variam as normas de acordo com a autoridade competente para editá-las, o processo de elaboração e o objeto. A nossa Constituição foi elaborada pelos constituintes eleitos em 1986, de acordo com o regimento interno aprovado também por eles, e tem por objeto a organização do Estado brasileiro e os direitos fundamentais que ele procura assegurar; já o decreto regulamentar é da competência do chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados ou do Distrito Federal e Prefeitos dos Municípios) e tem por objeto a fiel execução da lei (CF, art. 84, IV).

As normas jurídicas são hierarquizadas, isto é, dependendo da autoridade competente para editá-las, não podem conflitar com outras normas, as que se encontram em posição hierárquica superior. Quando autoridades administrativas baixam, por exemplo, suas resoluções ou instruções, não podem contrariar o disposto na lei, porque esta é norma jurídica hierarquicamente superior; a lei, por sua vez, deve obedecer à Constituição, que é a norma de mais elevado grau hierárquico, e assim por diante. Se uma norma jurídica conflitar com outra de hierarquia superior, ela pode ter sua validade questionada perante o Poder Judiciário e sua vigência e eficácia podem ser suspensas.

As normas jurídicas integrantes de um ordenamento mantêm relações de hierarquia. Certas normas devem observar o que já vem disposto em outras. Não podem ultrapassar os limites estabelecidos por estas últimas. Diz-se, então, que aquelas são hierarquicamente inferiores.

A discussão sobre hierarquia das leis é importante por várias razões e repercute em diversos temas da teoria das normas. Se, por exemplo, duas normas jurídicas disciplinam determinado objeto de forma diferente, é necessário decidir qual delas deve prevalecer. Imagine que a norma *A* proíba a prisão por dívidas,

enquanto a norma *B* estabeleça que o devedor está sujeito, em determinadas condições, à prisão. Obedecer à norma *A* significa necessariamente desobedecer a *B*, e vice- -versa. Pois bem, a decisão sobre qual dos preceitos conflitantes deve ser respeitado orienta-se, inicialmente, pela posição hierárquica das normas que os contêm. Quando se situam no mesmo grau hierárquico — quer dizer, não há hierarquia entre elas —, prevalece a norma jurídica mais recente. Considera-se, nesse caso, que a norma posteriormente editada altera a anterior; opera-se, em termos técnicos, a "revogação" (Cap. 2, item 8). Mas se as normas conflitantes são de graus hierárquicos diferentes, prevalece a superior, ainda que mais antiga.

2.1. Os graus de hierarquia das normas jurídicas

Costuma-se utilizar a imagem de um triângulo equilátero para descrever as relações de superioridade e inferioridade entre normas jurídicas — que refletem, *grosso modo*, a hierarquia das autoridades com competência para produzir cada uma delas. O ordenamento jurídico tem, por essa imagem, uma estrutura triangular, em que, no ápice, situa-se a norma de hierarquia mais elevada no direito brasileiro, a *Constituição Federal*; as demais são localizadas em camadas inferiores do triângulo. As normas de determinada camada não podem contrariar as das camadas superiores e não podem ser contrariadas pelas das inferiores. Na verdade, como é a própria Constituição que estabelece a hierarquia das normas jurídicas, qualquer desconformidade entre normas infraconstitucionais de graus hierárquicos diferentes é, a rigor, um desrespeito a preceito constitucional. Por exemplo: a Constituição Federal estabelece, como mencionado, que o *decreto regulamentar* é baixado para o fiel cumprimento da *lei*; se o decreto regulamentar contraria uma lei, então ele contraria também a Constituição.

No Brasil, a organização das normas jurídicas situa como a de mais alta hierarquia a Constituição Federal de 1988. Todas as demais normas jurídicas devem ser compatíveis com os seus preceitos. As incompatíveis não têm validade, são inconstitucionais.

Voltando à imagem do triângulo, na primeira camada imediatamente inferior à Constituição Federal encontram-se normas jurídicas de três espécies: a *lei*, a *medida provisória* e o *decreto autônomo*. Entre elas não há hierarquia.

A lei pode ser de três categorias: *complementar*, *ordinária* ou *delegada*. Não há, igualmente, hierarquia nenhuma entre estas. A lei complementar não é superior à ordinária. A rigor, não há sequer possibilidade de conflito entre normas dessas espécies, já que a Constituição estabelece específica e expressamente as matérias objeto de lei complementar (cuja aprovação depende do voto afirmativo da maioria *absoluta* dos parlamentares). Veja, por exemplo, o art. 192 da CF. Nele, são previstas leis complementares para disciplina da estruturação do sistema financeiro nacional. Uma lei ordinária não pode, portanto, tratar desse assunto. Por outro lado, a lei complementar não pode cuidar de matéria não reservada constitucionalmente para ela. Se o fizer, será considerada uma lei ordinária, isto é, passível de alteração pelo processo legislativo próprio desta última (em que a aprovação depende do voto afirmativo da maioria *simples*) e não pelo das leis complementares (em que o quórum de aprovação é a maioria *absoluta*). Apenas sob o ponto de vista *formal*, pode-se admitir uma hierarquia entre a LC 95/98, que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, e as de nível ordinário (cf. Carvalho, 2004:207/212). A lei delegada, por sua vez, é baixada pelo Presidente da República nos limites de autorização específica dada pelo Congresso (Poder Legislativo) por meio de uma resolução (CF, art. 68). O âmbito da lei delegada é limitado pela Constituição; não pode dispor, por exemplo, sobre organização do Poder Judiciário, cidadania, direitos individuais ou eleitorais etc. Dentro desse âmbito, no entanto, ela pode alterar o preceituado em lei ordinária ou complementar.

A medida provisória é adotada pelo chefe do Poder Executivo Federal, nas hipóteses de relevância e urgência, e tem *força de lei*; isto é, a medida provisória tem a mesma hierarquia e objeto da lei ordinária (CF, art. 62). A medida provisória é votada pelo Poder Legislativo e, caso aprovada, com ou sem alterações, converte-se numa lei ordinária. Trata-se, porém, de instrumento de criação de norma jurídica excepcional, já que, não havendo relevância e urgência, o Presidente da República deve optar pelo envio de um *projeto de lei* ao Congresso. Enquanto vigora, a medida provisória pode mudar disposição de lei anterior sobre a mesma matéria.

O decreto autônomo, por sua vez, pode dispor sobre organização e funcionamento dos órgãos públicos federais (desde que não implique aumento de despesas nem criação ou extinção de órgãos) e sobre extinção de funções ou cargos públicos vagos (CF, art. 84, VI). Dentro dessas matérias, o decreto autônomo pode alterar o disposto na lei (complementar, ordinária ou delegada) e

ser alterado por esta. Não existe entre lei e decreto autônomo nenhuma hierarquia. Claro que, se um decreto autônomo dispuser sobre matéria estranha à delimitação constitucional de seu objeto, deve ser tratado como decreto regulamentar e, nesse caso, não poderá contrariar o que vem disposto na lei.

A organização hierárquica das normas jurídicas situa como imediatamente inferiores à Constituição Federal normas jurídicas de três espécies: lei (complementar, ordinária ou delegada), medida provisória e decreto autônomo. Entre elas não há hierarquia.

Na segunda camada imediatamente inferior à Constituição, no triângulo da hierarquia das normas jurídicas (ou *ordenamento jurídico*), encontra-se o decreto regulamentar (ou *de execução*). Sua função é especificar a normatização legal. É fácil perceber que a lei não tem meios, muitas vezes, de disciplinar todos os aspectos específicos da matéria sobre a qual versa. Em outras ocasiões, a dinâmica própria da matéria disciplinada recomenda que o detalhamento deva ser feito e possa ser revisto por procedimentos normativos mais ágeis que os da lei. O decreto regulamentar tem a função de normatizar em detalhe o que a lei preceituou genericamente. Veja, por exemplo, a Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Nela se encontra a regra de que os transplantes só podem ser realizados por estabelecimentos de saúde *autorizados* (art. 2º). No Decreto n. 2.268/97, que a regulamentou, encontra-se a forma de requerer a autorização, a definição do Ministério da Saúde como órgão competente para concedê-la (art. 8º), bem como as obrigações dos estabelecimentos de saúde autorizados a realizar os transplantes (art. 9º). Note que a lei e o decreto regulamentar normatizaram a mesma matéria, mas aquela se dedicou a regras de conteúdo mais genérico que as deste. Tanto o decreto regulamentar como a lei, é bom ressaltar, são normas *gerais*, mas o conteúdo daquele é mais específico que o desta. Por isto, diz-se que o decreto regulamentar não inova o direito, apenas detalha o que já está prescrito na lei (Bandeira de Mello, 1969:357; Mello, 1980:309/310).

Na organização da hierarquia das normas jurídicas, o decreto regulamentar é inferior às leis, às medidas provisórias e ao decreto autônomo. Por sua vez, as normas administrativas, baixadas por autoridades singulares ou órgãos colegiados, são hierarquicamente inferiores ao decreto regulamentar.

Na terceira camada abaixo da Constituição (a última do triângulo), estão as normas administrativas baixadas por autoridades do Poder Executivo dos mais variados níveis hierárquicos. Elas também integram o ordenamento jurídico. São normas editadas por autoridades singulares (ministro, secretário, diretor, chefe etc.) ou órgãos públicos colegiados (Conselho, Comissão, Grupo Interministerial etc.) e ostentam designações variadas (portaria, circular, instrução normativa, resolução, deliberação etc.). Costumam tratar de matérias de particular especificidade, normalmente do interesse de um segmento econômico bem delimitado. Exemplificando, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) expede normas para cumprimento das empresas prestadoras de serviço de telecomunicação; a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), para sociedades anônimas com ações negociáveis na Bolsa de Valores; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para indústria alimentícia ou farmacêutica; o Banco Central (BACEN), para instituições financeiras, e assim por diante. A circunstância de se encontrarem essas normas administrativas na base do triângulo da hierarquia normativa não significa que tenham pouca importância. Pelo contrário, em razão do acentuado conteúdo técnico e da relevância do assunto disciplinado, elas têm sido, cada vez mais, objeto de estudos e atuação profissional. Essas normas devem, claro, obedecer ao disposto em decretos (regulamentar ou autônomo), leis, medidas provisórias e na Constituição, em razão da hierarquia.

2.2. Leis da União e de outros entes federados

Na discussão sobre a hierarquia das normas no ordenamento jurídico brasileiro, cabe tratar da classificação das *leis*, segundo o critério do ente federativo que as edita. O Brasil é uma Federação integrada pela União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios. Como decorrência do princípio federativo, cada um desses entes possui competência para editar suas próprias normas jurídicas, observada a discriminação prevista na Constituição Federal. Assim, os Estados se organizam conforme suas próprias constituições, e os Municípios, de acordo com as respectivas leis orgânicas; direito civil, por

exemplo, é matéria da competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, I), não podendo os Estados ou Municípios editar normas sobre esse ramo jurídico; já a proteção do meio ambiente insere-se tanto na competência legislativa da União como na dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 24, VI); os Municípios, por sua vez, legislam sobre matéria de seu peculiar interesse, como o zoneamento urbano e os gabaritos das construções (CF, art. 30, I).

Em decorrência da distribuição de competência legislativa, pela Constituição Federal, entre os entes da Federação, são editadas leis pela União (nacionais ou federais), pelos Estados Federados ou pelo Distrito Federal (leis estaduais) e pelos Municípios (leis municipais).

Entre as normas jurídicas editadas pela União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios não há hierarquia, exceto em duas hipóteses: na das leis nacionais previstas na Constituição Federal e editadas pela União (às quais se submetem os demais entes federativos) e na das derivadas do exercício de competência concorrente (em que as da União prevalecem sobre as dos Estados ou do Distrito Federal).

As relações hierárquicas entre essas leis geradas em níveis diferentes da Federação obedecem a critérios de alguma complexidade. Não existe nenhuma hierarquia, por exemplo, entre leis estaduais e municipais. Se lei do Estado de São Paulo proíbe a concessão de certa vantagem ao funcionário público, isto não impede que lei do Município de São Paulo a conceda ao seu corpo funcional. Mas entre a lei editada pela União e a de outro ente federado *pode* haver hierarquia. São duas as situações em que lei aprovada no âmbito da União é hierarquicamente superior à de outro ou outros entes federados.

Em primeiro lugar, se a lei tem caráter nacional. Note-se, a lei *federal* não é superior à estadual ou municipal, mas a lei *nacional* prevalece sobre estas. Ambas são editadas pela União, mas, de acordo com regras da Constituição Federal, enquanto uma (a nacional) deve ser obedecida pelos demais entes federativos, a outra (a federal) não os vincula. Exemplo de legislação nacional é a Lei n. 4.320/64, que estabelece as regras gerais do direito financeiro (isto é, referentes à arrecadação da receita e realização de despesas pelo Poder Público). Um Município não pode criar, mesmo por norma legal própria, categoria contábil de realização de despesa estranha às reguladas naquele diploma nacional. Exemplo de lei federal, por sua vez, é o estatuto do funcionalismo público federal. Os benefícios concedidos ao pessoal da União não podem ser

reclamados, por exemplo, por um servidor público do Estado do Rio de Janeiro com base no estatuto federal.

A segunda hipótese de superioridade da lei editada pela União em relação à de outros entes federados decorre da competência *concorrente* para legislar sobre determinadas matérias. Como dito acima, em matéria de proteção do meio ambiente, podem legislar tanto a União como os Estados Federados e o Distrito Federal. Há muitas outras hipóteses de competência concorrente: educação, cultura, produção, consumo, proteção ao patrimônio histórico etc. Nessas hipóteses, a lei da União deve dedicar-se ao estabelecimento de normas gerais, e a dos Estados Federados ou Distrito Federal, às suplementares (CF, art. 24, §§ 1º a 4º). Se preceito de lei estadual conflitar com o disposto na lei editada pela União, prevalece esta em razão de sua superioridade hierárquica.

Exceção feita a essas situações — lei nacional e competência concorrente —, porém, não há qualquer hierarquia entre as leis editadas pela União e a dos demais níveis da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios).

2.3. Normas internacionais e supranacionais

Normas internacionais ou de direito internacional são as geradas por acordos entre Estados soberanos. Esses acordos recebem, em geral, a denominação de *tratados* ou *convenções* e podem versar sobre quaisquer questões de interesse dos Estados participantes, de natureza econômica, social, política ou jurídica. O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), por exemplo, foi criado pelo *Tratado de Assunção*, que Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai assinaram em 1991. As normas internacionais são, assim, produto da convergência de vontade de Estados soberanos dispostos a administrarem consensualmente alguns de seus interesses comuns. Cada Estado envolvido no processo de celebração da norma internacional indica seus representantes e estes identificam os interesses convergentes e divergentes, transigem e negociam um documento representativo do encontro de vontades. As negociações podem ser bilaterais (entre dois Estados) ou multilaterais (entre três ou mais Estados). O resultado da negociação é um conjunto de normas que devem ser observadas pelos Estados envolvidos, para se desincumbirem dos compromissos então assumidos, cada um perante os outros.

Normas supranacionais são as editadas por organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a União Europeia e outras. Quando o Conselho de Segurança da ONU edita resolução condenando determinada agressão territorial de um país contra

outro, ou os órgãos legiferantes da União Europeia aprovam diretiva para harmonização dos direitos internos de seus países-membros, produzem-se normas supranacionais. Diferem das internacionais na medida em que não provêm *diretamente* de acordo de vontade entre os Estados-partes, mas de ato de autoridade supranacional cuja competência para normatizar é reconhecida por alguns Estados soberanos. A validade de normas supranacionais encontra fundamento, imediato ou mediato, numa norma internacional, porque os organismos internacionais recebem autoridade para editar normas de um acordo de vontades (tratado ou convenção) firmado pelos Estados soberanos que os criam.

As normas jurídicas externas podem ser de duas espécies: internacionais, *quando resultantes diretamente de acordo de vontade entre Estados soberanos (tratados);* supranacionais, *quando provenientes de autoridade internacional com competência reconhecida por alguns Estados soberanos e apenas indiretamente resultantes de acordo de vontade entre eles.*

Os ordenamentos jurídicos dos Estados, em geral, preveem um procedimento legislativo para a introdução das normas externas no direito positivo interno. No Brasil, os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República devem ser referendados pelo Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Além dessas formalidades, a doutrina recomenda o respeito à secular praxe de o Presidente da República, após o referendo do Poder Legislativo, "promulgar" o tratado, por meio de decreto (regulamentar). Pois bem, cumpridas tais premissas e internalizada a norma externa, cabe indagar qual o seu grau hierárquico? Em outros termos, o tratado internalizado encontra-se em que nível da hierarquia das normas jurídicas?

A questão é relevante, na medida em que não pode haver conflitos entre normas internacionais ou supranacionais, de um lado, e norma interna de maior grau hierárquico, de outro. Essa matéria, a rigor, somente está regrada no direito positivo brasileiro relativamente aos tratados internacionais que versem sobre direitos e garantias fundamentais não previstos na Constituição Federal. De acordo com o art. 5º, § 2º, da CF, esses tratados têm a mesma hierarquia de preceito constitucional, prevalecendo, portanto, sobre a lei (cf. Piovesan, 1996:114/127). Em relação, contudo, às normas externas não pertinentes a direitos e garantias fundamentais, sobrevive a questão: elas têm a mesma

hierarquia da lei ordinária ou são superiores?

Muitos dos internacionalistas que debatem a questão da hierarquia da norma externa internalizada ainda a contextualizam na discussão, nascida na doutrina alemã dos anos 1920, entre *monistas* e *dualistas*. Para os primeiros, o direito positivo interno e o externo integram um único sistema jurídico; a celebração de um tratado gera norma já pertencente ao direito do Estado envolvido, independentemente de qualquer procedimento de internalização. Para os dualistas, por sua vez, não se confundem as ordens jurídicas externa e interna; as normas originárias da primeira devem ser internalizadas para vigorar. A rigor, porém, a discussão entre monistas e dualistas — inclusive a travada entre moderados e radicais de cada corrente — tem importância apenas relativamente à validade e eficácia das regras procedimentais de internalização e não resolvem a questão da hierarquia da norma internalizada (cf. Araujo-Andreiuolo, 1999).

As normas externas são internalizadas, no direito brasileiro, na mesma hierarquia das leis; exceto as que ampliam os direitos e garantias fundamentais, que são internalizadas como normas constitucionais.

A norma externa internalizada (tratado, convenção ou norma supranacional) deve ser considerada no mesmo nível das leis. Dessa definição, seguem-se diversas consequências. Em primeiro lugar, a norma externa não pode contrariar a Constituição Federal; nem mesmo se tratar de direitos e garantias fundamentais (se assegurar direito ou garantia não previsto na Constituição, ela é internalizada como norma constitucional, como já visto; mas se restringir direito ou garantia assegurado na Constituição, ela é inconstitucional). Em segundo, a norma externa internalizada prevalece sobre as leis (e normas infralegais) anteriores à sua internalização, revogando-as. Terceiro, a norma externa internalizada é revogada por lei ordinária posterior.

Na metáfora do triângulo da hierarquia das normas jurídicas, portanto, a norma externa internalizada pode situar-se em duas posições diferentes: se proteger direito ou garantia fundamental, é entronizada no ápice, junto às normas constitucionais; nas demais hipóteses, na primeira camada imediatamente inferior à da Constituição Federal, ao lado das leis, medidas provisórias e decreto autônomo.

3. PRINCÍPIOS

De início, devem-se distinguir *princípios de direito* e *princípios do direito*. A primeira expressão designa preceitos que preexistiriam ao ordenamento jurídico e aos quais este deveria sempre se conformar. São os preceitos de *direito natural*. Uma fortíssima tradição do pensamento jurídico, com raízes na Antiguidade Clássica, considera o ser humano sujeito a determinadas leis naturais, como as que asseguram o direito à vida, à propriedade, à revolta contra tiranias, ao tratamento igualitário e outros. Para essa tradição — chamada "jusnaturalista" —, assim como estamos todos involuntária e necessariamente sujeitos à *gravidade* (e a outras forças físicas, químicas, biológicas etc.), em razão de nossa natureza de um evoluído animal habitante do planeta Terra, também estaríamos, na mesma medida, submetidos a certos padrões de conduta *por nossa natureza*.

Para a tradição jusnaturalista, as nações, ao elaborarem seus direitos positivos, isto é, ao editarem normas jurídicas, deveriam atentar aos *princípios de direito*. Se um ordenamento jurídico porventura contemplasse normas contrárias aos preceitos de direito natural, embora pudesse até mesmo existir por algum tempo, cedo ou tarde, cederia lugar à força advinda da natureza do ser humano. Por outro lado, o conhecimento jurídico descobriria e estudaria as leis jurídicas do mesmo modo que a física, a química e a biologia descobrem e estudam suas próprias leis (atração das massas, conservação da matéria, seleção natural etc.).

Os princípios de direito, assim, seriam normas não positivas — quer dizer, não editadas por autoridade investida de competência —, relevadas pelos estudiosos do direito, a partir do estudo da natureza do ser humano, e às quais deve conformar-se o ordenamento jurídico.

Os princípios de direito são preceitos revelados, pela doutrina, a partir da natureza do ser humano (direito à vida, à liberdade etc.). Os princípios do direito são regras, expressas ou reveladas, que inspiram todo o ordenamento ou determinada área do direito.

A tradição jusnaturalista vem perdendo prestígio desde o século XIX. Hoje em dia, a rigor, são pouquíssimos os que ainda se valem dos argumentos típicos dessa tradição, na fundamentação de lições doutrinárias, postulações ou decisões judiciais. Isso não quer dizer, contudo, que a argumentação jurídica não comporte mais nenhuma alusão a preceitos *transcendentes* ao ordenamento

positivo. Ao contrário, para cumprir adequadamente sua função de sistema social de superação de conflitos de interesses, o direito depende da necessária convivência de visões *contrárias* sobre seu conteúdo e funcionamento; visões de apego e de desapego ao texto das leis. Mesmo sem procurar convencer o interlocutor da existência de um conjunto de preceitos morais preexistentes ao ordenamento jurídico em vigor, por vezes o estudioso ou profissional do direito argumenta no sentido de que, *na lei* (ou melhor, no direito positivado), *não está todo o direito* (Coelho, 1992:105/107).

Mas, se a argumentação jurídica lastreada nos princípios de direito não tem, hoje, o mesmo prestígio de outrora, a fundada nos princípios do direito, ao revés, apresenta crescente importância, no Brasil e no exterior, desde o início dos anos 1990 (Grau, 2002:36 e 120/121). Os princípios do direito são preceitos gerais (expressos em dispositivos ou deles decorrentes) cujo comando se projeta em normas jurídicas atinentes a certa matéria, informando-as. Têm sido apresentados, noutra metáfora também corrente na doutrina, como *alicerce* do edifício jurídico. Contrariar um princípio, por essa perspectiva, seria pior que contrariar um particular dispositivo expresso do ordenamento, porque importaria pôr em risco os próprios fundamentos do direito (Mello, 1980:772).

Os princípios do direito têm a mesma natureza das normas jurídicas (Sanchís, 1992), isto é, são enunciados que prescrevem condutas.

Alguns princípios do direito se encontram expressos em regras positivas (isto é, em dispositivos da Constituição ou da lei). O Capítulo I do Título VII da Constituição Federal, por exemplo, abriga os “princípios gerais da atividade econômica”, que são os da livre iniciativa, valorização do trabalho humano, soberania nacional, propriedade privada e sua função social, defesa do consumidor, proteção ao meio ambiente e outros (art. 170). O Código de Defesa do Consumidor, outro exemplo, especifica os princípios norteadores da Política Nacional de Relações de Consumo, que são os do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, racionalização e melhoria dos serviços públicos etc. (art. 4º) (cf. Filomeno, 1991:37/51). Quando é este o caso — os princípios se expressam em dispositivos do ordenamento —, considerá-los normas jurídicas não costuma gerar controvérsias na doutrina ou jurisprudência.

A questão, porém, ganha contornos diversos quando se propõe a existência de um princípio que nenhuma lei (ou qualquer outra norma jurídica) afirma expressamente. É o caso, por exemplo, dos princípios da supremacia do interesse

público (direito administrativo), da preservação da empresa (direito comercial), da proteção do hipossuficiente (direito do trabalho) e outros mais.

O princípio do direito não expresso em dispositivo é — tal como os princípios de direito — *revelado* pelos estudiosos do direito. Claro que o ponto de partida não é a natureza humana, mas o direito positivo, editado pelas autoridades no exercício de suas competências. O doutrinador, então, debruça-se sobre o ordenamento vigente, no pressuposto de que representa ou é representável por um conjunto lógico-sistemático de enunciados, e conclui, a partir dos dispositivos expressos, quais teriam sido os grandes parâmetros norteadores de sua edição. Quais teriam sido, em outros termos, os valores fundamentais prestigiados pelas autoridades responsáveis pela edição das regras de direito quando as elaboraram. Formula-os, então, como preceitos gerais que não podem ser desconsiderados na interpretação das leis e outras normas.

Os princípios do direito, quando não se expressam por um dispositivo, são revelados pela tecnologia jurídica. Debruçam os tecnólogos sobre o ordenamento positivo e procuram encontrar os valores fundamentais que o inspiram. Sintetizam, então, esses valores em preceitos com a mesma estrutura das normas jurídicas.

A afirmação de que o ordenamento jurídico (ou segmento dele) possui princípios não expressos em dispositivos pressuporia, como dito, que esse ordenamento fora construído (ou, pelo menos, seria passível de reconstrução pela interpretação doutrinária) de forma lógica; representaria, em outros termos, um sistema congruente de normas. Sem tal pressuposição, não se poderiam sustentar os princípios não expressos em dispositivos. Aparentemente, se o direito positivo não pode ser elaborado ou descrito como um todo sistemático dotado de consistência lógica, não há como postular que dos dispositivos expressos seria possível extrair os parâmetros gerais norteadores de sua edição. De fato, sem aquela premissa, simplesmente não existiriam tais parâmetros gerais e, por consequência, a pesquisa dos princípios não expressos seria despropositada. Argumentar no sentido de que o direito positivo apresenta tal característica — é lógico ou, pelo menos, descritível como lógico — parece revelar-se indispensável à articulação nos discursos jurídicos dos princípios não expressos em dispositivos. Na verdade, porém, com ou sem ostentar o direito positivo realmente a marca da logicidade, transita pelos argumentos jurídicos a

noção de que a intelecção do sentido e alcance de leis e outras normas jurídicas deve ser feita em consonância com os parâmetros gerais que nortearam (ou deveriam ter norteado) a sua edição.

4. CONFLITO ENTRE NORMAS

O ordenamento jurídico de um país e a interpretação das normas que o compõem resultam do trabalho de diversas pessoas. Tome-se o exemplo do Brasil e pense-se, inicialmente, nas muitas autoridades investidas de competência para editar leis e outras normas. É um conjunto vasto de pessoas, em que se encontram os membros do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados Federais e Senado), das 27 Assembleias Legislativas e das milhares de Câmaras de Vereadores; também nele estão os ocupantes de cargos públicos com funções normativas, que representam algumas centenas de milhares de pessoas. Se considerarmos que vigoram, no Brasil, leis e normas editadas há muito tempo, constataremos que também pessoas já falecidas colaboraram, ao seu tempo, com a elaboração do ordenamento jurídico nacional aplicável atualmente.

As normas jurídicas, por outro lado, precisam ser sistematizadas e interpretadas. Esse trabalho é feito por profissionais do direito, doutrinadores e julgadores. A forma como se interpreta determinada norma, no âmbito doutrinário ou jurisprudencial, influi na sua aplicação e, por isso, também deve ser considerada um trabalho de formação do ordenamento jurídico. É incalculável, portanto, o número de pessoas, vivas e mortas, que ajudam a formar o direito positivo de um país da dimensão e complexidade do Brasil.

Claro que um trabalho coletivo dessa magnitude não consegue gerar um produto lógico. Mesmo que algum doutrinador tenha a pretensão de haver conferido logicidade ao direito nacional — ou à área a que se dedica —, é bastante provável que o resultado de seu esforço não seja unanimemente aceito pelos demais doutrinadores ou pelos julgadores. Haverá, com certeza, visões diferentes para a organização sistemática do mesmo material normativo, seja na compreensão global, seja em aspectos pontuais daquele ramo jurídico; e, a rigor, não há como decidir qual das visões total ou parcialmente contrapostas corresponderia à “verdadeira” sistematização daquele campo do ordenamento jurídico.

Desse modo, o direito, resultado do trabalho de um número incomensurável de pessoas, é, por essência, desprovido de lógica. Normas são editadas por

pessoas diferentes, que vivem ou viveram em tempos diferentes, e são, após, estudadas e aplicadas por outras tantas pessoas diferentes. Seria impossível pretender que o resultado dessa atuação coletiva fosse totalmente isento de incongruências. Quer dizer, em qualquer ordenamento jurídico há sempre a possibilidade de encontrar normas conflitantes que estabeleçam consequências diversas para o mesmo fato.

O ordenamento jurídico é composto de normas produzidas por uma imensa gama de pessoas (algumas delas já falecidas) e interpretadas e aplicadas por outras tantas pessoas. É, por isso, inevitável que apresente incongruências. O conflito entre normas (antinomias) deve ser superado, para que o direito aparente ostentar a segurança que dele se espera.

Dá-se o nome de "antinomia" à situação em que conflitam duas ou mais normas jurídicas. Se um dispositivo legal obriga certa conduta e outro proíbe a mesma conduta, está-se diante de um exemplo de antinomia.

As antinomias devem ser superadas. Normas de conteúdos inconciliáveis não podem ser aplicadas simultaneamente. A segurança que o direito positivo deve inspirar nas pessoas sujeitas às suas regras de conduta pressupõe a existência de critérios para a eliminação das antinomias. Uma das normas conflitantes deve prevalecer sobre a outra. Em certos casos, o acionamento dos critérios de superação de antinomias implica concluir que uma das normas em conflito não vigora mais, foi revogada; em outros, importa afirmar que uma delas é inválida; por fim, há hipóteses em que a superação da antinomia faz-se pela discriminação dos limites de incidência de cada norma em conflito.

Os critérios de superação das antinomias são três: *cronológico*, *hierárquico* e o *de especialidade*.

Pelo critério cronológico, prevalece a norma antinômica posterior em detrimento da anterior. Aqui se opera o reconhecimento de que a norma jurídica mais antiga foi revogada, ainda que tacitamente, pela mais nova. Supera-se o conflito pela negativa de vigência à norma anterior (Cap. 2, item 8).

O critério hierárquico, por sua vez, determina a prevalência da norma antinômica superior em prejuízo da inferior. Como visto acima (item 2.1), as normas jurídicas são organizadas, no ordenamento, de forma hierárquica. A Constituição Federal, por exemplo, situa-se em grau de hierarquia superior ao

das leis. O dispositivo de lei com conteúdo conflitante com o de norma constitucional não tem validade. O que vem determinado na norma constitucional, portanto, deve ser obedecido em detrimento da previsão legal em contrário.

Por fim, pelo critério de especialidade, a norma jurídica especial prevalece sobre a geral. Nesse caso, trata-se apenas de discriminar os âmbitos de incidência de cada preceito. Sempre que para um caso específico houver norma jurídica própria (*especial*), não se aplica o disposto em norma de âmbito de incidência mais largo (*geral*). No próprio Código Civil encontra-se exemplo. De acordo com o art. 1.033, II, depende do *consenso unânime* dos sócios a dissolução de sociedade em duas hipóteses: *a*) quando contratada por prazo indeterminado; *b*) quando, contratada a sociedade por prazo determinado, quer-se dissolvê-la *antes* do vencimento desse prazo. Chega-se a tal interpretação na medida em que a dissolução das sociedades contratadas por prazo determinado já *vencido* vem disciplinada no inciso I daquele art. 1.033. No mesmo Código Civil estabelecem os arts. 1.071, VI, e 1.076, I, que a dissolução da sociedade *limitada*, em qualquer caso, depende de votos correspondentes a três quartos do capital social. Pois bem, tendo-se em conta que o art. 1.087 prevê que a sociedade limitada dissolve-se nas hipóteses do art. 1.044 e que este, por sua vez, reporta-se ao art. 1.033, configura-se a antinomia: de um lado dispositivos legais que exigem unanimidade dos sócios para certas hipóteses de dissolução de sociedade e, de outro, os que submetem a dissolução da sociedade limitada à vontade de sócios que titularizem três quartos do capital social. Diante desse conflito de normas, cabe indagar: se um sócio de sociedade limitada com prazo indeterminado quiser dissolvê-la, ele deve convencer quantos dos demais sócios: todos (arts. 1.078, 1.044 e 1.033, II) ou os que bastem à caracterização do *quorum* de três quartos do capital social (arts. 1.071, VI, e 1.076, I)? A superação da antinomia pelo critério da especialidade importa a prevalência da norma específica da sociedade limitada (*especial*) sobre as atinentes à generalidade das sociedades (*geral*).

As antinomias são superadas pela operacionalização de três critérios: i*) cronológico, que prestigia a norma posterior em detrimento da anterior;* ii*) hierárquico, que invalida a norma inferior em vista do disposto na superior;* iii*) da especialidade, que faz prevalecer a norma especial sobre a geral.*

Quando os próprios critérios de superação das antinomias entram em conflito, verifica-se uma antinomia de *segundo* grau. Se a norma *A*, anterior superior, conflita com a norma *B*, posterior inferior, a aplicação do critério cronológico leva à prevalência de *A*; mas, a se observar o critério hierárquico para superação do mesmo conflito, resulta prevalente a norma *B*. Do mesmo modo, se as normas *C*, anterior especial, e *D*, posterior geral, são antinômicas, o critério cronológico aponta para a prevalência de *C* sobre *D*, mas o da especialidade indica o inverso, isto é, a da norma *D* sobre *C*. Está-se, aqui e ali, diante de conflito não só entre duas normas, mas também entre dois critérios de superação de antinomias: de um lado, conflitam o cronológico e o hierárquico (*A* versus *B*) e, de outro, o cronológico e o da especialidade (*C* versus *D*).

O conflito entre o critério cronológico e o hierárquico resolve-se em favor deste último. Uma lei ordinária não pode contrariar preceito constitucional, mesmo que seja este anterior. O critério da hierarquia é, por assim dizer, mais forte que o cronológico. Está relacionado à necessidade de segurança do direito, valor reputado mais importante que o aprimoramento dos preceitos normativos justificador do critério cronológico.

Por sua vez, o conflito entre o critério cronológico e o da especialidade deve ser superado pela prevalência deste último. Considera-se mais justa a disposição veiculada em norma especialmente editada para determinadas situações. A norma especial, em outros termos, não é revogada pela norma geral. Nem esta, a rigor, por aquela. São diferentes os âmbitos de incidência da norma geral e da especial, ainda que coincidente o tema nelas versado. Aliás, no art. 2º, § 2º, da LINDB, o direito positivo brasileiro estabeleceu essa superação da antinomia de segundo grau entre os critérios cronológico e da especialidade: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Por fim, para a superação do conflito entre os critérios hierárquico e da especialidade (norma superior geral conflitante com inferior especial) não existe solução segura. Entram em choque, nesse caso, valores igualmente importantes, que são os da segurança jurídica e da justiça. Cabe, na verdade, à filosofia do direito discutir esta e outras hipóteses, em que os critérios de superação de antinomias se mostram inoperantes, quer dizer, insuficientes à superação do conflito normativo (cf. Coelho, 1992:60/65). O tratamento tecnológico do tema não tem recursos para avançar sobre essas searas.

5. LACUNAS

No tratamento do tema das lacunas, distinguem-se nitidamente as abordagens da filosofia do direito e da tecnologia jurídica. Partindo de premissas diferentes e norteadas por objetivos distintos, tais abordagens são independentes uma da outra. Enquanto a filosofia do direito — em particular, seu capítulo voltado à lógica jurídica — discute se existem ou não lacunas no ordenamento, a tecnologia jurídica as admite sem grandes indagações e trata como *ficção* a afirmação da completude do ordenamento jurídico (cf., por todos, Rodrigues, 2002, 1:20/21); além disso, enquanto a filosofia do direito entrelaça a questão das lacunas e das antinomias numa conclusão aporética (Bobbio, 1960; Coelho, 1992:69), a tecnologia jurídica aponta e estuda os meios de preenchimento (*colmatação*) das lacunas do ordenamento.

Por lacuna deve-se entender a ausência, num ordenamento jurídico determinado, de qualquer norma jurídica que verse *especificamente* sobre o fato em questão. É fácil perceber que os elaboradores do direito não são capazes de antever absolutamente *todas* as situações de conflito de interesses. A evolução dos costumes, o desenvolvimento da ciência e tecnologia, o aumento da complexidade das relações sociais dão ensejo ao aparecimento de situações não reguladas (de forma específica) pelo direito. Não há, por exemplo, norma jurídica em vigor no Brasil, hoje, que discipline a gestação de óvulo fecundado alheio (a "barriga de aluguel"), embora corresponda a técnica já plenamente dominada pela ciência médica e a prática não repudiada pela moral. Se surgir conflito de interesses entre os envolvidos — discussão, por exemplo, sobre quem deve pagar despesas médico-hospitalares decorrentes de complicações pós-parto —, e a questão for submetida ao juiz, como deve ser decidida?

De acordo com a lei brasileira (LINDB, art. 4º), diante de uma lacuna, o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Isto é, a ausência de norma específica sobre a matéria em discussão judicial não justifica que o conflito de interesses reste infindável. Pelo contrário, o juiz sempre deve proferir uma decisão que ponha fim ao conflito. Dispositivo semelhante encontra-se na maioria dos direitos estrangeiros (Diniz, 1981:118/120). Desse modo, no exemplo dado, o juiz não pode deixar de decidir quem irá arcar com as despesas imprevistas sob a alegação de que não há norma jurídica em vigor disciplinando a matéria. Deverá, pelo contrário, imputar aos pais geradores do óvulo fecundado ou à gestante a obrigação de suportar tais despesas.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

> *Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Pela analogia, o juiz deve buscar, no ordenamento em vigor, uma norma jurídica que diga respeito a situação semelhante à do caso em julgamento. Já que não existe nenhuma norma que trate especificamente do caso, determina a lei que o juiz se valha de norma aplicável a fatos assemelhados. O emprego da analogia pressupõe que a autoridade com competência para disciplinar em termos gerais aquela matéria, quando fosse fazê-lo, tenderia a prestigiar os mesmos valores ou adotar iguais critérios aos que a inspiraram na edição de outra norma para uma situação próxima.

A semelhança ou proximidade entre duas situações (a normatizada e a não normatizada) depende fundamentalmente da apreciação valorativa do juiz. Não existem dois fatos tão diferentes que não se possa encontrar entre eles pelo menos um ponto de contato, assim como não existem dois fatos tão iguais que não se possa distingui-los em pelo menos um aspecto. Postula, por isso, a doutrina que não basta, à analogia, qualquer ponto de proximidade entre os fatos considerados; é necessário que seja *essencial* o elemento de semelhança entre eles (Diniz, 2002, 1:72/73). Ora, esse critério de pesquisa da essencialidade do fator de aproximação entre os fatos acaba reintroduzindo a apreciação valorativa do juiz na aplicação da analogia. Serão próximos, em sua essência, os fatos que ele valorar como tais.

Não há, portanto, como estudar o emprego da analogia na colmatação de lacunas a não ser por exame da jurisprudência. Ilustro, assim, a matéria com o julgado que aplicou o art. 640 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 1.324 do Código Civil atual) analogicamente ao caso de administração de bens por um dos cônjuges separados. Naqueles dispositivos, a lei preceitua que a administração de bem em condomínio por um dos condôminos faz presumir que ele é o representante de todos os outros, enquanto não houver oposição destes. Nada diz a lei, porém, relativamente à administração dos bens de cônjuges separados (antes da partilha). Suprimindo a lacuna pela aplicação analógica da norma referente ao condomínio, o referido julgado considerou que o cônjuge que

administra os bens ainda não partilhados sem a oposição do outro deve ser reputado representante deste último (cf. Diniz, 2002:71).

A analogia é o procedimento de colmatação de lacunas em que o juiz decide o caso para o qual não existe norma específica segundo o disposto em norma atinente a caso análogo (isto é, semelhante). O fato não regrado e o regrado devem apresentar um ponto de aproximação essencial, que autorize concluir que o legislador, se fosse normatizar o primeiro, provavelmente adotaria regra similar à que adotou para o segundo.

Outro instrumento de superação de lacunas é a decisão do caso não normatizado de acordo com os *costumes*. Aplica-se, aqui, uma regra consuetudinária, isto é, resultante de uma prática reiterada e difundida entre determinados segmentos sociais e tida, pelas pessoas que a observam, como conduta obrigatória. Para que o costume possa suprir a lacuna, é necessária a convergência desses dois requisitos: o uso reiterado (face externa) e a convicção de que aquele comportamento é socialmente obrigatório (face interna). Apenas a reiteração de certa prática, sem a convicção, pelas pessoas que a adotam, de sua obrigatoriedade, não é suficiente para a caracterização do costume de que trata o art. 4º da LINDB.

O costume pode ser referido pelo próprio direito positivo como o critério para o juiz decidir determinada questão. O art. 569, II, do CC, ilustre-se, estabelece que, se não tiver sido ajustado o prazo para pagamento do aluguel, o locatário deve pagá-lo "segundo o costume do lugar". O art. 445, § 2º, do CC, prevê que, à falta de lei especial, será o dos "usos locais" o prazo para o comprador de animais reclamar por vícios. Cuida-se, nesses dois exemplos, de costume *secundum legem*.

Há, por outro lado, o costume sedimentado em sentido oposto ao prescrito no direito positivo. É chamado, então, de costume *contra legem*. Nesse caso, a norma é ineficaz — já que as pessoas observam como juridicamente obrigatória a conduta oposta à prescrita — e convém à autoridade legiferante verificar se não seria melhor substituí-la ou simplesmente revogá-la (cf. Maximiliano, 1924:192). A tecnologia civilista repudia prestigiar o costume *contra legem*, porque isso significa negar aplicação à norma jurídica que, embora ineficaz, é existente, vigente e válida (Pereira, 1961:75). Há, porém, julgados que prestigiam os costumes *contra legem* e deixam de aplicar a norma positiva, por considerarem o respeito às práticas locais uma solução mais justa e fiel às

intenções das partes.

Por fim, o costume pode ser compatível com as normas positivadas, no sentido de completá-las em suas omissões. Veja-se o costume das empresas produtoras de programas televisivos, reunidas nas feiras internacionais do setor, de atribuírem a propriedade sobre o *formato* destes a quem primeiro investir, no mundo, na sua concepção e produção. Trata-se de costume *praeter legem* — é ele o referido na regra de colmatação de lacunas.

O costume (ou aplicação da regra consuetudinária) é o procedimento de colmatação de lacunas em que o juiz decide com base numa prática reiterada (elemento externo) vivenciada como socialmente obrigatória (elemento interno). Apenas o costume praeter legem *(isto é, o compatível com o direito positivo) deveria servir ao preenchimento das omissões legais, uma vez que o respeito ao costume* contra legem *(o incompatível com o direito posto) importa a negativa de eficácia a norma jurídica existente, válida e vigente. Muitas vezes, porém, o juiz considera a regra consuetudinária decorrente deste último mais justa e fiel às intenções dos sujeitos envolvidos, e a aplica em detrimento da solução legal.*

A referência aos costumes na solução de conflitos de interesses está perdendo importância em decorrência do processo econômico de globalização. A eliminação das fronteiras nacionais na realização do comércio faz-se pela harmonização das normas jurídicas que influenciam o preço dos produtos ou serviços (Coelho, 1998, 1:47/62). A harmonização é um processo de positivação de normas e implica necessariamente o sacrifício de práticas de determinados segmentos da economia incompatíveis com os padrões globais das mais fortes economias capitalistas. Em outros termos, a globalização exige a regência das relações econômicas por normas jurídicas harmonizadas, de igual comando, e isso é incompatível com a sobrevivência de costumes localizados (necessariamente plurais) dotados de eficácia jurídica.

Os princípios gerais de direito são também meio de colmatação de lacunas previsto no art. 4º da LINDB. Como já visto (item 3), são os princípios *de* direito os preceitos afirmados pela doutrina como derivados da natureza do ser humano. A afirmação do direito à vida, à liberdade, à propriedade, de que todos nós seríamos titulares, no preenchimento de lacunas, exemplifica o emprego desse meio.

Não se deve, contudo, considerar que nos meios legais de superação de omissões, o art. 4º da LINDB descarta, por completo, os princípios gerais do

direito não expressos em dispositivos. Como se lembra, a afirmação desses princípios do direito pressupõe um ordenamento lógico (ou, pelo menos, passível de descrição como tal). Fundamentam-se, assim, nas normas positivadas alguns preceitos gerais que, além de auxiliarem na interpretação destas, também podem nortear os julgamentos sobre casos não regrados especificamente no ordenamento. Na medida em que se toma esse ordenamento como um conjunto lógico- -sistemático de normas, dotado de congruência, deve-se considerar que, se tal ordenamento fosse contemplar uma nova norma específica sobre determinada matéria, ela certamente obedeceria aos princípios gerais nele adotados. Servem os princípios, assim, também para revelar qual seria a norma que o ordenamento a que se referem ostentaria caso viesse a ser editada. A ausência de normas específicas sobre um caso em julgamento pode, portanto, ser suprida também pelos princípios concluídos do ordenamento jurídico incidente.

Os princípios (de direito ou do direito) são meios de preenchimento de lacunas. Ambos são revelados pela doutrina, sendo que os princípios de direito decorrem da natureza humana (direito à vida, ao trabalho, à felicidade etc.), enquanto os princípios do direito derivam das normas positivadas (princípio da tutela do hipossuficiente pelo direito do trabalho, por exemplo).

As soluções legais de colmatação de lacunas são hierarquizadas. Quer dizer, em primeiro lugar, o juiz, diante da ausência de norma específica para o caso em apreciação, deve valer-se da analogia. Se não existir, no ordenamento, nenhuma norma aplicável a situação semelhante, ele deve pesquisar se há costume que indique a regra para a solução do conflito. Não havendo costume, o juiz deve socorrer-se dos princípios gerais. Claro que, revelando-se frutífera a aplicação analógica, não deve o juiz invocar costumes (a não ser para reforçar a fundamentação da decisão já adotada); assim como somente se obriga à dedução dos princípios gerais se não pôde preencher a lacuna sucessivamente pela analogia e costumes.

No exemplo acima, da “barriga de aluguel”, diante da omissão da lei sobre o sujeito a quem deve ser imputada a obrigação de arcar com as despesas médico-hospitalares derivadas das complicações pós-parto, deveria o juiz, inicialmente, buscar norma pertinente a situação análoga. Digamos que, para os valores desse juiz, haja similitude entre a situação da gestante e a de empregada. Nesse caso, ele poderia entender as complicações pós-parto como algo similar a um acidente

de trabalho e decidir que caberia aos pais geradores do embrião, como contratantes em posição próxima a de empregadores, o pagamento dessas despesas. Se, contudo, para os valores do juiz, a situação da gestante se aproxima à de um prestador de serviços autônomo, ele tenderia a concluir que são dela os riscos da atividade, incluindo o pagamento de despesas médico-hospitalares imprevistas. Considerando, por outro lado, esse mesmo juiz que a situação da gestante não se aproxima da de nenhum outro sujeito de direito, seu entendimento seria o de que não existe, no ordenamento jurídico, norma pertinente a qualquer situação semelhante à dela. Não se poderia operar, desse modo, a analogia. Caberia, em seguida, pesquisar a existência de costume.

Deveria, então, o juiz nortear sua pesquisa sobre a existência de costume pela indagação "os demais casais que contrataram a gestação de seus embriões por outra mulher sentiam-se obrigados a pagar eventuais despesas médico-hospitalares imprevistas?" Se encontrar resposta a essa pergunta e considerar que existe certo costume, o juiz julgará o caso segundo a regra consuetudinária (isto é, segundo a prática reiterada tida por obrigatória). Quer dizer, se concluir que a maioria daqueles casais tinha como deles a obrigação de pagar por eventuais despesas imprevistas, decidirá nesse sentido; caso contrário, imputará à gestante a obrigação de arcar com tais despesas.

Mas, em não encontrando o juiz resposta àquela indagação, deve reputar inexistente qualquer costume (e, portanto, regra consuetudinária) capaz de auxiliá-lo na superação da lacuna e, em seguida, valer-se dos princípios gerais para resolver a questão. Ele pode, por exemplo, invocar o princípio de repúdio ao enriquecimento sem causa, entender que os titulares do embrião estão auferindo vantagem indevida e favorecer a gestante com sua decisão; ou, pelo contrário, invocar o princípio da autonomia da vontade e concluir que, se as partes não contrataram sobre a matéria, cada um deve arcar com as despesas para a manutenção da própria saúde.

Em qualquer dessas hipóteses e independentemente de quem acabe suportando o ônus pelas despesas imprevistas, o juiz terá proferido uma decisão válida.

Para concluir, cabe indagar: e se o emprego dos três meios de colmatação de lacunas indicados no art. 4º da LINDB revelar-se infrutífero? Quer dizer, como deve o juiz decidir o processo se não encontrar nenhuma norma jurídica específica ou atinente a situação análoga no ordenamento, se não existir costume sedimentado e vivenciado como socialmente obrigatório e se também não puderem auxiliar de nenhum modo os princípios de direito ou do direito? Nesse

caso, responde a doutrina, ele deve guiar-se pela equidade (Maximiliano, 1924:174/175). Em outros termos, deve decidir a demanda pela distribuição do objeto do litígio entre os litigantes, segundo alguma regra de proporcionalidade (patrimônio, participação no evento, importância do interesse etc.). No exemplo acima, o juiz poderia, por exemplo, determinar que as despesas seriam rateadas entre as partes, cabendo metade aos titulares do embrião e metade, à gestante. Estaria julgando por equidade (Cap. 4, item 5.3).

6. ATRIBUTOS DA NORMA JURÍDICA

As normas jurídicas ostentam quatro diferentes atributos: existência, vigência, validade e eficácia (Cap. 2, itens 4 a 7). São atributos relativamente independentes, no sentido de que a falta de um ou mais deles não implica, necessariamente, a de outro.

A existência da norma jurídica é atributo relacionado à regular conclusão dos procedimentos e formalidades de sua criação. É no próprio ordenamento jurídico que se encontram tais procedimentos e formalidades, que são os pressupostos jurídicos de sua elaboração. Para que exista norma jurídica é necessário observá-los. Uma resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) só passa a existir, por exemplo, depois que o texto dos dispositivos correspondentes é aprovado pela maioria dos membros daquele órgão (reunidos em atenção à convocação feita com determinados requisitos) e é, em seguida, objeto de publicação pela imprensa nacional a cargo do Banco Central. Enquanto não cumpridos esses procedimentos e formalidades, a resolução em foco não existe. Note-se que, antes da reunião do CMN, os setores técnicos do governo preparam um rascunho ou minuta da resolução, cujo nome técnico é “projeto”. É possível, também, que o projeto receba as contribuições e objeções de todos os membros do CMN, ou de sua assessoria. Antes mesmo da reunião convocada para a discussão e aprovação formais da resolução, é provável que todos os membros do órgão já estejam de acordo com o texto; isso, porém, não basta para conferir existência à norma. Será indispensável a obediência aos pressupostos jurídicos de criação (previstos em leis, decretos ou outras resoluções) para que ela ostente tal atributo.

A norma jurídica pode ostentar quatro atributos relativamente independentes: existência, vigência, validade e eficácia.

A existência é o atributo ligado ao atendimento dos pressupostos jurídicos de criação da norma, como, por exemplo, a publicação na imprensa oficial. Quando atendidos tais pressupostos, a norma existe.

Uma vez cumpridos regularmente os procedimentos e formalidades estabelecidos para a criação de uma norma jurídica, pode-se dizer que ela existe. Variam os procedimentos e formalidades de norma para norma. Examinaram-se já, com vagar, os pertinentes aos da lei ordinária (Cap. 2, item 4). Qualquer que seja a norma, contudo, os pressupostos jurídicos de sua criação estabelecem, sempre, a formalidade da publicação na imprensa oficial (nacional, estadual ou municipal). Destina-se a garantir o conhecimento da norma por quem tenha interesse em fazê-lo.

O atributo da vigência está relacionado à exigibilidade do comando normativo. Quando a norma está em vigor, seus preceitos são exigíveis. Antes da vigência, ao contrário, não têm força ainda para se impor. Em outros termos, a norma em vigor é a que já se encontra *apta* a produzir os efeitos jurídicos que dela são esperados. Se vai realmente produzi-los ou não é questão ligada a atributo diverso (o da eficácia). A vigência, pois, é a aptidão para produzir efeitos.

Para entrar em vigor, a norma deve existir, necessariamente. Não há vigência sem existência. Entretanto, a norma jurídica pode existir e ainda não estar vigendo. O Código Civil, por exemplo, existe desde o dia 11 de janeiro de 2002, quando seu texto foi publicado no Diário Oficial da União. Não vigorou, porém, pelo prazo de um ano (art. 2.044). Somente em 12 de janeiro de 2003, isto é, no dia seguinte ao prazo de um ano após a publicação, começaram a vigorar as normas jurídicas nele abrigadas.

A vigência é o atributo relacionado à aptidão para produzir os efeitos esperados da norma jurídica. Quando a norma está apta a produzir efeitos, ela vigora; enquanto não tem aptidão, mesmo existente, ainda não entrou em vigor. Se ela irá mesmo produzir os efeitos que dela se esperam, é questão ligada a outro atributo, o da eficácia.

O tempo entre a publicação da norma jurídica e o início da vigência é referido

pela expressão *vacatio legis*. O objetivo desse intervalo é o de possibilitar que todos os sujeitos à nova norma possam estudá-la e se preparar adequadamente para o seu cumprimento. Na maioria das vezes, a norma jurídica entra em vigor na data de sua publicação. Dependendo, contudo, da complexidade que encerra, faz-se necessário postergar a vigência em dias, meses ou até mesmo anos. Sendo este o caso, a própria norma jurídica deve estabelecer o início de sua vigência (Cap. 2, item 5).

O terceiro atributo da norma jurídica é a validade. Diz respeito à sua conformação ao ordenamento jurídico a que pertence. Se o conteúdo de certa norma jurídica contraria o de outra norma hierarquicamente superior, a primeira é inválida. Atende aos pressupostos jurídicos de sua criação (*existe*) e está apta a produzir efeitos (*vigora*), mas não vale.

A validade da norma jurídica é atributo pertinente à sua compatibilização com as normas de hierarquia superior. A lei é inválida se tem conteúdo contrário ao da Constituição, por exemplo.

Em geral, a norma jurídica existente e em vigor é válida. Mas ela pode existir, ter vigência e não ser válida.

A validade da norma jurídica é questão a ser decidida pelo Poder Judiciário. Enquanto não for proferida decisão definitiva e de efeitos gerais que invalide determinada norma, não se deve considerá-la inválida. A norma jurídica de validade discutível é válida. Quem não se conforma em obedecê-la deve, na ação própria, pedir ao juiz que declare a sua invalidade. Se o juiz não acolher o pleito ou mesmo enquanto ele não se pronunciar, a desobediência à norma exporá o sujeito às sanções correspondentes. Ninguém pode, por sua própria iniciativa, desobedecer norma jurídica (existente e vigente) porque a considera inválida. De qualquer forma, se o Poder Judiciário concluir que a norma em questão não conflita com nenhuma outra de superior hierarquia, sua validade será — por assim dizer — confirmada.

O último dos atributos da norma jurídica é o da eficácia, ligado à sua aplicação. Eficaz é a norma que produz os efeitos dela esperados. Quando o direito penal tipificava o adultério como crime (até 2005), esperava-se, em primeiro lugar, que pessoas casadas não mantivessem relações sexuais fora do casamento; em segundo, que fossem punidos os adúlteros. Se esses efeitos não se verificavam, podia-se dizer que aquela norma era ineficaz; se se verificavam,

eficaz.

A eficácia é atributo independente da vigência e da validade.

Em geral, a norma vigente é eficaz. As pessoas que a descumprem são punidas, de acordo com as sanções civis, penais ou administrativas cabíveis. Se a norma de direito do trânsito obriga todos os passageiros do automóvel a usarem o cinto de segurança, ela será tanto mais eficaz quanto mais multados forem os que a descumprirem. Mas a norma jurídica pode viger, isto é, estar apta a produzir os efeitos dela esperados e, por várias razões, não os produzir. Ela é vigente e ineficaz. Geralmente, isso se verifica quando a norma é dissociada da realidade que se pretende regular. Se o governo resolve tabelar o preço de determinado bem de consumo e segue-se o desabastecimento, só quem se dispuser a pagar preço superior ao tabelado encontrará quem lhe venda o produto com qualidade. Nesse caso, a norma de tabelamento dos preços vigora, mas não tem eficácia. Não há, assim, imediata correlação entre vigência e eficácia.

Igual independência apresenta a eficácia diante da validade. Se a norma jurídica contraria o disposto em norma de maior hierarquia e, mesmo assim, é observada, ela é inválida e eficaz. Se respeita as normas de maior hierarquia, mas não é obedecida, será válida e ineficaz. Se confronta com a norma superior e não produz seus efeitos, ostenta os atributos da invalidade e da ineficácia. Finalmente, se é compatível com as demais normas do ordenamento e os efeitos que dela se esperam são alcançados, a norma jurídica é válida e eficaz.

A eficácia da norma jurídica diz respeito à produção dos efeitos dela esperados. Ineficaz é a norma jurídica que, embora dotada de aptidão para tanto (isto é, vigente), não alcança os efeitos pretendidos pela autoridade que a editou.

Validade e eficácia não são interdependentes. A norma com validade pode ser eficaz ou ineficaz, assim como a norma com eficácia pode ser válida ou inválida.

Note-se que a eficácia comporta graduações. Uma norma jurídica pode ser parcialmente eficaz, no sentido de que produz seus efeitos em algumas regiões do País e não em outras; ou é obedecida e aplicada por pessoas de determinado padrão cultural, e não por outras etc. Desse modo, quando o direito do trabalho obriga que os empregadores registrem os seus empregados, o objetivo é assegurar os direitos destes últimos, bem assim o recolhimento regular das contribuições para o Seguro Social (INSS). Quando o empregador registra seus

empregados, tais efeitos se verificam; quando não registra, dá-se o inverso. Como, no Brasil, parte dos empregadores obedecem a esta regra (as grandes empresas, bancos etc.) e parte, não (os agentes da economia "informal"), pode-se dizer que aquela norma do direito do trabalho é parcialmente eficaz.

7. NORMAS COGENTES E NORMAS SUPLETIVAS

Para o direito privado (particularmente o civil), é importante distinguir as normas jurídicas *cogentes* e as *supletivas*. As primeiras (também chamadas de *normas de ordem pública*) são as normas cuja aplicação não pode ser afastada pela vontade dos sujeitos de direito. Trata-se de preceitos que atendem a interesses que transcendem os das pessoas diretamente envolvidas ou que pressupõem ser grandemente arriscado deixar apenas ao arbítrio do próprio sujeito a administração de alguns de seus interesses.

Ao proibir o casamento de pessoas casadas, o art. 1.521, VI, do CC tutela interesse da sociedade brasileira em ver preservado determinado valor moral e cultural expresso na monogamia como base das relações matrimoniais. É norma cogente. Assim, mesmo que três ou mais pessoas queiram, de forma consciente e inequívoca, constituir uma relação poligâmica, não poderão todas elas se casar. Ou, por outra via, ainda que nenhum deles se sinta prejudicado pela poligamia, não poderão, pelo direito brasileiro, estabelecer múltiplos vínculos matrimoniais. Não se encontra em questão, aqui, apenas a tutela dos interesses individuais dos sujeitos diretamente envolvidos, mas os da sociedade brasileira quanto à preservação de um de seus tradicionais valores.

Aqui a norma cogente restringe os efeitos jurídicos da vontade das pessoas em defesa da sociedade.

Quando, por outro lado, o art. 1.707 do CC estipula que o credor dos alimentos não pode renunciar ao seu direito, estabelece também uma norma cogente. Considera-se que ninguém é suficientemente senhor do próprio destino a ponto de poder decidir sobre o assunto. Se, hoje, o credor dos alimentos se encontra em situação econômica e patrimonial que lhe permite viver sem apertos, pode ocorrer de, no futuro, deparar com graves dificuldades até mesmo para sobreviver. A lei pressupõe que deixar a administração desse interesse ("futura necessidade de ser alimentado") simplesmente à vontade do sujeito não é a melhor solução jurídica para o caso. Desse modo, se alguém manifesta — oralmente ou por escrito — a vontade de renunciar ao direito aos alimentos, esse

ato, por mais inequívoco que seja, não produz efeito nenhum; quer dizer, em precisando futuramente de alimentos, essa pessoa poderá reclamá-los e o devedor não poderá furtar-se à obrigação com fundamento naquela pretensa renúncia.

Em casos tais, a norma cogente restringe os efeitos jurídicos da vontade de uma pessoa com o objetivo de protegê-la.

Desse modo, se os interesses objeto de tutela transcendem os dos sujeitos diretamente envolvidos ou se a administração do interesse pelo próprio interessado é considerada arriscada demais, a vontade das partes não tem o efeito de evitar a aplicação da norma. É esta, nesses casos, cogente.

As normas *supletivas* são as que podem deixar de ser aplicadas por vontade das partes diretamente envolvidas. Destinam-se, como sua designação sugere, a suprir a vontade dos sujeitos de direito. São muito comuns na disciplina dos contratos. Considera-se, nesse caso, que nenhum valor social está em risco e as partes têm plenas condições de administrar os respectivos interesses. Assim, a norma jurídica deve cuidar apenas dos aspectos a respeito dos quais, por desatenção ou intencionalmente, não houve manifestação de vontade. Veja-se o art. 132 do CC, que preceitua a regra sobre contagem dos prazos e exclui da contagem o primeiro dia. Ela é expressa no sentido de que não se aplica a regra de exclusão se houver "disposição convencional" (isto é, cláusula do contrato) em contrário. Assim, se os contratantes limitam-se a estabelecer que determinada obrigação deverá ser cumprida em trinta dias a contar da data do contrato, incide a regra do art. 132 do CC, e se exclui do cômputo o primeiro dia. Mas os contratantes podem chegar a acordo no sentido de que a contagem será feita por critério diverso, que compute o primeiro dia no prazo contratado. Se assim fizerem, não se aplica o dispositivo legal. Trata-se, então, de norma supletiva.

As normas jurídicas são classificadas em supletivas *ou* cogentes.

As normas supletivas, por seu próprio conteúdo ou combinadas com o princípio da autonomia da vontade, não são aplicadas se os sujeitos interessados pactuarem em sentido contrário. Sua aplicação é sempre subsidiária à vontade das partes do negócio jurídico. Apenas não tendo havido manifestação destas, aplica-se a norma jurídica de natureza supletiva.

Já as normas cogentes (ou de ordem pública) são aquelas cuja aplicação não pode ser afastada por mera vontade dos sujeitos de direito envolvidos.

Outros exemplos de normas supletivas podem ser encontrados nos arts. 233, 287, 296, 327, 354, 450, 485, 490, 502, 533, I, 551, 552, 566, I, 578, 619, 631, 698, 704, 711, 713, 714, 728, 770, 812, 917, 989, 1.331, § 5º, 1.334, § 2º, 1.348, § 2º, 1.352, parágrafo único, 1.392, 1.411, 1.421, 1.427, 1.488, § 2º, e 1.507, § 2º, do CC. Em todos eles (e em muitos outros), a própria norma é expressa no sentido de que ela se aplica *exceto* se os sujeitos de direito estabeleceram diversamente. Nessas hipóteses, em que a natureza supletiva da norma jurídica decorre de expressa menção no dispositivo correspondente, não costuma gerar controvérsia a sua aplicação *subsidiária* ao contrato (isto é, apenas nos aspectos que o instrumento contratual não disciplina). Mas há normas supletivas em que a aplicação subsidiária não é expressa, mas deriva da articulação do dispositivo correspondente com o princípio da autonomia da vontade.

8. ONDE ESTÃO AS NORMAS JURÍDICAS?

As normas jurídicas estão na memória de algumas pessoas.

Considero essa questão muito importante. A norma jurídica não se encontra no papel impresso em que foi publicada, nem em qualquer outro lugar *fora* da mente de algumas pessoas.

Costuma-se entender o ordenamento jurídico (e as normas que o integram) como dotado de existência separada das ideias que sobre ele (e elas) fazem os estudiosos do direito. Afirma-se que o ordenamento é resultado da *vontade* das pessoas investidas de autoridade para editar normas (constituintes, legisladores, administradores com competência normativa etc.), vontade esta que atende a determinados pressupostos formais (aprovação solene, publicação etc.) e é *descrita* pela doutrina por meio de enunciados científicos. O ordenamento, por essa concepção, seria algo diferente do conjunto de lições doutrinárias esclarecedoras do conteúdo das normas nele existente. Esta é a concepção dos seguidores de Kelsen, entre outros.

Contudo, a separação entre o ordenamento jurídico, de um lado, e a interpretação que a doutrina faz das normas jurídicas, de outro, é falsa. O que existe é a apropriação mental, por algumas pessoas, das normas jurídicas em vigor. Quer dizer, nem todos conhecem o direito, mas apenas certos homens e mulheres que o estudam, com ou sem método, ao longo de vários anos. Proponho designá-los pela expressão “comunidade jurídica”, um difuso conjunto de pessoas cujo trabalho ou função são ligados à superação dos conflitos de interesses em sociedade. Em razão das profissões ou funções que exercem os

membros da comunidade jurídica (professores de direito, advogados, juízes, peritos judiciais etc.), são eles que definem (ou ajudam a definir) o significado das normas, bem como sua existência, vigência, validade e reconhecimento do grau de eficácia.

As normas jurídicas estão, pois, na memória dos membros da comunidade jurídica.

Se os doutrinadores consideram que uma norma tem determinado conteúdo, mesmo que a autoridade responsável por sua edição tivesse tido a vontade de lhe conferir conteúdo diverso, acabará, pelo funcionamento do sistema jurídico (isto é, do sistema de solução de conflitos de interesses desenvolvido pelas sociedades democráticas do nosso tempo), prevalecendo o entendimento doutrinário. Os estudantes se formarão lendo os livros escritos pelos doutrinadores e, quando forem exercer a profissão de advogado, promotor de justiça ou juiz, farão uso dos ensinamentos aprendidos. A vontade daquela autoridade perder-se-á nas brumas do tempo. Restará apenas a forma como os membros da comunidade jurídica (ou os seus integrantes especializados na área ou a maioria destes) entendem e aplicam a norma. No final, os conflitos de interesses serão normalmente resolvidos a partir da norma jurídica, de acordo com o significado que lhe é atribuído pela comunidade jurídica.

As normas jurídicas encontram-se na memória de algumas pessoas, que são homens e mulheres com profissão ou função ligada ao funcionamento do direito. Eles compõem a comunidade jurídica.

Se os membros da comunidade jurídica especializados em determinada área (ou a maioria deles) passam a compartilhar de um mesmo entendimento sobre o significado de certa norma jurídica, este prevalecerá, ainda que não coincida com o significado imediato do texto dos dispositivos em que se assenta.

Também a existência, vigência, validade e eficácia da norma jurídica resultam de entendimento predominante sobre esses atributos entre os especialistas da área que integram a comunidade jurídica.

Não existe norma jurídica fora da memória dessas pessoas.

Não existindo ordenamento jurídico fora da memória de membros da comunidade jurídica e tendo as normas o conteúdo que lhes emprestam esses membros, conclui-se que a norma pode *mudar de significado* em decorrência de processos (retóricos) de disseminação de convencimento. Se os membros da comunidade jurídica especializados na área pertinente alterarem seu entendimento sobre determinada norma jurídica, o seu conteúdo se altera, já que

ela não existe senão na memória daquelas pessoas.

Isto não quer dizer, porém, que a norma jurídica não tenha conteúdo nenhum ou, melhor, que pode comportar *qualquer* conteúdo. Há balizas que nem o maior esforço argumentativo consegue ultrapassar. Tais balizas são erguidas pelos valores (ideologia) e conceitos incorporados pelos membros da comunidade jurídica.

Argumentar contra o entendimento imediato da norma, largamente aceito pela comunidade jurídica, é tarefa árdua, plena de obstáculos e desafios. Vencidos uns e outros, porém, podem-se convencer algumas outras pessoas da comunidade jurídica a partilhar do novo entendimento proposto; pode-se, até mesmo, conquistar a opinião da maioria dos especialistas da área pertinente. Dependendo do número ou da qualificação dos que passam a adotar o argumento, chega mesmo a se modificar o conteúdo da norma. Se essa difusão, entretanto, não se verifica, a tendência é a comunidade jurídica considerar aquele argumento um equívoco na intelecção da norma.

9. FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

O direito, como visto, é um complexo sistema de superação de conflitos de interesses manifestados em sociedade. É o sistema criado por meio de um longo processo histórico e aperfeiçoado pelas sociedades democráticas consolidadas no século XX. No funcionamento desse sistema, a norma jurídica é a principal referência. O advogado decidirá por certas estratégias na defesa das pretensões de seu cliente, em função da norma ou normas aplicáveis ao caso. Os advogados, no processo judicial, sempre que se discutirem questões “de direito”, afirmarão categoricamente que a norma jurídica ampara o interesse de seu cliente e não o da parte adversa. O juiz sempre argumentará no sentido de que está aplicando a norma. Nos livros de doutrina encontrar-se-ão lições que procuram fixar o adequado significado de normas em vigor. Em suma, o centro das atenções, em qualquer argumento jurídico, é sempre a norma (existente, vigente, válida, eficaz e aplicável).

Contudo, para que possa cumprir satisfatoriamente sua função de superar os conflitos de interesses manifestados em sociedade, a partir da norma jurídica, o direito necessita *flexibilizá-la*. A rigidez na atribuição de conteúdo às normas impede a concretização de valores quando a organização social apresenta crescente complexidade.

As normas jurídicas devem ser flexíveis, para que possam, numa sociedade democrática complexa como a brasileira do nosso tempo, cumprir sua função de nortear a superação dos conflitos de interesses.

Por isso, a tecnologia jurídica desenvolve e a comunidade jurídica opera diversos padrões argumentativos que flexibilizam o conteúdo das normas jurídicas, sem comprometer sua condição de principal referência do direito. Duas interpretações diversas sobre a mesma norma convivem, sem dificuldades, no interior do discurso jurídico. A inexistência de norma específica sobre determinada conduta pode significar que ela é *permitida* (já que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, diz o art. 5º, II, da CF) ou, ao contrário, que ela é *proibida* ou *obrigatória* (já que se trata de lacuna a ser preenchida pela aplicação de norma análoga, costumes ou princípios gerais de direito, como preceitua o art. 4º da LINDB). São exemplos de padrões argumentativos que possibilitam manusear o significado das normas jurídicas segundo as conveniências ditadas pelos valores a se prestigiarem na superação de conflitos de interesses. Muitos outros padrões existem, todos eles tendo por objetivo, ao mesmo tempo, preservar a norma como principal referência do direito e dotar-lhe de flexibilidade suficiente para nortear a superação dos conflitos de interesses.

A norma jurídica, mais que flexível, é flexibilizável.

Capítulo 4

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI

1. INTRODUÇÃO

A simples leitura do dispositivo em que se expressa a norma jurídica não é, *por vezes*, suficiente para possibilitar a compreensão exata do seu sentido e alcance. Em primeiro lugar, porque não raramente se depara com expressões técnicas, que apenas a satisfatória formação profissional possibilita conhecer. Termos como “prescrição”, “condição”, “comoriente”, “solidariedade” e tantos outros possuem, ao lado de seu significado corrente, uma ou mais definições técnicas, que, via de regra, apenas os profissionais do direito dominam com familiaridade.

Além disso, nem sempre a norma jurídica se abriga num único dispositivo, sendo necessário articular o sentido deste com o de outro ou outros para a adequada delimitação do alcance do comando. Quem lê, isoladamente, o art. 174 do CC não consegue extrair todo o sentido da norma jurídica. Nele, a lei dispôs que “é escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor...”. Ora, isolado de outros dispositivos, esse artigo sugeriria que todo e qualquer negócio ainda não cumprido pelo devedor precisaria ser objeto de confirmação expressa, o que não é correto. Prestando-se atenção, agora, ao disposto no art. 172 desse mesmo Código, aclara-se o comando. Neste último, estabeleceu a lei que “o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes...”. Articulando-se os dois dispositivos, chega-se à norma jurídica: *o cumprimento, ainda que parcial, pelo devedor de um negócio jurídico anulável equivale à confirmação expressa deste*.

Por fim, como é resultado de obra humana, a norma jurídica nem sempre está perfeitamente escrita; quer dizer, há normas que não se expressam por dispositivo ou dispositivos claros e de boa redação. É mais comum do que seria desejável, no Brasil, a aprovação de leis e outras normas jurídicas mal redigidas. Se a imprecisão linguística e mesmo a falta de estilo não chegam a confundir ou a comprometer a intelecção da norma, não há nenhum problema para o direito:

lamenta-se o empobrecimento do português e aplica-se a regra. Quando, porém, obscurecer o sentido que a autoridade pretendia externar, gerando ambiguidades ou falta de sentido, a norma só poderá ser adequadamente aplicada após a precisão de seu conteúdo pela doutrina ou jurisprudência.

Nesses casos — aclaramento dos termos empregados, articulação de dois ou mais dispositivos ou eliminação de obscuridades ou falta de sentido — e em alguns outros, a simples leitura do texto normativo nem sempre é suficiente para compreender a norma e, se for o caso, aplicá-la eficientemente na superação de conflitos sociais. Para essas situações, desenvolveu a tecnologia jurídica certas técnicas argumentativas, cuja utilização costuma ser expressa pela ideia de que *a norma está sendo interpretada*. Trata-se de processo de extrema complexidade e fundamental importância para a conveniente superação dos conflitos de interesses.

Quando a simples leitura do dispositivo ou dispositivos por que a norma se expressa é insuficiente para sua exata compreensão ou eficiente aplicação na superação de conflitos de interesses, ela deve e costuma ser interpretada.

A interpretação é conceituada, nos manuais, como o processo de definição do sentido e alcance das normas jurídicas (cf., por todos, Diniz, 1983:381). Na verdade, porém, o processo da interpretação não é tão simples assim, podendo, em certos casos, servir como processo de *mudança* do sentido e alcance das normas. Antes de enfrentar essa questão, porém, devem-se examinar os métodos (item 2) e tipos (item 3) de interpretação.

2. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Ao indicar o significado de uma norma jurídica, por vezes não basta ao tecnólogo ou profissional do direito simplesmente afirmar que *a sua leitura* do dispositivo correspondente desperta-lhe o sentido indicado. Em especial se o significado em questão não é largamente difundido na comunidade jurídica, tal afirmação será ineficiente, desprovida de qualquer força de convencimento. Nesses casos, é necessário, para que consiga convencer seu interlocutor a partilhar da mesma interpretação, que o tecnólogo ou o profissional se valha de argumentos aceitos pela comunidade jurídica sobre a melhor maneira de se

delimitar o sentido e alcance das normas. Esses argumentos são conhecidos como os métodos (ou processos) de interpretação.

A hermenêutica é o campo da tecnologia jurídica dedicado ao estudo dos métodos de interpretação. Nela encontram-se regras e procedimentos que municiam o intérprete dos instrumentos hábeis à sustentação de argumentos destinados a atribuir certo significado à norma interpretanda. A exegese (interpretação) da norma deve ser feita com observância desses métodos, para que o argumento construído em função dela seja capaz de sustentar a conclusão alcançada.

Os principais métodos de interpretação são o gramatical, lógico, sistemático, teleológico e histórico. Ressalto, a propósito, que a doutrina diverge sobre as designações e delimitações dos métodos, adotando cada autor posições particulares nessa matéria. Há, por exemplo, os que admitem mais um método de interpretação, o *sociológico*. Trata-se, porém, de mera variação de nomenclatura, visto que chamam de sociológico o que, abaixo, será apresentado como um dos aspectos do método teleológico (cf. Ráo, 1977, I.III: 477; Carreiro, 1976:242/251).

2.1. Gramatical

O gramatical (também chamado *filológico*) é o mais elementar dos métodos de interpretação. Consiste no exame das palavras empregadas pela norma interpretanda, com o objetivo de delimitar-lhe o sentido. Se a norma estabelece, por exemplo, que determinada providência pode ser requerida ao juiz pelo credor *ou* devedor, a interpretação gramatical indicará se a alternativa é inclusiva ou exclusiva. Em outros termos, se a conjunção *ou* foi empregada em sentido inclusivo, a providência poderá ser requerida tanto pelo credor como pelo devedor, em conjunto ou separadamente; mas se foi utilizada em sentido exclusivo, se um deles já requereu a providência, o outro não mais poderá fazê-lo.

No emprego do método gramatical, deve-ser atentar para as regras gramaticais da língua utilizada na redação da norma (no Brasil, sempre o português), quando relevantes para a precisão do sentido desta. O art. 1.521, III, do CC prescreve que “não podem casar o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante”. As regras gramaticais permitem identificar que o pronome substantivo *o* faz as vezes, no fim da frase, de *cônjuge*. Assim, interpreta-se a norma afirmando a vedação do casamento do adotado com quem foi cônjuge do adotante.

Pela interpretação gramatical, a mais elementar, o intérprete sustenta o sentido da norma interpretanda a partir do exame de seus vocábulos, com vistas a precisar-lhe o significado e, quando necessário, a categoria morfológica ou função sintática.

Determinadas regras de hermenêutica estão relacionadas com o método gramatical. Por exemplo: *a*) se uma palavra constante da norma interpretanda possui significado comum diverso do técnico, deve-se privilegiar este último, no pressuposto de que a autoridade o conhece e o emprega assim; *b*) se possui apenas significado comum, não convém obscurecê-lo ou restringi-lo com tecnicalidades, presumindo-se que a autoridade a empregou em seu sentido corriqueiro; *c*) se a parte final do dispositivo liga-se à imediatamente anterior e pode ligar-se também à inicial, deve-se considerar que ela se liga também a esta; *d*) não há, nas normas, palavras supérfluas ou inúteis.

O método gramatical é tão elementar que se confunde normalmente com a apreensão do sentido imediato da norma. Há quem o considere insuficiente à conclusão do labor exegético, dizendo que seus resultados sempre precisam ser confirmados por outro método de interpretação (Maximiliano, 1924:122). Alguns doutrinadores, por outro lado — e, a meu ver, com razão —, não o consideram propriamente um método hermenêutico, mas mero procedimento de delimitação do problema a ser resolvido pela interpretação (Ferraz Jr., 1988:287).

2.2. Lógico

A lógica é um saber que ajuda a organização e expressão das ideias. Trata-se de um conjunto de princípios e regras que, rigorosamente observados, assegura a *veracidade* da conclusão de um raciocínio, desde que as premissas sejam também *verdadeiras*. Por exemplo, num raciocínio lógico, os termos devem ser sempre utilizados com igual significado. Se o raciocínio opera com a mesma palavra para duas referências semânticas diversas, ele desobedece a uma regra da lógica. Por exemplo, a palavra “prescrição” tem dois sentidos técnicos diferentes: pode significar a perda do direito à pretensão pelo decurso do prazo para sua proposição (“a prescrição verificou-se um dia antes do ajuizamento da ação”) ou o conteúdo da norma jurídica (“a prescrição da lei não autoriza aquele

entendimento"). Assim, se no mesmo raciocínio usa-se ora de um, ora de outro significado, sem os explicitar de modo claro, incorre-se em erro lógico. A ambiguidade do termo compromete a logicidade do raciocínio.

O método lógico emprega os preceitos da lógica na identificação de incongruências nos dispositivos normativos. Se a norma usa a mesma expressão para designar objetos diferentes, a denúncia dessa impropriedade se faz pelo método lógico de interpretação.

O emprego do método lógico revela as incongruências nas normas jurídicas, isto é, imprecisões nos enunciados normativos que obstam um raciocínio rigorosamente lógico acerca de seu significado. A ambiguidade no uso das expressões é exemplo desse tipo de imprecisão que o método lógico está apto a desnudar.

O alcance desse método é, na verdade, bem limitado. Ele serve, basicamente, para apontar incongruências da norma (à luz dos rigorosos postulados da lógica). Não vai além; quer dizer, não as soluciona indicando o significado que lhe caberia atribuir após o descarte da imprecisão. Por isso, também é posta em questão sua natureza de método exegético (Ferraz Jr., 1988:288). É, a rigor, tal como o gramatical, apenas um procedimento de identificação do problema a resolver via interpretação.

2.3. Sistemático

O emprego do método sistemático de interpretação pressupõe o ordenamento jurídico como um conjunto *logicamente organizado*, em sua origem ou, pelo menos, em sua descrição pelos estudiosos do direito. Esse pressuposto não corresponde (não pode corresponder) à realidade. As normas jurídicas que compõem o ordenamento são editadas por autoridades as mais diversas, inclusive em momentos históricos distantes e substancialmente distintos. Imaginar que a atuação, isolada ou conjunta, desses homens resultaria sempre textos não só harmoniosos mas estruturados com estrita observância do rigor dos preceitos lógicos é desconhecer características evidentes da natureza humana, como, por exemplo, a falibilidade.

Para alguns juristas mais percucientes, como Kelsen, a logicidade do direito não se manifesta em sua origem. As normas, ao serem editadas pelas autoridades, não se inter-relacionam necessariamente de forma lógica. Os

“cientistas” do direito, porém, têm a incumbência de as sistematizar logicamente (Coelho, 1995:54/56). Mas essa maneira de entender o assunto também não corresponde à realidade. Os doutrinadores adotam diferentes visões do direito e de seu conhecimento e frequentemente discordam sobre vários aspectos das normas que estudam. O conjunto de proposições materializado na doutrina também não ostenta inter-relacionamentos lógicos. Mesmo se considerada a obra de um único autor jurídico, provavelmente não se encontrará nela o resultado de um trabalho rigorosamente lógico.

Para que o ordenamento jurídico pudesse ser considerado um conjunto lógico de normas, seria necessário, pelo menos, que não possuísse lacunas nem antinomias. Somente assim restariam rigorosamente atendidos dois dos basilares princípios da lógica clássica: terceiro excluído e não contradição (aprofundo o exame do assunto em Coelho, 1992). Pressupor, portanto, como sendo um sistema lógico o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado tempo e lugar é falso.

O emprego do método sistemático tem por pressuposto um ordenamento dotado de logicidade interna. Aceita a premissa, segue-se que as normas devem ser interpretadas sempre em consonância com as demais integrantes do mesmo ordenamento. O método sistemático, assim, recomenda a articulação das normas jurídicas entre si e com os princípios do direito como a forma de encontrar seu significado.

Contudo, essa pressuposição não pode deixar de ser feita, a despeito de sua falsidade, quando empregado o método sistemático de interpretação. Isso porque ele recomenda interpretar a norma em consonância com as demais do mesmo ordenamento, tomando-as como resultado de um trabalho harmonioso de organização da sociedade. O intérprete, ao se valer do método sistemático, articula a norma interpretanda com as outras normas e princípios do ordenamento a que pertence e procura extrair, dessa articulação, o seu significado.

Veja, por exemplo, o art. 1.061 do CC: “A designação de administradores não sócios dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização”. A hipótese contemplada na parte final do dispositivo diz respeito à designação de administrador que não é sócio, quando já integralizado totalmente o capital da sociedade; nessa hipótese, ela depende de aprovação de

2/3 dos sócios, no mínimo. Pois bem, como se calcula esse índice, levando-se em conta o número de sócios ou o percentual da contribuição de cada um deles? Imagine que a sociedade é constituída por três sócios, sendo que um deles (o majoritário) contribuiu com 70% do capital e os outros dois (os minoritários) com 15% cada. Se os 2/3 a que se refere a lei diz respeito apenas ao número de sócios, e desconsidera a contribuição de cada um para a formação da sociedade, os sócios minoritários podem designar um administrador não aprovado pelo majoritário. Mas se os 2/3 daquele dispositivo legal é uma referência à proporção da contribuição de cada sócio, inverte-se a situação: o majoritário pode escolher administrador com o qual não concordam os minoritários. Como resolver essa questão? Socorrendo-se das outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, com as quais o art. 1.061 do CC possa ser articulada. Veja, então, o art. 1.010 do CC: "quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um". De acordo com esse preceito, quem contribuiu com mais recursos para a formação da sociedade (isto é, titulariza mais quotas) tem maior participação nas deliberações sociais. Interpretando-se os dois dispositivos em questão como integrantes de um conjunto sistemático de preceitos, deve-se concluir que o cômputo dos 2/3 exigidos para a designação de administrador não sócio depende da participação proporcional de cada sócio no capital; quer dizer, o sócio majoritário do exemplo acima pode designar sozinho o administrador não sócio, mesmo sem a anuência dos minoritários.

Não basta a articulação entre dispositivos esparsos para se configurar a interpretação sistemática. É necessário ainda que a articulação esclareça o significado das normas jurídicas inter-relacionadas. Quando leio no art. 145 do CC que o negócio jurídico é "anulável por dolo, se for este a sua causa", e, no art. 171 do Código, que "além dos casos expressamente declarados na lei" também são anuláveis os negócios jurídicos nele listados, posso facilmente estabelecer uma relação entre os dois dispositivos: ambos tratam de negócios jurídicos anuláveis. Se o estudioso está reunindo todas as hipóteses de anulabilidade de negócios jurídicos, para examiná-las em conjunto, será útil pôr em sintonia tais dispositivos. Essa concatenação, porém, não expressa o emprego do método sistemático de interpretação, já que não se alcança, por meio dela, a definição do sentido de uma ou de outra norma jurídica.

A mera concatenação de dispositivos normativos não implica, necessariamente, a adoção do método sistemático. Para tanto, deve a concatenação conduzir o intérprete para o significado da norma.

Mesmo partindo de pressuposto falso, o método sistemático é importante recurso argumentativo na interpretação das normas jurídicas. Isso porque o menor esforço que se faça no sentido de harmonizar as normas vigentes contribui para o aperfeiçoamento da ordem positiva e segurança nas relações sociais. Se o ordenamento jurídico como um todo não será nunca um sistema lógico, isento de contradições e lacunas, isso não significa que pelo menos as normas *sistematizáveis* por meio desse método não o devam ser. Se *parte* do ordenamento puder ser editada ou descrita como conjunto harmonioso de preceitos normativos, isso certamente será proveitoso.

Os doutrinadores costumam distinguir, como fiz aqui, entre o método *lógico* e o *sistemático* (Ráo, 1977, I.III:469/471; Maximiliano, 1924:123/130), mas a separação por vezes é questionada (Reale, 1973:275). Há, assim, quem admita como método de interpretação apenas o *lógico-sistemático*, uma fusão dos dois processos: identifica-se a incongruência do ponto de vista lógico, e busca-se sua superação pela sistematização das normas.

2.4. Teleológico

O método teleológico de interpretação das normas jurídicas busca fixar o significado destas a partir dos *objetivos* pretendidos com a sua edição. Pressupõe o seu emprego que a produção normativa não é um fim em si mesmo, mas, pelo contrário, busca produzir determinados efeitos nas relações entre as pessoas, estimulando ou garantindo o cumprimento das obrigações, premiando o respeito aos interesses legítimos dos outros, organizando, enfim, a convivência entre os membros da sociedade. Se as normas destinam-se a produzir certos objetivos, sua interpretação deve ser feita de tal modo que tais efeitos (e não outros) se realizem.

Abriga-se esse método no direito positivo brasileiro: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (LINDB, art. 5º). Aparentemente, em vista de sua positivação, o método teleológico deveria ser o mais fácil de utilizar. Não é bem assim, porém. O significado de expressões como “fins sociais” ou “exigências do bem comum” é controvertido, embora todos possam intuí-lo ou mesmo senti-lo.

Para examinar o emprego desse método, e suas dificuldades, colho um exemplo no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nele encontram-se disciplinados os cadastros de pessoas inadimplentes que o comércio costuma organizar para que os empresários decidam se devem ou não conceder crédito a determinado consumidor (SERASA, SPC etc.). Normalmente, a pessoa cadastrada nesses bancos de dados não consegue obter crédito para a compra de bens ou serviços, porque o empresário avalia como sendo maior o risco, nesse caso, de não receber o pagamento.

Pois bem, no art. 43, § 3º, do CDC é assegurado ao consumidor o direito de exigir a correção de dados incorretos que eventualmente se encontrem nesses cadastros. Se o valor da dívida cadastrada é superior à efetivamente devida, o consumidor pode exigir que o responsável pelo banco de dados corrija a informação. Mas, e se o consumidor está discutindo, em juízo, o valor da dívida? Nada dispõe a respeito o Código de Defesa do Consumidor. Nesse caso, porém, alguns juízes já consideraram inadmissível a inclusão do nome do consumidor devedor nos cadastros de restrição ao crédito enquanto não se decide judicialmente quem tem razão, ele ou o fornecedor credor. Esses juízes interpretam o dispositivo legal com o uso do método teleológico. Se a finalidade da lei, ao disciplinar os cadastros restritivos de crédito, foi proteger o consumidor, então ele tem direito de exigir não só a correção de falsas informações como também a suspensão do cadastramento de dívidas objeto de discussão judicial.

Pelo método teleológico, interpreta-se a lei tendo em vista os objetivos que nortearam sua edição. As normas do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, devem ser teleologicamente interpretadas como preceitos destinados à proteção dos consumidores em suas relações com os fornecedores.

Não é sempre fácil e consensual a identificação das finalidades pretendidas pela autoridade ou autoridades que editaram a norma interpretanda. É evidente que o objetivo do Código de Defesa do Consumidor é proteger os consumidores, mas a finalidade de outras normas nem sempre se revela óbvia. Os fins da norma jurídica, note-se, são afirmados pelo intérprete a partir de valores partilhados pela sociedade. Ninguém crê que, na democracia do nosso tempo, uma lei seja feita com a finalidade de garantir um privilégio do mais forte em detrimento do

mais fraco. Também ninguém afirmará que o objetivo de certa lei é levar ao desamparo crianças ou idosos. Tais assertivas esbarrariam frontalmente com os valores difundidos entre nós e, por essa razão, não poderiam nunca ser aceitas como delimitadoras das finalidades das leis interpretandas. São os valores cultivados pela sociedade que, incorporados e reproduzidos pelos membros da comunidade jurídica, nortearão a identificação dos fins da norma. A natureza e extensão desses valores, porém, não é assunto acerca do qual todos se ponham facilmente de acordo, daí a dificuldade que cerca o emprego do método teleológico.

Uma regra de hermenêutica ligada ao método teleológico afirma que a interpretação da norma não pode conduzir o intérprete a resultados absurdos. A autoridade editora da norma, presume-se, não poderia ter pretendido como efeito de sua aplicação algo impossível — material, moral ou juridicamente falando. Retomo o exemplo do art. 1.061 do CC. A interpretação de que o índice de 2/3 deveria ser computado pelo número de sócios, desconsiderando-se o percentual da contribuição de cada um, deve ser afastada porque levaria a situações absurdas em determinadas hipóteses. De fato, se a sociedade é integrada por apenas dois sócios ou por número de sócios não múltiplo de 3, não haveria como calcular o índice, já que o resultado levaria à absurda situação de *fração* de sócio.

2.5. Histórico

O método histórico de interpretação consiste na identificação das circunstâncias em que a norma interpretanda foi editada, com vistas a identificar a vontade da autoridade ou autoridades que a editaram (*occasio legis*). Esse método recomenda, em outras palavras, a pesquisa da intenção do editor da norma. Pressupõe que ela deva ser interpretada de modo a reproduzir a vontade da pessoa (ou pessoas) com competência para baixá-la, garantindo-se, dessa forma, efetividade e respeito a tal competência.

O método histórico procura desvendar, na interpretação da lei, a intenção do legislador. Parte do pressuposto de que a lei deve ser aplicada tal como pretendido pela autoridade que a editou. Esse método objetiva garantir estrita observância à divisão de competência entre legisladores e juízes.

É relevante, para emprego do método histórico na interpretação de uma lei, o exame de registros do procedimento legislativo e outros elementos relacionados à sua discussão nas Casas do Congresso. As atas das reuniões das comissões por que tramitara o projeto de lei, as emendas rejeitadas, os dispositivos vetados ou as razões de vetos derrubados e, até mesmo, notícias de jornais da época são úteis à identificação das intenções do legislador. De fato, se um dispositivo é vetado e o Congresso não derruba o veto, ter conhecimento de seu conteúdo revela o que o legislador *não* quis aprovar. Já se o veto é derrubado, as razões que o haviam justificado também ajudam a compreender a intenção do legislador na oportunidade (isto é, a oposta à do veto).

Algumas leis são antecedidas de uma exposição de motivos, normalmente preparada pelo autor do projeto ou do anteprojeto, com a indicação dos principais aspectos da disciplina que se pretende introduzir. Na exposição de motivos encontram-se referências úteis à contextualização da iniciativa, mas é necessário sempre verificar se o projeto originário (a que se refere a exposição) não sofreu modificações relevantes durante sua tramitação no Legislativo.

2.6. Conclusão: há uma interpretação verdadeira?

É comum a doutrina ou a teoria geral do direito se perguntarem qual seria o *melhor* método de interpretação, aquele capaz de revelar a verdadeira (ou, pelo menos, a mais correta) interpretação da norma jurídica.

Autores de inspiração formalista ou positivista tendem a considerar o método sistemático o mais adequado, chegando, inclusive, a desqualificar a pesquisa *histórica* como método de interpretação. Para esses doutrinadores, não há sentido na busca da intenção do legislador (*mens legislatoris*), porque, a final, prevalecerá sempre a intenção da lei (*mens legis*). Se a autoridade pretendia preceituar determinada norma, mas acabou, qualquer que seja a razão, preceituando outra, o que vigora e deve ser aplicado é a norma efetivamente editada e não a que desejava editar. Paulo de Barros Carvalho, por exemplo, afirma que o sistemático é considerado “o método por excelência”, na medida em que, envolvendo todos os planos da investigação linguística (sintática, semântica e pragmática), é o único que pode prevalecer isoladamente, sem auxílio dos demais métodos (2004:98/101).

Por outro lado, autores de inspiração menos formalista podem eventualmente considerar o método teleológico o mais apto à revelação da verdadeira (ou, pelo menos, da mais correta) interpretação da norma jurídica. Os argumentos construídos a partir do art. 5º da LINDB operam com diversos valores

(segurança, justiça, proteção do mais débil, interesse público etc.) e, em consequência, ampliam o número de alternativas (retoricamente viáveis) para a interpretação de uma mesma norma jurídica. Porto Carreiro, por exemplo, após discutir quatro métodos hermenêuticos (gramatical, lógico, histórico e sociológico), conclui ser melhor a "interpretação dialética", que os reúne. O intérprete, nessa perspectiva, deve ser filósofo, sociólogo, historiador e filólogo (1976:221/251).

Qual dos métodos é o mais indicado para se encontrar a verdadeira interpretação da norma jurídica? Alguns autores se ocupam dessa questão e procuram qualificar um deles e desqualificar os demais. O pressuposto de tal indagação é a existência de uma única interpretação verdadeira para cada norma jurídica.

Na verdade, não existe o melhor método de interpretação. Qualquer um deles pode ser legitimamente empregado na exegese de normas jurídicas. Isto porque, a rigor, não existe a interpretação *verdadeira* ou *mais correta*.

Note-se que várias normas jurídicas comportam mais de uma interpretação; aliás, os repositórios de jurisprudência estão repletos de exemplos de julgados que conferem sentidos diferentes às mesmíssimas disposições legais ou normativas. Pode-se falar, contudo, em sentidos mais ou menos próximos ao da primeira leitura do dispositivo (ou dispositivos) em que a norma se assenta. Em outros termos, podem-se identificar o sentido *imediato* da norma jurídica e um ou mais sentidos *mediatos*, ou seja, *mediatizados* por argumentos hermenêuticos. Qual desses sentidos prevalece? A resposta depende de muitos fatores interferentes no trabalho dos tecnólogos e profissionais do direito (culturais, econômicos, psicológicos, técnicos, axiológicos, religiosos, morais etc.). No mais das vezes, porém, tende a prevalecer o sentido sustentado por argumento de potencial retórico superior, isto é, o dotado de maior força de convencimento. Quanto maior for o número de pessoas da comunidade jurídica que atribuem a dada norma jurídica certo significado, mais chance existe de que este prevaleça na superação de um conflito de interesses.

É importante ressaltar que a inexistência de um método de interpretação melhor do que os outros não implica a possibilidade de se atribuir qualquer significado a qualquer norma jurídica. Não há arbitrariedade absoluta na interpretação. Se eu construir o argumento de que o art. 5º da LINDB torna

obrigatória a adoção do método *sistemático* de interpretação, muito provavelmente a comunidade jurídica me tomará por ignorante (ou, se for simpática comigo, por "equivocado"). Isto porque nenhum esforço argumentativo conseguirá fazer com que as pessoas passem a partilhar do entendimento de que naquele dispositivo legal se encontra a obrigatoriedade de uso do referido método.

Há, então, muitíssimos significados (infinitos, talvez) que simplesmente ninguém consegue colar à norma interpretanda. No extremo oposto, há o seu significado imediato, que se forma no intelecto do intérprete logo à primeira leitura. Entre um e outro extremo, podem-se introduzir significados mediatos, resultados da construção de argumentos hermenêuticos *mais* ou *menos* viáveis.

Mais de um método, portanto, pode ser empregado simultaneamente na interpretação de certa norma jurídica. Há até mesmo quem considere encerrado o trabalho de exegese somente após a verificação do significado da norma jurídica por todos eles. Para Vicente Ráo, por exemplo, o intérprete perfeito inicia seu trabalho pelo exame do texto a interpretar, para, na sequência, empregar sucessivamente os métodos gramatical, lógico (que se desdobra, na visão desse autor, em três fases: lógico-analítico, lógico-sistemático e lógico-jurídico ou científico), histórico e, ao cabo, o sociológico. Somente depois do uso de todos os métodos, que seriam complementares, é que chega a termo, para Vicente Ráo, a interpretação da norma (1977, I.III:466/479).

Quando os vários métodos de interpretação adequadamente empregados conduzem aos mesmos resultados, está-se diante de um argumento hermenêutico de extraordinária força retórica. Cada método confirma e fortalece a conclusão dos métodos anteriormente empregados e, com certeza, será tarefa árdua tentar desconstruir um argumento jurídico dessa envergadura. Quando, entretanto, a adoção de mais de um método de interpretação leva o intérprete a resultados diferentes, quiçá opostos, os argumentos correspondentes a cada processo tendem a ser retoricamente fracos, isto é, não devem convencer com facilidade vastos setores da comunidade jurídica. Se o método sistemático leva o intérprete a concluir num sentido, o teleológico pode levá-lo a outro sentido.

A interpretação de uma única norma jurídica por meio de dois ou mais métodos diversos pode conduzir a resultados convergentes ou divergentes. No primeiro caso, o argumento hermenêutico é bastante forte e tende a convencer vastas parcelas da comunidade jurídica. No segundo caso, a eventual convivência entre os dois significados diferentes não é um despropósito. Trata-se de recurso do direito para flexibilizar as normas jurídicas, tornando-as aptas a nortear a solução dos conflitos de interesses.

Ressalte-se que resultados divergentes na interpretação de uma mesma norma jurídica, em decorrência do emprego de dois ou mais métodos hermenêuticos, não indicam necessariamente que houve erro na utilização destes. Claro que convém verificar, numa situação destas, se cada método de interpretação foi corretamente usado pelo intérprete, com o objetivo de afastar a possibilidade de ter sido seu mau uso o responsável pela divergência. Não é, contudo, um despropósito que os métodos de interpretação, mesmo que adequadamente empregados, sustentem significados diferentes para uma única norma jurídica. A convivência entre tais significados distintos é um dos recursos do direito destinados à flexibilização das normas jurídicas (item 4).

3. TIPOS DE INTERPRETAÇÃO

A interpretação pode ser classificada em três tipos: especificadora (ou declarativa), restritiva e extensiva. Esses tipos variam de acordo com o ajuste ou desajuste entre a intenção atribuída à autoridade editora da norma e a expressão desta. A interpretação que pressupõe ter a autoridade dito, na norma, exatamente o que pretendia, é do tipo especificadora. Nesse caso, o intérprete assume que há plena correspondência entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*. Veiculam-na argumentos jurídicos de considerável força retórica, uma vez que ninguém questiona, diante de uma interpretação especificadora, se o intérprete não estaria eventualmente extrapolando seu papel de traduzir com fidelidade a norma interpretanda.

Os tipos de interpretação são três: especificadora, restritiva ou extensiva. Estão relacionados com o ajuste ou desajuste entre a vontade do legislador e a redação da norma positiva. Quando afirma o ajuste entre elas, é especificadora. Quando pressupõe desajuste, é restritiva ou extensiva.

A interpretação que pressupõe desajuste entre as intenções da autoridade editora da norma e o texto de que esta se reveste pode ser restritiva ou extensiva. No primeiro caso, a presunção é a de que a norma disse *mais* do que pretendia quem a editou e o intérprete corrige o desajuste restringindo seu alcance. No segundo, assume-se que a norma disse *menos*, cabendo ao intérprete neutralizar o desajuste ampliando-lhe o alcance. Os argumentos que sustentam esses tipos de interpretação sempre podem ser questionados no sentido de que teria ocorrido extrapolação do papel do intérprete. Se, via interpretação extensiva, o intérprete acaba alargando a norma mais do que a autoridade desejara (ou, via interpretação restritiva, acaba reduzindo o alcance do comando normativo para menos do que ela pretendera), é claro que se estaria arrogando o intérprete uma função que não tem poderes para exercer — a de editor da norma.

A interpretação restritiva é recomendada pela hermenêutica na exegese de normas de exceção. Quando determinada situação é excepcionada de uma regra geral que, em princípio, a alcançaria, considera-se que isto decorreu da constatação, pela autoridade editora da norma, de que aquela situação — e apenas ela — apresenta traços distintivos que justificam a medida de excepcionalidade. Estender o tratamento excepcional para além dos limites da situação especificamente descrita na norma de exceção resultaria decisões injustas, normalmente limitadoras de direitos.

A interpretação restritiva pressupõe que a norma positiva disse mais do que a autoridade pretendia. O intérprete recupera a vontade da autoridade ao restringir o alcance da norma interpretanda.

As normas excepcionais se interpretam restritivamente.

Por exemplo, deve ser interpretado restritivamente o art. 2º, III, do CC, que estabelece serem absolutamente incapazes para a prática de atos da vida civil as pessoas sem meios para exprimir a vontade, ainda que transitoriamente. A interpretação restritiva se impõe porque a regra geral é a da capacidade de todas as pessoas (CC, art. 1º). Se alguém, em virtude de lesões por acidente de trânsito, entra em coma, sua capacidade é suprimida pela norma excepcional enquanto perdurar o estado. Isto porque o coma impede que aquela pessoa exprima sua vontade. À medida, porém, que saia do coma e, ao se recuperar, readquira a capacidade físico-motora de comunicação, ainda que por gestos ou piscadas de

olhos, deve-se considerar — em virtude da interpretação restritiva da norma excepcional de supressão da capacidade — que aquela pessoa tornou a ser plenamente capaz. Poderá, então, celebrar validamente negócios jurídicos manifestando sua concordância com gestos previamente combinados. Não convém estender o alcance do art. 2º, III, do CC para além das hipóteses especificamente nele albergadas, em razão de sua excepcionalidade.

Não há, na hermenêutica, nenhuma regra que recomende a interpretação extensiva. A doutrina e a teoria do direito, ademais, discutem as diferenças entre esse tipo de interpretação e a analogia. De fato, concretamente, são tênues os limites de separação dessas figuras jurídicas, mas é possível estabelecer um critério abstrato bem preciso. Na interpretação extensiva, o intérprete aclara o âmbito de incidência da norma interpretanda, revelando seu exato alcance. Aplica-se a norma, então, a fato que já se encontrava nela abrangido, embora não suficientemente externado no dispositivo ou dispositivos em que se expressara. Já a analogia consiste na superação de lacuna no ordenamento por meio da aplicação de norma disciplinadora de situação análoga. Percebe-se, então, que a norma analogicamente aplicada está alcançando fato que não se encontra nela abrigado.

A interpretação extensiva pressupõe que a norma disse menos que a autoridade pretendia. O intérprete recupera a vontade da autoridade alargando-lhe o alcance.

Não se confunde a interpretação extensiva com a analogia. Naquela, a norma interpretanda é vista como disciplinadora do conflito de interesse em questão; enquanto na analogia a norma a aplicar não disciplina esse conflito, mas o de situação análoga.

Em suma, nas duas hipóteses argumentativas, o tecnólogo ou profissional do direito estão se batendo pela aplicação de uma norma a fato não diretamente descrito nela. Quando o argumento se sustenta na interpretação extensiva, diz-se que há um desajuste entre a intenção do editor da norma e seu texto, mas que o fato em questão está nela disciplinado; por outro lado, se se sustenta na analogia, o argumento diz que falta, no ordenamento, norma específica sobre o fato referido, mas que ele pode ser satisfatoriamente disciplinado por meio da aplicação de norma destinada a regular situação análoga, semelhante.

4. INTERPRETAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS

NORMAS

Há duas maneiras de se considerar a interpretação das normas jurídicas — a *estrutural* e a *funcional*.

Pela maneira estrutural, considera-se a interpretação um processo indissociável do de qualquer superação de conflitos de interesses por meio do direito. Nela, a interpretação é vista como *o processo mental que acompanha o estudo, a aplicação e a observância da norma jurídica* (cf. Kelsen, 1960:463/473). Pode-se até mesmo afirmar, em razão da relevância nuclear da interpretação para o direito no contexto da abordagem estrutural, que o trabalho cotidiano de estudiosos e profissionais é interpretar as normas jurídicas baixadas pelas autoridades. Não haveria, por outro lado, norma jurídica que não devesse ser interpretada. Por mais claro que fosse o seu sentido, a sua intelecção demandaria interpretação.

De acordo com a maneira funcional de considerar a interpretação, esta só se encontra em situações especiais. Apenas quando não compreende ou não aceita o sentido imediato da norma jurídica é que o estudioso ou profissional do direito lança mão da interpretação. Nesse contexto, ela não é vista como um processo inerente à compreensão, aplicação e obediência do direito, mas como instrumento de *redefinição* da norma jurídica (cf. Warat, 1979:93/106). Por essa abordagem, a interpretação cumpre tarefa bem específica no funcionamento do sistema jurídico.

A interpretação pode ser vista como algo estrutural ao direito. Nesse caso, não há norma jurídica, por mais clara que seja, que não possa ou não deva ser interpretada.

Por outro lado, ela também pode ser vista por uma perspectiva funcional. Aqui, ela cumpre a função de flexibilizar a norma jurídica, afastando seu sentido imediato e agregando-lhe outro sentido.

Mas como é, afinal, o direito — como descrito na abordagem estrutural ou na funcional?

Observando como atuam os profissionais do direito, percebe-se que nem sempre o advogado, ao postular, ou o juiz, ao sentenciar, por exemplo, se consideram “interpretando” as normas jurídicas a que fazem menção. Os doutrinadores e professores, ao seu turno, ditam a maior parte das lições sem mencionar que estão “interpretando” normas. Na maioria das vezes, ao contrário,

no estudo e aplicação do direito, os dispositivos são invocados em seu sentido imediato, e ninguém, quando assim os invoca, afirma estar realizando um trabalho de exegese da norma jurídica. Há, inclusive, um aforismo de uso corrente para desmotivar esforços interpretativos na aplicação da norma em seu sentido imediato: *in claris cessat interpretatio* (quer dizer, "disposições claras não comportam interpretação"). Esse aforismo, segundo Carlos Maximiliano, surgiu como reação às excessivas distinções e subdistinções da escolástica, e visava, ao limitar a interpretação aos dispositivos obscuros ou duvidosos, conter abusos que distorciam o sentido da norma jurídica (1924:33/35).

Em suma, a despeito de grande parte dos tecnólogos adotar a postura estrutural da interpretação, defendendo ser esta indispensável ao exame e aplicação de *qualquer* norma jurídica, a verdade é que eles próprios (bem assim, os demais tecnólogos e todos os profissionais do direito) só costumam afirmar que *estão interpretando* determinada norma enquanto constroem argumentos destinados à demonstração de que o sentido dela não é o imediato. Pratica-se, assim, a maneira funcional de considerar a interpretação.

A abordagem funcional da interpretação corresponde ao que se observa no trabalho da maioria dos estudiosos e profissionais do direito, embora a abordagem estrutural seja a mais corrente nos livros de doutrina.

A norma jurídica, portanto, não é sempre interpretada. Ademais, mesmo sendo claros os seus termos, a norma reclama interpretação quando se pretende extrair dela sentido diverso do que exsurge da simples leitura. Não será, assim, sempre um processo de aclaramento ou de precisão, mas de convencimento sobre como deve ser entendida e aplicada determinada norma jurídica para que se obtenha certo resultado na superação dos conflitos de interesses de que cuida.

Lembre-se que as normas jurídicas, para cumprirem satisfatoriamente a função de nortear a solução dos conflitos de interesses, precisam ser flexíveis, ou melhor, flexibilizáveis (Cap. 3, item 9). Um dos meios de flexibilização é o afastamento, a partir de argumentos convincentes no interior do discurso jurídico (isto é, por meio da utilização dos métodos de interpretação), do sentido *imediato* da norma jurídica. Aquele sentido que primeiro se forma no espírito do profissional debruçado sobre determinada norma é substituído, por meio desse mecanismo, por um sentido diverso, *mediatizado* pelo esforço argumentativo da

tecnologia jurídica ou da jurisprudência. Quando esse novo sentido passa a ser aceito pela comunidade jurídica, ou por parte significativa dela, pode-se dizer que a norma *mudou* de conteúdo por meio de sua interpretação doutrinária ou jurisprudencial.

Os instrumentos retóricos amplamente aceitos pela comunidade jurídica para o afastamento do sentido imediato da norma jurídica são os métodos (item 2) ou tipos (item 3) de interpretação.

5. APLICAÇÃO DA LEI

Um dos objetivos do direito é indicar as condutas que as pessoas devem observar para contribuir com a pacífica convivência em sociedade. Quanto mais pessoas se comportarem como indicado pelas normas jurídicas, menos conflitos de interesses tendem a se manifestar. A estrutura da norma jurídica compreende a descrição de um fato e a consequência que lhe deve seguir. O fato descrito na norma nem sempre é a conduta indicada para as pessoas observarem. As normas que protegem a posse, por exemplo, *descrevem* esse fato, mas *indicam* que as pessoas devem respeitar os direitos do posseiro sobre o bem possuído. Aliás, o fato descrito na norma corresponde frequentemente ao comportamento que a ordem jurídica quer evitar. A regra do Código de Trânsito Brasileiro que determina, por exemplo, a imposição de multa a quem atravessar o semáforo fechado é uma indicação de que os motoristas *não* devem fazer isso.

A obediência à lei e a outras normas jurídicas deve ser definida como a conduta correspondente à indicada por elas. Quem age de acordo com a indicação de comportamento dada por uma ou mais normas jurídicas *obedece-as*, *atende-as*, *observa-as*. Se o devedor paga a dívida no dia do vencimento, ele está obedecendo à lei; se o causador do dano indeniza a vítima, também; se o filho paga ao pai aposentado um valor mensal de complementação da aposentadoria, está observando o disposto na lei sobre dever de alimentar, e assim por diante.

Não se deve empregar o conceito de *aplicação* da lei na referência às situações em que ela está sendo observada pelos seus destinatários. A lei e demais normas jurídicas são aplicadas pelo juiz. Mesmo quando outro Poder do Estado (Legislativo ou Executivo) pratica atos em decorrência de mandamentos legais, não convém chamar essa situação de aplicação da lei, até mesmo porque tais atos podem, salvo na hipótese de exercício de competência discricionária, ser revistos pelo Poder Judiciário.

A lei indica uma conduta a ser observada. Quando a pessoa se comporta da forma indicada, diz-se que ela obedece à lei. E quando a lei é desobedecida, o prejudicado pede ao juiz, por meio de ação judicial própria, que faça valer a lei. Ao julgar a ação, o juiz aplica a lei.

Note que a aplicação da lei pressupõe, exatamente, a sua inobservância, desatendimento, desobediência. Se o devedor não paga a dívida no vencimento, o credor normalmente irá promover a cobrança judicial. Ao julgar a ação, o juiz *aplicará* a lei. É irrelevante, para os propósitos aqui em foco, saber se era o credor ou o devedor que estava descumprindo a lei. Qualquer que seja o sentido da decisão judicial, a lei estará sendo aplicada. Se o juiz dá razão ao devedor (caso, imagine-se, o valor cobrado fosse excessivo) ou ao credor (se não havia fundamento jurídico para a recusa do pagamento), pouco importa. Um dos dois, de acordo com a decisão judicial que vier a ser proferida, deixou de atender à conduta indicada pela norma legal.

A aplicação da lei, pelo juiz, só se verifica quando ela não tiver sido obedecida. Ela é, pois, definida como o ato do Poder Judiciário que decide o conflito de interesses que lhe for submetido pelo interessado.

5.1. Aplicação da lei no espaço

A edição de normas jurídicas é uma das manifestações da soberania dos Estados. Pelo *princípio da territorialidade*, a norma jurídica vigora e tem eficácia nos limites do território do Estado que a editou. Não pode ser tido como soberano o Estado sujeito às normas editadas por autoridade externa à sua própria organização como entidade política. Os limites espaciais de aplicação da lei são dados, assim, pelos contornos do território do Estado que a edita. Lembre-se que, segundo normas de direito internacional, integram o território de um país, ainda que incrustado no de outros, as suas embaixadas, consulados e residências de diplomatas. Além disso, também se consideram território de um país os navios e as aeronaves que ostentem a respectiva bandeira, desde que atendidas certas condições. São os chamados territórios fictos (Diniz, 2002:100).

As leis editadas por um Estado não podem ser aplicadas no território de outro, a menos que este, no exercício de sua soberania, o autorize. Admitir a aplicação, em certos casos, do direito estrangeiro não significa abdicar da soberania. O

direito estrangeiro é aplicado por determinação do Estado soberano e não por sua submissão. A qualquer momento, aliás, o Estado pode, por meio de lei própria, passar a obstar a aplicação da norma alienígena exatamente porque ainda é pleno titular de sua soberania.

No âmbito do território brasileiro, assim, aplica-se a lei brasileira, editada pelas autoridades legiferantes reconhecidas pela Constituição do Brasil. A lei brasileira somente se aplica a território não pertencente ao nacional se o Estado que ali exercer soberania o admitir por seu próprio direito. Do mesmo modo, a lei de outro Estado só é aplicável no território brasileiro nas hipóteses admitidas pelo nosso direito.

Pelo princípio da territorialidade, as leis editadas por um Estado, no exercício de sua soberania, são aplicáveis apenas ao respectivo território. A lei de um país só pode ser aplicada no território de outro se este último o admitir, por norma de seu próprio ordenamento.

De uma forma ou de outra, cada Estado aplica o seu próprio direito no território sobre o qual exerce soberania. Quando norma jurídica estrangeira é aplicada nesse território, deve-se isso também ao disposto no direito daquele país. Quer dizer, aplica-se a lei nacional que autoriza a aplicação da estrangeira. Assim, na solução dos conflitos de interesses que lhe são submetidos, o juiz brasileiro aplica *sempre* as leis vigentes no Brasil. Quando estas determinam que se aplique norma de direito estrangeiro, o juiz o fará em obediência à nossa lei.

As questões atinentes à aplicação da lei no espaço são aprofundadas pelo direito internacional privado. Costuma a tecnologia civilista, porém, ao tratar da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzir o exame do tema, apresentando as principais regras do direito brasileiro sobre a matéria.

Assim, estabelece o art. 7º da LINDB que a personalidade, nome, capacidade e direitos de família são regidos pela lei do país em que for *domiciliada* a pessoa. Assim, aquele que se casou segundo as regras vigentes no país de seu domicílio é, para o direito brasileiro, *casado*, ainda que a disciplina jurídica sobre a matéria divirja substancialmente da nossa. Se dois estrangeiros do mesmo sexo são casados segundo o direito vigente em seu domicílio também o serão para os fins do direito brasileiro, embora, entre nós, haja dúvidas sobre a admissibilidade do matrimônio entre homossexuais. Se um deles é sucessor, por morte, de um

brasileiro e vem também a falecer no decorrer do inventário, o outro poderá reivindicar sua parte nos bens a inventariar situados no Brasil, na condição de cônjuge supérstite do sucessor.

A qualificação de bens e a regulação das relações a eles concernentes seguem o disposto na lei do país em que se situam (LINDB, art. 8º). Se alguém é demandado, no Brasil, na condição de condômino de imóvel situado em outro país, o nosso juiz deve julgar a ação aplicando a lei vigente no lugar da situação do bem tido em condomínio.

As obrigações são qualificadas e regidas pela lei do país em que se constituíram (LINDB, art. 9º). Desse modo, os contratos celebrados no exterior, quando executados no Brasil, sujeitam-se às normas vigentes no país de celebração. Essa regra, porém, não se aplica se os contratantes escolherem, por cláusula contratual inserta no mesmo instrumento ou em outro, o direito que desejam ver aplicado.

Também é a lei do domicílio que se aplica nas questões atinentes à sucessão por morte ou ausência (LINDB, art. 10). Falecido brasileiro domiciliado no exterior, os bens que aqui possuía serão partilhados segundo as regras sucessórias vigentes no país estrangeiro de seu domicílio. Do mesmo modo, o desaparecimento de um estrangeiro domiciliado no Brasil implicará a declaração de ausência, de acordo com o prescrito no nosso Código Civil. A regra da aplicação da lei do domicílio do falecido em caso de sucessão é desconsiderada na hipótese de falecimento de estrangeiro domiciliado no exterior que tenha deixado cônjuge ou filho brasileiro. Nesse caso, em razão de preceito constitucional, aplica-se, entre a lei brasileira e a do domicílio do estrangeiro morto, a que for mais benéfica aos sucessores brasileiros (CF, art. 5º, XXXI).

As organizações de interesse coletivo, sociedades e fundações obedecem à lei do Estado em que se constituírem (LINDB, art. 11). No Brasil, as sociedades anônimas não podem emitir ações *ao portador*, porque exige a lei que todos os acionistas sejam identificáveis. Há, no entanto, países em que a sociedade anônima pode possuir apenas ações com essa forma, sendo, nesse caso, impossível identificar os seus sócios. Pois bem, a sociedade anônima estrangeira, para operar no Brasil, deve obter a autorização governamental (CC, art. 1.134). Esta, porém, não pode ser negada à companhia emissora exclusivamente de ações ao portador, a pretexto de não admitir o direito societário brasileiro tal forma de ação; isso porque as sociedades regem-se pela lei do Estado em que se constituíram.

De qualquer modo, as leis de outros países não terão eficácia no Brasil se

ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (LINDB, art. 17). No Brasil, as dívidas de jogo são inexigíveis (CC, art. 814), mas, se um brasileiro contrai dívida dessa natureza em país onde pode ser exigido o seu cumprimento, ele estará, em princípio, obrigado a pagá-la, em razão do art. 9º da LINDB. A obrigação, como visto, é regida pela lei do país em que se constituiu. Mas se o juiz brasileiro considerar o jogo atentatório aos bons costumes, poderá deixar de aplicar o direito estrangeiro e não permitir que se cobre do perdedor o cumprimento da obrigação.

5.2. Aplicação da lei no tempo

Sempre que uma nova lei entra em vigor opera-se uma divisão, no tempo, de significativa importância para a solução dos conflitos de interesses: ele é dividido entre antes e depois da vigência da nova lei. Essa divisão é importante porque, *antes* da entrada em vigor, a lei não se encontrava apta a produzir efeito nenhum, e, *depois*, passou a ter plena aptidão para produzir efeitos. Os fatos verificados anteriormente ao início da vigência são disciplinados de acordo com o direito então vigente; os posteriormente ocorridos, segundo a nova lei. Por exemplo, apenas a sucessão correspondente a falecimento ocorrido após a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2003, segue as disposições deste; se a morte ocorreu antes de sua vigência, a sucessão rege-se pelo Código Civil de 1916.

Nem sempre, porém, essa divisão do tempo convém à melhor disciplina das relações sociais. Há casos, por outro lado, em que ela não pode ser facilmente operacionalizada, porque o dever ou o direito nascem sob a égide de um regime jurídico e seu cumprimento ou realização ocorrem sob a vigência de diferente regime. Nestes e em outros casos, em que o fator tempo é essencial, torna-se necessário definir a norma a ser aplicada: a anterior ou a nova. Os critérios para essa definição são estudados sob a denominação de *direito intertemporal*, o capítulo do direito civil que cuida da aplicação da lei no tempo.

Um dos preceitos fundamentais do direito intertemporal é o de que a lei se aplica aos fatos posteriores à sua entrada em vigor. Em disposições transitórias, porém, a lei pode estabelecer que alguns desses fatos continuarão regidos pela norma revogada durante certo tempo.

Outro dos preceitos fundamentais é o de que a lei não se aplica aos fatos anteriores à sua vigência. Por meio de dispositivos retroativos, porém, ela pode estabelecer que alguns desses fatos serão regidos pela nova norma.

São exceções aos preceitos fundamentais do direito intertemporal.

São duas as questões envolvidas com a aplicação da lei no tempo: a das disposições transitórias e a da retroatividade.

Tanto na questão das disposições transitórias como na da retroatividade, excepciona-se a regra geral do direito intertemporal. Como visto acima, em princípio, os fatos verificados antes da entrada em vigor de uma lei regem-se pelo direito anterior, e os ocorridos após a sua vigência, pelas disposições dela — esta é a regra geral. Por meio das disposições transitórias, fatos posteriores à entrada em vigor da nova lei continuam regidos pelo direito revogado (circunstância referida pela expressão *ultratividade* da norma) ou passam a ser disciplinados por regras de vigência temporária (que tampouco correspondem às da nova lei); pela retroatividade, ao contrário, fatos ocorridos antes da vigência da nova lei são disciplinados de acordo com as normas desta e não segundo o direito revogado.

5.2.1. Disposições transitórias

A questão das disposições transitórias é sensivelmente menos complexa que a da retroatividade. O legislador identifica os fatos ou situações para os quais a aplicação imediata da nova lei seria inoportuna, e admite que, por algum tempo, eles continuem regidos pelo direito anterior ou, se não, por regras específicas — diferentes das estabelecidas pela mesma lei para regular os fatos posteriores à sua vigência.

O Código Civil contempla várias disposições transitórias, incluindo as pertinentes aos institutos que ele aboliu. Esse estatuto extinguiu, por exemplo, um direito real denominado *enfiteuse*. Trata-se de vetusto gravame em pleno desuso, que a lei entendeu não ser mais necessário disciplinar. Desse modo, a partir da vigência do Código Civil, ninguém mais pode instituir esse direito real sobre bens imóveis de sua propriedade. Nenhuma nova enfiteuse, em outros termos, pôde ser instituída a partir de 12 de janeiro de 2003. Mas, e as anteriormente constituídas, as pouquíssimas que ainda existiam naquela data, o que aconteceu com elas? A resposta está no art. 2.038 do CC, que abriga norma de caráter transitório, segundo a qual as enfiteuses existentes quando da entrada em vigor do Código Civil continuarão subordinadas, até sua extinção, às normas do Código anterior, de 1916.

Outro exemplo: o art. 2.028 do CC preceitua que serão os da lei anterior os

prazos, quando reduzidos pela nova lei, *desde que* já tenha transcorrido mais de sua metade quando da entrada em vigor do Código Civil. Pois bem, o prazo geral de prescrição das ações pessoais do Código antigo era de vinte anos, enquanto no atual o prazo geral foi reduzido para dez anos, independentemente do tipo de ação (CC, art. 205). Desse modo, se no dia da entrada em vigor do Código Civil já havia transcorrido, do prazo de prescrição da pretensão correspondente a uma ação pessoal qualquer, mais de dez anos (isto é, mais da metade do prazo anteriormente fixado em lei), ele continuará fluindo de acordo com o Código de 1916, quer dizer, prescreverá em vinte anos. Mas, por outro lado, se, na data da entrada em vigor do Código Civil, daquele mesmo prazo havia transcorrido menos de dez anos (menos da metade do prazo previsto na lei anterior), então a mesma pretensão prescreverá em dez anos, que é o estabelecido pela lei vigente.

As disposições transitórias da nova lei podem estabelecer que certos fatos continuarão regidos pela lei antiga ou ficarão sujeitos a regras específicas de vigência temporária (diferentes das regras contidas na nova lei para vigência por tempo indeterminado).

Nesses exemplos encontram-se disposições transitórias que estabelecem a vigência temporária da lei revogada em relação a determinadas matérias (enfiteuse) ou em algumas situações (na contagem de prazos reduzidos, desde que tenha transcorrido mais de metade deles). Excepcionou-se, dessa maneira, a regra básica do direito intertemporal, para fins de determinar a aplicação da lei revogada a fatos posteriores à revogação.

5.2.2. Retroatividade da lei

Para bem compreender a questão da retroatividade da lei, importa, de início, aclarar que *sempre* a norma jurídica é aplicada no *presente* em relação a fatos ocorridos no *passado*. Não é atributo exclusivo da norma retroativa a aplicação a fatos pretéritos. Toda e qualquer norma, retroagindo ou não, é aplicada a fatos que forçosamente se encontram em tempo *anterior*, já que a aplicação da lei pressupõe ter sido ela desobedecida. Se o motorista atropela culposamente o transeunte, indica a lei que ele deve indenizar os danos causados. Se não o faz, a vítima do acidente deve promover a ação judicial com vistas a condená-lo ao pagamento da indenização. O juiz, ao acolher essa ação, estará aplicando a lei. O

julgamento, contudo, ocorrerá necessariamente em tempo posterior ao do acidente. A aplicação da lei sempre se refere a fato verificado no passado, visto que a decisão judicial não pode ser concomitante com o surgimento do direito lesado.

A aplicação da lei pelo juiz tem por pressuposto a sua desobediência por uma das partes, de que originou o conflito de interesses. Desse modo, a lei é sempre aplicada a fatos passados, esteja ou não retroagindo seus efeitos.

A aplicação da lei diz respeito a fato passado (anterior à decisão judicial) e configura ordem a ser cumprida evidentemente no futuro (posterior à decisão). Imagine que o consumidor de plano de assistência à saúde não consiga internar-se para determinado tratamento, porque a operadora considera a hipótese não abrangida em seu contrato e, por isso, não assume a obrigação de pagar o hospital. Esse consumidor pode propor, por meio de seu advogado, ação para pleitear ordem judicial determinando ao hospital que o interne e à operadora que custeie o tratamento. Se a obtiver, é porque o juiz entendeu que o contrato de assistência à saúde contemplava aquela cobertura. Estará, então, aplicando a lei a fato *passado* — coibindo a desobediência da operadora à norma jurídica que determina o cumprimento dos contratos — e assegurando todos os efeitos dessa aplicação (isto é, a internação pelo hospital e o pagamento pela operadora).

Uma vez que a aplicação da lei sempre diz respeito a fato passado, o que se discute na questão da retroatividade? Discute-se a lei a aplicar. Se o juiz julgar o fato passado de acordo com a lei *então* vigente, não se opera nenhuma retroatividade; mas se julgá-lo segundo a lei que entrou em vigor *após* o fato, considera-se que houve retroatividade. No direito penal, a norma mais benéfica retroage em favor do acusado (CP, art. 2º, parágrafo único). Se, na data em que alguém cometeu certo crime, era este apenado na lei com dois anos de detenção, mas, posteriormente, a lei reduziu para um ano a pena, o criminoso tem o direito de cumprir a pena menor. O crime ocorreu no passado, quer dizer, antes da decisão judicial; esta, por sua vez, norteou-se não pela norma vigente ao tempo do delito, mas pela que entrou em vigor posteriormente. Deu-se, nesse caso, a aplicação *retroativa* da lei.

Verifica-se a aplicação retroativa da lei quando o juiz decide o fato (necessariamente passado), norteando-se não pela norma então vigente, mas por norma que entrou em vigor posteriormente à ocorrência daquele.

A doutrina costuma abordar a questão da retroatividade noticiando a existência de duas diferentes abordagens: a subjetivista e a objetivista. De acordo com os adeptos da primeira, os limites da retroatividade da lei são estabelecidos pelos direitos subjetivos, enquanto para os da segunda o são pelo direito positivo (Cardozo, 1995:107/222; Pereira, 1961:139/150). Na abordagem subjetivista só há lugar para a construção de argumentos próprios à tese do direito natural *e* referenciados a ordenamentos jurídicos que não disciplinam a matéria. Como no Brasil há dispositivos regulando a aplicação da lei no tempo, a abordagem útil é a objetivista (Pereira, 1961:151).

No direito brasileiro, são pertinentes à matéria o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", e o art. 6º, *caput*, da LINDB, que preceitua: "a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

Convém inicialmente deixar claro que a Constituição Federal *não veda* a retroatividade das leis. Uma lei brasileira com dispositivo retroativo não é inconstitucional, já que o art. 5º, XXXVI, da CF limita-se a proteger dos efeitos da lei nova os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, a lei que retroage sem prejudicar essas três garantias fundamentais será compatível com o preceito constitucional.

Ademais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece o princípio geral da irretroatividade ao mencionar que os efeitos da lei serão *imediatos*. Dessa forma, para que uma lei retroaja no direito brasileiro, ela precisa conter um expresso dispositivo nesse sentido (cf. Cardozo, 1995:320/323). Sendo a lei omissa quanto à sua retroatividade, será irretroativa, por força do art. 6º, *caput*, da LINDB. A regra, em outros termos, é a de que a lei, no Brasil, não pode ser aplicada a fatos verificados anteriormente à sua vigência, exceto se contiver expressa disposição nesse sentido. Mesmo assim, sua aplicação deverá resguardar os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Esse preceito de direito intertemporal não se aplica às normas de direito penal, sujeitas, como visto acima, a regramento próprio: retroagem quando são mais benéficas que a revogada, ainda que não contemplem

dispositivo expresso nesse sentido.

> *No direito brasileiro, para que a lei cível retroaja é necessário que contemple dispositivo expresso nesse sentido, já que a regra geral é a da irretroatividade (LINDB, art. 6º). Além disso, a lei retroativa não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), sob pena de inconstitucionalidade.*

Em suma, a lei cível, no Brasil, pode ser retroativa, desde que preencha duas condições simultaneamente: *a*) respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; *b*) expressa previsão da retroatividade. Se não atender à primeira, ela será inconstitucional; se desatender à segunda, restará alcançada pela regra geral da irretroatividade.

5.2.3. Direito adquirido, negócio jurídico perfeito e coisa julgada

No exame da questão das antinomias de segundo grau, afirmou-se que, no conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, deve prevalecer o primeiro. Entre uma norma *superior anterior* e outra *inferior posterior* antinômicas deve-se resolver a antinomia em favor da superior, porque o critério hierárquico corresponde a *valor* mais importante do que o relacionado ao critério cronológico (Cap. 3, item 4). O respeito à hierarquia das normas está relacionado à segurança que deve inspirar o direito, ao passo que a prevalência da norma posterior sobre a anterior justifica-se pelo constante aprimoramento dos preceitos normativos. A lei nova presume-se *melhor* que a antiga, e somente por esta razão, para substituir a disciplina então existente por outra mais aprimorada, é que se a editou. O valor *segurança*, porém, é tido como mais importante para o direito que o valor *progresso*; assim sendo, a norma posterior não prevalece sobre a superior.

O mesmo conflito de valores se encontra na discussão sobre a retroatividade da lei. Se a lei nova é presumivelmente melhor que a antiga, em nome do crescente aprimoramento do direito, a retroatividade deveria ser a regra. Por outro lado, ao se prestigiar unicamente o valor *progresso*, a retroatividade não deveria deparar com nenhuma limitação, alcançando todo e qualquer fato verificado anteriormente à sua entrada em vigor. Afinal, a lei nova está sendo editada exatamente porque se considerou a anterior inadequada à disciplina dos

conflitos de interesses. Assim não é, porém; o aprimoramento trazido pela nova lei não pode despertar insegurança. Reputa-se mais importante, para o direito, prestigiar o valor *segurança* do que a melhoria das normas (Pereira, 1961:131).

Em outros termos, a regra deve ser a da irretroatividade e as exceções não podem prejudicar garantias fundamentais (direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada) porque o direito não inspiraria segurança nas pessoas caso tudo pudesse ser radicalmente alterado pela superveniência de nova lei. O que o credor recebeu do devedor, segundo as leis vigentes ao tempo do cumprimento da obrigação, ele teria que restituir em razão da inovação legislativa; os herdeiros deveriam refazer a partilha, sempre que a lei alterasse as normas de sucessão; o que era certo, de acordo com o direito de então, passaria a ser errado, e vice-versa, pelo novo direito, independentemente das ações dos envolvidos. Se riscos como estes não ficarem absolutamente afastados pela ordem jurídica, nenhuma solução jurídica ou judicial poderá revestir-se daquela definitividade inspiradora de segurança.

Os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada encontram-se nos parágrafos do art. 6º da LINDB.

> Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º:
>
> *§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.*
>
> *§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*
>
> *§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.*

Direito adquirido é o definitivamente incorporado ao patrimônio de uma pessoa. Se uma nova lei, por hipótese, aumenta a idade mínima para dirigir automóveis de 18 para 20 anos, os jovens de 19 que já estivessem habilitados, na data da entrada em vigor, assim permaneceriam. A lei nova não poderia postergar os efeitos da habilitação, nesse caso, porque estaria prejudicando direito anteriormente adquirido. Isto é, estaria dispondo contrariamente à faculdade já incorporada ao conjunto de direitos que aqueles jovens titularizam.

Da proteção ao direito adquirido não se pode concluir a inalterabilidade do conjunto de direitos titularizados pelas pessoas. Essa proteção não significa, por outras palavras, que ninguém pode deixar de usufruir os direitos que tiver

titularizado um dia. A distinção entre direito adquirido e não adquirido é, muitas vezes, difícil, em especial quando tal direito é exercido de modo continuado, mas deve ser considerada sempre que se discute a aplicação da lei no tempo. É necessário identificar se o direito já está incorporado aos titularizados pela pessoa, em termos definitivos, ou se é apenas uma expectativa de direito ou uma incorporação transitória (Cap. 5, item 4).

Assim, se a lei altera o cálculo da remuneração da caderneta de poupança, todos os poupadores passam a ter seus depósitos remunerados de acordo com o novo critério. O fato de eles terem, até então, direito a determinada remuneração não significa que isso não possa ser mudado pela lei. Não há direito adquirido à inalterabilidade do critério remuneratório desse investimento. Mas, atente-se para o momento em que passam a se aplicar as regras do novo critério. As cadernetas de poupança são remuneradas por períodos mensais. Se a lei entra em vigor, por exemplo, no dia 1º de determinado mês, as remunerações correspondentes aos períodos *iniciados* antes dessa data devem atender ao critério antigo, ainda que o seu encerramento se verifique em data posterior à da entrada em vigor da lei nova. O período de remuneração de uma caderneta de poupança iniciado no dia 20 do mês anterior ao da entrada em vigor da lei nova encerrar-se-á no dia 20 do mês seguinte, quando essa lei já estará vigente. Mas, como se iniciou sob a égide de determinada lei, o poupador tem direito adquirido a ser remunerado, *naquele período mensal*, de acordo com os critérios desta. Quanto aos períodos mensais de remuneração subsequentes, os que vão iniciar-se sob o pálio da lei nova, não há direito adquirido à inalterabilidade do critério remuneratório.

Outro exemplo: se a lei suprime benefício de um funcionário público, ela não está lesando direitos adquiridos, desde que reste assegurada a sua fruição a quem já reunira as condições necessárias para tanto. Explico: imagine que seja suprimido o direito a licença-prêmio de três meses a cada cinco anos de serviço sem faltas injustificadas; aqueles que, na data da entrada em vigor da nova lei, já haviam cumprido o requisito (cinco anos de serviço sem faltas injustificadas), mas ainda não tinham gozado a licença-prêmio, continuarão a ter o direito de gozá-la; os que ainda não o haviam cumprido, não chegaram a adquirir o direito; por isso, a lei pode negar-lhes o benefício; por fim, todos os funcionários, inclusive os que já haviam anteriormente se beneficiado da licença-prêmio, deixarão de titularizar o direito pelo tempo de serviço prestado a partir da entrada em vigor da nova lei (cf. Mello, 1981:105/119).

O ato jurídico é perfeito se consumado de acordo com a lei vigente à época de

sua realização. Os contratos, testamentos ou outras declarações de vontade consideram-se *aperfeiçoados* no momento em que se reúnem todas as condições legais para a respectiva constituição, segundo o disposto na lei vigente ao tempo em que foram feitos. Se a lei nova passa a condicionar a validade de um negócio ao atendimento de certa forma, os negócios do mesmo tipo celebrados anteriormente não podem ser considerados inválidos por faltar-lhes tal condição.

Por fim, caracteriza-se a coisa julgada quando não houver mais recurso cabível contra uma decisão judicial. Os processos judiciais, por mais demorados que sejam, um dia têm que terminar, tornando definitivamente indisputáveis as decisões que os juízes neles exararam. Esse dia chega quando todos os recursos previstos na legislação processual se esgotam e não há mais como renovar a discussão do objeto em litígio. Em decorrência, a decisão tomada (certa ou errada, justa ou injusta, legal ou ilegal etc.) fica inalterável. Quando a solução dada a certo conflito de interesses pelo Poder Judiciário não puder mais ser revista, opera-se a coisa julgada. Nem mesmo se uma lei nova trouxer diferente orientação para a superação daquele mesmo conflito de interesses pode ser reaberta a discussão. Em suma, a decisão judicial irrecorrível não pode ser alterada nem mesmo pela lei. Com isso, encerrado o processo judicial, podem as pessoas ficar seguras de que a solução daquele específico conflito de interesses objeto do litígio não será, no futuro, alterada.

As garantias contra a retroatividade da lei são indispensáveis à segurança que se espera do direito. Mas, note-se, elas não podem resultar em completa frustração dos objetivos pretendidos com a inovação legislativa, principalmente se desta não decorrerem prejuízos relevantes aos interesses anteriormente tutelados. Até 1977, não se admitia no direito brasileiro o divórcio, isto é, o término do vínculo do casamento. A indissolubilidade do matrimônio era, aliás, um preceito constitucional. Naquele ano, aprovou-se emenda à Constituição admitindo-se, em alguns casos, a dissolução. Pois bem, ninguém questionou que os casados sob a égide do regime constitucional da indissolubilidade, apesar de configurarem seus casamentos inequívocos atos jurídicos perfeitos, também podiam divorciar-se. Restariam inteiramente frustrados os objetivos da emenda constitucional (isto é, da nova norma), caso o divórcio só fosse autorizado para casamentos celebrados a partir dela.

5.3. Aplicação da lei e equidade

Na ideologia inspiradora de muitos argumentos jurídicos, considera-se que a lei veicula uma solução *justa* para os conflitos de interesses nela referidos. Mas

também se discute, por esses argumentos, se, além da solução orientada pela lei, não haveria também outras soluções igualmente justas, ou até mais justas que a legal. Estas são as soluções ditadas pela *equidade*.

A noção de que a lei escrita não abarca toda a justiça é recorrente nas reflexões filosóficas desde a Antiguidade Clássica. Em Aristóteles, por exemplo, equitativo é o justo que independe da lei escrita (Ferraz Jr., 2002:197/209). Em termos atuais, pode-se dizer que a equidade é a justiça que não se encontra em norma de direito positivo.

O julgamento por equidade, no direito brasileiro, só é permitido ao juiz em hipóteses delimitadas por lei (CPC, art. 127). Quer dizer, salvo nalgumas situações, o juiz só pode agregar à fundamentação de sua sentença argumentos que procurem demonstrar que a *lei* está sendo aplicada. Por mais que flexibilize a norma jurídica (por meio dos métodos e tipos de interpretação, da identificação e integração de lacunas, da superação de antinomias etc.), o juiz deve ordinariamente argumentar que a está aplicando. Ele não deve sustentar sua decisão em argumentos que revelem ou sugiram não estar sendo aplicado o direito positivo, exceto nos casos em que a própria lei autoriza o julgamento por equidade.

Quando está autorizado a julgar por equidade e o faz, o juiz deixa normalmente de aplicar a lei específica para, com base num dispositivo genérico, adotar uma solução diversa da legal, que lhe pareça tanto ou mais justa que aquela.

No julgamento por equidade, o juiz não aplica a norma de direito positivo que regula especificamente casos como o julgado, por considerar que outra solução é tanto ou mais justa que a veiculada por aquela.

Lembre-se que a equidade é também admitida, no direito brasileiro, como meio de colmatação de lacunas, após esgotados todos os instrumentos referidos no art. 4º da LINDB (Diniz, 1981:228/231). A propósito, há dispositivos legais que se referem a ela nesse contexto. São o art. 8º da CLT, em que a equidade é apresentada como um dos recursos de integração da legislação trabalhista ou de convenções coletivas e contratos sujeitos ao direito do trabalho, e o art. 108, IV, do Código Tributário Nacional (CTN), em que é o derradeiro instrumento a empregar pela autoridade, na ausência de disposição expressa.

Quando tem a função de instrumento de preenchimento de lacunas, o julgamento por equidade não é problematizável na questão da aplicação da lei. De fato, se há lacuna, não há lei a aplicar, e a equidade tem, nesse caso, a função de nortear a solução do conflito de interesses. O juiz deve adotar a solução que lhe pareça mais justa, até porque não existe nenhuma apontada pela lei. Mas quando não tem essa função, a equidade só é admitida se específica e expressamente autorizada por norma legal.

No direito brasileiro a equidade pode ser empregada pelo juiz em duas hipóteses: a*) na colmatação de lacunas, quando esgotados os recursos legais (LINDB, art. 4º); e* b*) na adoção de solução mais justa que a veiculada pela norma jurídica aplicável ao caso, desde que autorizado pela lei (CPC, art. 127).*

São hipóteses, no direito brasileiro, em que o julgamento por equidade está autorizado: *a*) em determinadas causas de jurisdição voluntária (por exemplo, correção de registro civil), o juiz não está obrigado a observar o critério de legalidade estrita e pode adotar a solução que considerar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 1.109); *b*) nas causas de competência do Juizado Especial Cível (por exemplo, as de valor inferior a quarenta salários mínimos), o juiz deve adotar a solução que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (Lei n. 9.099/95, art. 6º); *c*) na proteção dos consumidores, o juiz pode julgar por equidade reconhecendo-lhes direitos além dos previstos em lei (CDC, art. 7º); *d*) nas arbitragens em geral, desde que as partes de comum acordo tenham assentido, os árbitros poderão decidir por equidade (Lei n. 9.307/96, art. 2º), ressalvada a arbitragem de feitos sujeitos aos Juizados Especiais Cíveis, em que a equidade é sempre admissível (Lei n. 9.099/95, art. 25).

Nos casos de autorização legal, o julgamento por equidade significa o *afastamento* da aplicação da lei *específica* para a disciplina do conflito de interesses, objeto da demanda judicial, para alcançar solução tanto ou mais justa que a veiculada por aquela. Imagine que, numa causa compreendida na competência do Juizado Especial Cível, tenha ocorrido a prescrição da pretensão no dia exatamente anterior ao da propositura da ação. Nessa demanda, se aplicar o dispositivo legal específico sobre prescrição, o juiz considerará que o autor perdera o direito de acionar o réu. Se, porém, empregar a equidade em seu

julgamento, o juiz poderá deixar de aplicar aquele dispositivo e aceitar a demanda, mesmo tendo sido esta proposta um dia após prescrita a pretensão.

Note, porém, que, no exemplo acima, o juiz deixou de aplicar a norma específica para o caso, mas aplicou o art. 6º da Lei n. 9.099/95. Quer dizer, exceto se estiver colmatando lacuna, o juiz, quando julga por equidade, também aplica uma norma jurídica; não a norma jurídica específica para o fato em questão, porque a tem por circunstancialmente injusta, mas a norma genérica que o autoriza a assim proceder.

6. SUBSUNÇÃO

Subsunção é a constatação da aplicabilidade da lei a certo fato. Trata-se de uma operação mental, realizada tanto pelo tecnólogo como pelo profissional do direito, exteriorizável via argumentação jurídica. Ao argumentar no sentido de que determinado fato deve gerar a consequência prevista numa norma jurídica, o tecnólogo ou profissional do direito está *subsumindo* aquele fato a essa norma. O doutrinador que, para explicar o conteúdo das leis, ilustra suas lições com exemplos de fatos nelas abrangidos, está também fazendo subsunções. O promotor de justiça, ao dizer que uma pessoa incorreu em crime, subsume um fato (a conduta praticada pelo denunciado) à lei (dispositivo do Código Penal, por exemplo, em que se descreve o delito).

O juiz, na fundamentação da sentença, normalmente subsume os fatos provados nos autos judiciais à lei que está aplicando. Mas não se confundem *subsunção* e *aplicação*. Esta é, como visto, o ato do Poder Judiciário pelo qual um conflito de interesses é solucionado de acordo com a lei; e a subsunção é a operação mental realizada pelo julgador relacionando o descrito na norma ao acontecido (segundo as provas nos autos). A subsunção do fato à lei, portanto, antecede a aplicação desta.

> *Subsunção é a operação mental que se exterioriza por argumentos jurídicos, por meio da qual se constata que determinada ocorrência corresponde ao fato descrito na norma jurídica.*

Subsunção também não se confunde com interpretação. A primeira diz respeito a fatos — se são ou não os descritos na norma jurídica. Já a

interpretação tem por objeto o sentido e alcance da norma. São operações mentais distintas, embora se entrecruzem: ao interpretar, por qualquer método, a lei, o exegeta tem já fatos recortados em sua mente; por outro lado, não é possível subsumirem-se fatos a qualquer norma sem ter já alguma intelecção do sentido e alcance dela. Embora não se desligue uma operação da outra, são conceitualmente distintas a interpretação (da norma) e a subsunção (de fatos à norma).

Capítulo 5

DIREITOS SUBJETIVOS

1. DIREITO SUBJETIVO E DIREITO OBJETIVO

Quando se afirma que determinada pessoa *tem* um direito, pode-se estar referindo a significados diversos. Lembro três.

Inicialmente, a titularidade de um direito significa um atributo do sujeito. Ter um direito, nesse caso, quer dizer ostentar uma qualidade. Quem afirma que *todos os homens e mulheres têm direito à vida* está sustentando que os humanos em geral apresentam certa característica, são dotados de uma qualidade particular: a de poderem agir legitimamente na defesa de sua própria vida em qualquer circunstância de tempo ou lugar, e mesmo que disso decorra o sacrifício de outros seres vivos.

Outra maneira de se entender que determinada pessoa *tem um direito* é referir-se ao ordenamento jurídico. Ter um direito, aqui, é uma metáfora: o sujeito encontra-se em condição ou situação descritas pelas normas jurídicas como ensejadoras de uma faculdade, prerrogativa, preferência etc. Nesse contexto, se você tem direito à educação, isso não é decorrência de um atributo seu como ser humano integrante de uma sociedade democrática do século XXI, mas de uma norma vigente que assim o estabelece (no caso brasileiro, o art. 205 da CF).

Finalmente, em termos meramente operacionais, *ter um direito* significa poder acionar em seu favor a máquina repressora do Estado. Se tenho o direito de receber o valor do aluguel e não sou pago, posso ir a juízo processar o locatário para obter a satisfação do meu crédito por meio de providências que só o Estado pode legitimamente adotar (despejo do devedor ou expropriação de seus bens para venda forçada em leilão e pagamento do credor). Há quem afirme que este seria, a rigor, o único direito existente — o de poder acionar a estrutura repressiva do Estado para fazer prevalecer o interesse protegido como direito.

No primeiro significado (atributo do sujeito), chama-se o direito de *subjetivo*; no segundo (prescrição normativa), de direito *objetivo* ou *positivo*. Esqueço, por enquanto, o derradeiro significado, cuja pertinência é objeto de discussão no campo do direito processual, e examino algumas relações entre os dois primeiros: o direito subjetivo pode ser considerado aptidão dos homens e

mulheres que o direito objetivo se limita a reconhecer e declarar ou como simples reflexo do direito objetivo.

O direito subjetivo pode ser compreendido de duas maneiras: como algo inerente à condição humana, que o ordenamento jurídico (direito objetivo ou positivo) se limita a reconhecer e declarar; ou como simples reflexo do direito positivo, isto é, uma outra forma de descrever o conteúdo das normas jurídicas.

Os direitos subjetivos podem ser vistos, inicialmente, como atributos naturais de homens e mulheres; quer dizer, derivados de sua natureza. Assim como se submetem a certas leis físicas ou biológicas, os humanos também estão sujeitos às leis morais de forma natural, independentemente de sua vontade ou da organização social que constroem. Do mesmo modo que não podem levitar (contrariando a lei da gravidade), os humanos também não poderiam romper contratos ou subtrair bens alheios.

Segundamente, os direitos subjetivos podem ser considerados reflexos do direito positivo. Se determinada ordem jurídica não reconhece certo direito, não se pode afirmar sua existência. Não haveria sequer meios para fazê-lo prevalecer por meio da atuação do aparelho repressor do Estado. Até 1888, no Brasil, havia escravos. Em outros termos, parte da população brasileira não titularizava o direito à liberdade, porque assim preceituavam as leis então vigentes. Os atributos humanos dos escravos sempre foram rigorosamente idênticos aos dos libertos, mas a lei válida e em vigor os discriminava e isso bastava para que os primeiros não fossem livres. É exemplo dessa visão a dos nominalistas, que consideram o direito subjetivo mero conceito operacional das normas (Ross, 2004).

As duas maneiras de se considerarem as relações entre direito subjetivo e objetivo são sintetizáveis numa questão de primazia. Na primeira, a primazia cabe aos direitos subjetivos, já que, sendo naturais aos homens e mulheres, a ordem posta não poderia deixar de os reconhecer e declarar. Por vezes, refere-se a esse enfoque designando-o *jusnaturalista*. Na segunda maneira de se relacionar o direito subjetivo ao positivo, a primazia cabe a este último. Só há direito subjetivo quando a ordem posta o outorga. Esse enfoque é referido como *positivista* (não confundir com o sentido filosófico da expressão, que é bem diverso).

O enfoque "jusnaturalista" confere primazia ao direito subjetivo sobre o objetivo: a ordem jurídica deve limitar-se a reconhecer e declarar os direitos inerentes aos humanos. Já o enfoque "positivista" confere primazia ao direito objetivo sobre o subjetivo: só existem os direitos assegurados em lei.

Por fim, registre-se que a primeira forma de compreender os direitos subjetivos — como inatos, inerentes aos homens e mulheres — foi mais prestigiada nos argumentos jurídicos no passado. A partir de meados do século XX, ela ecoa principalmente nos discursos ideológicos ou políticos. Nos argumentos jurídicos, atualmente, predomina a segunda forma de compreensão da matéria, procurando doutrinadores, advogados e juízes sustentar que a titularidade de direitos é decorrência do disposto em normas jurídicas válidas do ordenamento em vigor. Mas atente-se: não se pode considerar inteiramente descartada a argumentação jurídica da primazia do direito subjetivo sobre o positivo. Quando se impõe argumentar para além da lei posta, cabe a referência a direitos subjetivos que a ordem constituída não poderia desconsiderar.

2. DIREITO SUBJETIVO E DEVER

A todo direito subjetivo corresponde um dever. A prestação cuja implementação é necessária à satisfação do direito subjetivo de alguém é sempre devida por outro ou outros sujeitos. É-se titular de um direito *em relação a* uma, algumas ou todas as pessoas (Cap. 10, item 2). Em outros termos, para que alguém seja credor, outro deve ser devedor; para que uma pessoa seja proprietária de um bem, todos devem respeitar a sua propriedade; para que o pai divorciado tenha direito de visitar os filhos, a mãe titular da guarda tem o dever de não dificultar ou obstar a visita.

Se não posso opor a ninguém a prerrogativa, faculdade ou preferência de que me considero titular, a rigor não possuo direito nenhum. Não se pode dizer, por exemplo, que tenho *direito de sonhar*; pelo menos, não num sentido jurídico. E assim é porque, nesse caso, não há ninguém a quem se pudesse imputar a condição de devedor. Sonho o que sonho, independentemente da ação ou omissão de qualquer outra pessoa.

Não há direito subjetivo sem um dever correspondente. Claro que o titular do direito nunca coincide com o do dever. São sempre distintos. Se a mesma pessoa

se torna, por qualquer razão, credora e devedora de uma obrigação, esta desaparece. É o instituto denominado “confusão” (CC, art. 381). Quer dizer, os direitos subjetivos pressupõem sempre pelo menos *dois* sujeitos: quem tem o direito (sujeito ativo) e quem tem o dever (sujeito passivo). Daí a noção de *relação jurídica*, também apropriada para a descrição dos fatos alcançados pelo conceito de *direito subjetivo* (Cap. 10, item 2). Assim, em vez de direito ao crédito, fala-se em relação creditícia; em vez de direito de família, em relação familiar, e assim por diante.

A todo direito subjetivo (de alguém) corresponde um dever (de outra pessoa). Há, na relação jurídica, pelo menos dois sujeitos: o ativo, que tem o direito, e o passivo, que tem o dever.

Nem todos os autores concordam com a alteridade do direito subjetivo, isto é, alguns consideram a existência de direito sem um dever correspondente. Há os que reputam o *direito potestativo* — definido como o poder de influir na situação jurídica de outro sujeito que se submete à manifestação unilateral da vontade do titular — como exemplo de direito ao qual não corresponde nenhum dever (por todos, Gomes, 1957:118). São potestativos direitos como o de revogar procuração, despedir empregado, renunciar herança e outros. O titular do direito declara sua vontade e os sujeitos envolvidos a ela se submetem. Mas mesmo aos direitos potestativos correspondem deveres de sujeitos obrigados a respeitar a vontade do titular. Ao direito do mandante de revogar a procuração corresponde o dever do mandatário de se abster de representá-lo em novo negócio; ao direito do empregador de despedir o empregado corresponde o dever deste de se retirar do local de trabalho; ao direito de renunciar herança corresponde o dever do inventariante de considerar a renúncia na proposta de partilha e assim por diante.

Os positivistas kelsenianos preferem descrever o direito (aqui entendido como a ordem coercitiva do Estado) pelo ângulo do dever (Kelsen, 1960:92; Coelho, 1995). Segundo essa abordagem, as normas jurídicas, a rigor, não asseguram direitos, mas sancionam descumprimentos de deveres. O direito subjetivo do credor, assim, não é o reflexo da norma de direito positivo que lhe garante o recebimento do crédito, mas da que sanciona o devedor inadimplente. A estrutura da norma jurídica seria mais bem descrita, segundo tal formulação, da seguinte forma: ao devedor que não paga a dívida imputa-se a sanção de

expropriação dos bens para a satisfação do crédito titularizado pelo credor. Todas as normas jurídicas, em consequência, teriam a estrutura da lei penal, em que o antecedente é a conduta que se quer evitar e o consequente, a pena prometida pelo Estado (cuja gravidade teria o efeito de desestimular a conduta indesejável). O comportamento conforme o direito é o oposto aos descritos nas normas jurídicas como antecedentes das sanções. Na formulação kelseniana, normas jurídicas não sancionadoras ("secundárias") são vistas como *partes* das sancionadoras ("primárias"). O direito subjetivo, nessa perspectiva, não existe senão como uma metáfora: é o contraponto ao dever.

3. CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES DO DIREITO SUBJETIVO

Conceitua-se direito subjetivo como a *faculdade de agir*. Trata-se da prerrogativa, assegurada pela ordem jurídica, de se comportar de uma forma específica, caso seja esta a vontade do titular do direito. Quem tem um direito subjetivo pode, na hipótese de a sua faculdade de agir ser obstruída ou prejudicada por outra ou outras pessoas, se quiser, acionar o aparato repressivo do Estado, com a finalidade de garantir o exercício do direito. Ilustram os manuais de tecnologia civilista a discussão (no final do século XIX e início do XX) entre Windscheid e Ihering sobre dois diferentes núcleos do direito subjetivo — a vontade, para o primeiro; o interesse juridicamente protegido, para o segundo — e a sua superação por meio de formulações *mistas* que os articulam, como as de Jellinek (cf., por todos, Pereira, 1961:37/44). Devido à atual predominância, nos argumentos jurídicos, do enfoque positivista da matéria, que confere primazia ao direito objetivo sobre o subjetivo, a importância da discussão é bastante reduzida.

Classificam-se os direitos subjetivos segundo vários critérios. Os mais importantes para a operacionalização do conceito são os seguintes:

a) *Direitos patrimoniais e extrapatrimoniais*. A maioria dos direitos tem valor econômico, isto é, pode ser medida em dinheiro. Se meu automóvel é danificado num acidente de trânsito, tenho direito ao completo ressarcimento dos prejuízos, e o culpado pelo evento danoso tem o dever de me indenizar. Apura-se o quanto devo despender no conserto do veículo e o custo dos táxis que vou tomar enquanto não puder voltar a utilizá-lo — é esta a medida pecuniária do meu direito. Outro exemplo: falecendo o pai viúvo, sucedê-lo-ão os filhos. Sendo dois os sucessores, cada um tem direito à metade do patrimônio do falecido. O valor

do patrimônio do pai dividido por dois é o valor do direito titularizado por cada herdeiro.

A indenização pelos danos derivados do acidente de trânsito e a sucessão *causa mortis* são exemplos de direitos patrimoniais, sempre mensuráveis em dinheiro. Nem todos os direitos subjetivos, porém, são dimensíveis em pecúnia. Não há como precificar, entre outros, o direito de guarda dos filhos ou os direitos morais de um artista sobre a obra (Lei n. 9.610/98, art. 24: ser reconhecido como o autor, manter sua criação inédita etc.), que são exemplos de direitos extrapatrimoniais. Eles não têm valor econômico e não integram o patrimônio do sujeito, senão num sentido meramente metafórico.

Certos direitos podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais em função de particularidades do seu titular. O direito à imagem titularizado por um famoso artista é patrimonial porque pode ser mensurável em dinheiro, ao contrário do direito à imagem de um desconhecido, extrapatrimonial porque não se consegue precificar.

O direito subjetivo é patrimonial ou extrapatrimonial, segundo possa ser mensurado em dinheiro ou não. Desse modo, por exemplo, o direito à indenização por ato ilícito é patrimonial, enquanto o direito ao nome, extrapatrimonial.

A extrapatrimonialidade do direito não impede que o titular, quando lesado, seja ressarcido *em dinheiro*. Toda indenização, aliás, é feita necessariamente dessa forma. Assim, se o consumidor tem seu nome inscrito indevidamente em cadastro de restrição de crédito (Serasa, SPC), ele pode não sofrer nenhum prejuízo patrimonial, mas certamente sentirá a amarga dor da injustiça. Diz-se que, nesse caso, terá direito à indenização pelos danos morais sofridos. O juiz arbitrará uma quantia qualquer, norteado pelo critério da razoabilidade. Note-se que o consumidor sofreu lesão em seu direito à honra, que tem natureza claramente extrapatrimonial, e a indenização terá de ser paga forçosamente em dinheiro: este, porém, não é uma medida daquele. O direito à honra continua sendo pecuniariamente imensurável; quer dizer, o dinheiro que o consumidor receberá a título de indenização pelo dano moral não equivale ao valor do direito lesionado. É apenas uma quantia arbitrada para fins de tentar atenuar a agressão moral havida.

b) *Direitos absolutos e relativos*. Essa classificação é feita de acordo com o

alcance da eficácia dos direitos. Alguns são universalmente eficazes, porque todos devem respeitá-los, ao passo que outros têm eficácia restrita, uma vez que apenas uma ou algumas pessoas estão obrigadas a respeitá-los. Em outros termos, os direitos absolutos são os oponíveis a qualquer pessoa. São os exercitáveis *erga omnes*, diz-se. Já os relativos são os oponíveis a determinada pessoa ou pessoas, participantes de uma relação jurídica específica. Os direitos da personalidade são absolutos: a privacidade pode ser defendida de quem quer que atente contra ela. O direito de crédito, por sua vez, é relativo: só se pode exigir o pagamento do devedor, de ninguém mais.

Direito absoluto é o oponível a todas as pessoas, como os direitos da personalidade ou o de propriedade, enquanto relativo é o direito oponível apenas à pessoa ou pessoas que participam de certa relação jurídica específica, como o direito de crédito ou aos alimentos.

Da circunstância de ser absoluto o direito subjetivo não se segue que ele não possa sofrer qualquer tipo de limitação. A qualidade de absoluto de um direito diz respeito exclusivamente à sua oponibilidade *erga omnes*. Os direitos, mesmo os absolutos, podem ser *limitados*, no sentido de não prejudicarem, em determinadas situações, outros direitos. O direito à imagem, como modalidade de direito da personalidade, é absoluto. Quem quer que macule a imagem de uma pessoa tem o dever de indenizá-la. Mas é um direito limitado, porque cede, por exemplo, diante da liberdade de informação. Se um jornal noticia a tramitação de ação penal por crime de estupro contra um famoso desportista, entre o direito à imagem dele e o interesse público de preservação da liberdade de imprensa, prevalece o segundo. O desportista não terá direito de ser indenizado pelos prejuízos à imagem causados pela veiculação da notícia verdadeira (Cap. 7, item 4). É um limite ao seu direito absoluto.

c) *Direitos reais e pessoais*. Essa classificação diz respeito apenas aos direitos patrimoniais, que se subdividem nas categorias apontadas. Não tem sentido falar em direitos extrapatrimoniais reais ou pessoais.

O direito real tem por referência um bem, enquanto o pessoal refere-se a uma obrigação a ser cumprida pelo sujeito passivo da relação jurídica. Desse modo, o direito de propriedade é real, enquanto o de crédito é pessoal. Toda propriedade tem por referência um bem (imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo), sobre o

qual, nos limites ditados pelo ordenamento jurídico, exerce o titular do direito um amplo poder. Por sua vez, o direito ao crédito refere-se à obrigação do devedor de pagá-lo no vencimento e pela forma avençada.

Se a referência do direito é um bem (imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo), ele é real; caso o objeto seja uma obrigação a ser cumprida por sujeito ou sujeitos determinados, ele é pessoal.

O direito real é absoluto no sentido de ser oponível a todo e qualquer sujeito. Se *qualquer um* invadir imóvel que não seja de sua propriedade, o proprietário pode opor-lhe seu direito real e demandar a reintegração na posse. Mesmo que desconheça quem praticou o esbulho, ainda assim poderá o proprietário opor-lhe seu direito. Já o direito pessoal é relativo, visto que referido a uma obrigação a ser cumprida por uma ou algumas pessoas certas.

O interesse na distinção entre direitos reais e pessoais é decrescente. A rigor, se toda relação jurídica é um vínculo entre sujeitos, a referência ao direito (ou ao dever) não tem maior relevância. A oponibilidade *erga omnes* descreve a situação anterior à lesão ao direito. Isto é, uma vez verificado o descumprimento do dever, deixa de ter importância a natureza absoluta do direito real, já que o usurpador do direito de propriedade (invasor) é tão determinado quanto o devedor inadimplente. Por essa razão, para preservar a utilidade da classificação, alguns autores — entre nós, Orlando Gomes (1957:114/117) — chegam a defender a existência de relações jurídicas entre sujeito e bem, que seriam as próprias dos direitos reais.

d) *Direitos disponíveis e indisponíveis*. Alguns direitos o sujeito pode, por ato de vontade, deixar de titularizar e outros, não. Os primeiros são os disponíveis. O titular pode aliená-los de seu patrimônio, por meio de negócio jurídico, seja transferindo-os a outro sujeito, seja renunciando a eles. Os direitos patrimoniais do autor, os direitos reais, o direito ao crédito e outros são disponíveis porque podem ser objeto de ato de disposição praticado pelo seu titular. Por outro lado, os direitos indisponíveis são os que a lei considera tão importantes que impede até mesmo o seu titular de abrir mão deles. O direito aos alimentos, por exemplo, é indisponível. Alguém pode deixar de exercê-lo, por orgulho ou desconhecimento, mas ninguém pode validamente renunciar a ele ou transferi-lo a terceiros. Todo direito disponível é renunciável e todo direito indisponível,

irrenunciável (Cap. 12, item 1).

e) *Direitos prescritíveis e imprescritíveis*. Alguns direitos devem ser exercidos dentro do prazo estabelecido em lei. Estes são chamados de prescritíveis e correspondem à maioria dos direitos: ao crédito, de ser indenizado, de reclamar contra vícios nas coisas compradas etc. Se o titular não o exerce no prazo da lei (prescricional ou decadencial), ele o perde. A extinção do direito em razão da inércia do titular e do decurso do tempo é condição de segurança das relações jurídicas (Cap. 12, item 1). Há, porém, certos direitos que, por sua relevância, a lei define como imprescritíveis. Nesses casos, mesmo que transcorrido muito tempo, o titular ainda pode exercê-lo. São situações excepcionais que dependem de expressa previsão legal. O direito de pleitear a nulidade absoluta de negócio jurídico é exemplo de direito imprescritível (CC, art. 169).

f) *Direitos vitalícios e temporários*. Vitalícios são os direitos cuja existência coincide com a do sujeito que os titulariza ou a excede. Os direitos da personalidade (imagem, nome, honra, corpo etc.) são vitalícios porque, enquanto a pessoa (física ou jurídica) existir, ela o titulariza; e mesmo após a morte do homem ou mulher, ainda pode ser defendido o seu direito à imagem ou à honra. Temporários são os direitos que duram menos que o seu titular. Correspondem à maioria dos direitos subjetivos. O direito ao crédito, por exemplo, existe até que seja pago o devido ou extinta a obrigação.

Nem todo direito vitalício é imprescritível. Se um direito da personalidade é desrespeitado, o titular não tem a vida toda para promover a responsabilização civil de quem o desrespeitou. Ao contrário, tem o prazo de três anos, findo o qual perderá o direito ao ressarcimento. Embora prescritível, trata-se de direito vitalício, pois, enquanto viver o titular, terá ele direito de vê-lo respeitado.

g) *Direitos principais e acessórios*. Os direitos principais são independentes, enquanto os acessórios dependem sempre de algum outro para ser exercido. O direito aos juros moratórios é acessório do direito ao crédito. Se, na cobrança de uma dívida, o juiz considerar que houve excesso e reduzir o valor, não serão devidos juros moratórios sobre o excedente considerado indevido porque se cuida de direito acessório.

4. DIREITOS ADQUIRIDOS E EXPECTATIVA DE DIREITOS

A aquisição de um direito decorre da verificação da condição ou das condições estabelecidas na norma jurídica pertinente. A lei considera que o

sujeito é titular de um direito subjetivo quando presentes os pressupostos (de fato e de direito) nela referidos. Dependendo da complexidade e relevância dos interesses envolvidos, a lei submete a aquisição de direitos ao cumprimento de uma série, maior ou menor, de requisitos. Para situações simples e corriqueiras, elegem-se poucos pressupostos. Se desejo um automóvel, dirijo-me à loja, negocio, assino alguns documentos, pago o preço contratado e adquiro a propriedade do bem. Para outras situações, em que se entrecruzam interesses e possibilidades, procura a lei condicionar a aquisição de direitos a maior gama de requisitos. Veja-se, por exemplo, o caso do filho interessado em mudar-se para um imóvel pertencente ao pai, de cujo paradeiro ninguém sabe.

Se uma pessoa desaparece de seu domicílio, sem que dela se tenha notícia, o juiz declarará sua ausência e nomeará um curador de seus bens, a menos que o desaparecido tenha deixado procurador ou representante (CC, art. 25). Depois de um ano da arrecadação dos bens do ausente, pode ser aberta sua sucessão provisória, como se falecido fosse (CC, arts. 26 e 28). Nela é feita a partilha dos bens do ausente, em virtude da qual o filho, provando a qualidade de herdeiro, *adquire* o direito de posse de imóvel da propriedade do ausente (CC, art. 30, § 2º). Pois bem, listem-se as condições que a lei estabeleceu para que aquela pessoa (o filho) se tornasse titular do direito em questão: desaparecimento do pai; inexistência de notícias de seu paradeiro; inexistência de procurador ou representante; declaração judicial de ausência; nomeação de curador dos bens do ausente e sua arrecadação; transcurso do prazo de um ano após a arrecadação dos bens; declaração judicial de abertura da sucessão provisória; prova, pelo filho, da qualidade de herdeiro. A extensa lista justifica-se pela complexidade dos interesses envolvidos com o assunto: afinal, o ausente pode ainda estar vivo e retornar a qualquer momento.

De qualquer forma, independentemente da extensão dos requisitos estabelecidos pela lei para que determinado sujeito passe a titularizar um direito, é certo que, enquanto não satisfeitos integralmente tais requisitos, não se pode falar em *aquisição* do direito. O direito adquirido é aquele que integra já o patrimônio de uma pessoa exatamente porque foram cumpridos, em sua totalidade, os correspondentes pressupostos de fato e de direito previstos em norma jurídica.

Direito adquirido é o incorporado definitivamente no patrimônio do titular. Dá-se a aquisição com o preenchimento de todos os requisitos fixados pela lei para isso. Quando um ou mais dos requisitos estão cumpridos, mas não todos, o sujeito tem apenas expectativa de direito.

Quando ainda não se completou o processo de aquisição do direito, mas alguns dos pressupostos legalmente estabelecidos já se verificaram, costuma-se dizer que há *expectativa de direito*. É necessário estabelecer claramente a distinção entre direito adquirido e expectativa de aquisição. Afinal, quem tem mera expectativa de direito não tem direito nenhum. Conferir àquele em relação ao qual não se cumpriram todos os pressupostos para a aquisição de um direito o mesmo tratamento dispensado àquele outro, em relação ao qual tais pressupostos foram totalmente atendidos, é não só desobedecer a lei, como também desrespeitar o princípio constitucional da igualdade.

Por outro lado, quando a lei assegura ao titular de simples expectativas a adoção de medidas assecuratórias de seu interesse (fala-se inapropriadamente de "direitos acumulados"), ela está, em última análise, concedendo um direito subjetivo.

5. EXERCÍCIO DOS DIREITOS

A todo direito subjetivo corresponde uma ação que o assegura. Quer dizer, o sujeito pode sempre ir a juízo e propor uma demanda contra quem considera esteja descumprindo o dever correlativo ao seu direito. Assim fazendo, estará acionando a máquina repressora do Estado na tentativa de ver prevalecer o seu interesse. Caberá ao juiz decidir o conflito, definindo se o demandante tem razão em seu pleito ou se o demandado estava resistindo de forma legítima a ele. É assim que se solucionam os conflitos de interesses nas sociedades democráticas e organizadas.

O ideal é que a decisão do juiz, ao reconhecer o desrespeito a um direito subjetivo, pudesse assegurar ao titular a mesma situação em que se encontraria caso não tivesse havido o descumprimento do dever correspondente. Imagine que o comprador de imóvel a prazo, após cumprir integralmente seu dever de pagar as prestações contratadas, vê-se diante de um vendedor que se nega a outorgar-lhe a escritura pública de compra e venda indispensável ao registro para fins de transferência da propriedade do bem. Nesse caso, ele pode requerer ao juiz que lhe adjudique o imóvel por sentença. Levada a registro a sentença

adjudicatória, transfere-se o bem para a propriedade do comprador. Aqui, o titular do direito acabou alcançando, por meio da atuação estatal, resultado idêntico ao que teria advindo do cumprimento do dever correspondente.

Isso, porém, nem sempre é materialmente possível.

Em algumas situações, a lesão ao direito não pode ser desfeita. Se a imagem e a honra de uma pessoa são lesadas em razão da veiculação de notícia falsa pela TV, não é materialmente possível promover a integral recuperação dos direitos subjetivos desrespeitados. Nesse caso, procura-se atenuar os efeitos da lesão por meio de mecanismos ressarcitórios. Isto é, a TV é obrigada pelo juiz a veicular esclarecimentos que recomponham a verdade dos fatos e pagar indenização (por danos materiais e morais) ao sujeito titular dos direitos desrespeitados.

Em suma, há deveres cujo cumprimento pode ser materialmente exigido e obtido pela atuação do aparelho repressor do Estado, e há os deveres irremediavelmente descumpridos, em relação aos quais cabe apenas exigir e obter sua substituição por um resultado próximo ou pelo mais completo ressarcimento.

Se o titular do direito lesionado obtém em juízo uma decisão que lhe assegura exatamente o mesmo resultado que adviria do cumprimento do dever correspondente, opera-se a execução específica *da obrigação. Caso não seja possível o mesmo resultado, este será substituído ou por um resultado semelhante ou pela completa indenização dos danos que tiver sofrido.*

Quando o titular do direito consegue, por meio da demanda judicial, obter exatamente o mesmo resultado que adviria do cumprimento do dever correspondente, opera-se a *execução específica* ou *direta* da obrigação inadimplida. Quando não é possível alcançar o resultado idêntico ao do adimplemento da obrigação, esta deve ser substituída (execução subsidiária). Abrem-se, então, duas alternativas: a substituição por um resultado *próximo* ao que decorreria do cumprimento do dever ou o *ressarcimento*. Nesta última hipótese de substituição, diz-se que a obrigação em foco resolveu-se em *perdas e danos* (Cap. 13, item 2).

Capítulo 6

OS SUJEITOS DE DIREITO

1. INTRODUÇÃO

Até aqui, neste *Curso*, tenho empregado os termos *sujeito* e *pessoa* sem explicitar a conceituação deles. Também, vez por outra, em razão de imperativo de ordem didática, tenho-os empregado sem estrito respeito aos sentidos técnicos que lhes atribuo. Chegou o momento de precisar os contornos de cada termo e descartar qualquer atecnicidade em sua utilização. Embora a maioria da doutrina os tome por conceitos sinônimos (por todos, Monteiro, 2001:56), é necessário distingui-los. De fato, como afirma Fábio Konder Comparato, "nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los" (1977:268). Desse modo, *sujeito de direito* é gênero e *pessoa* é espécie; isto é, nem todo sujeito de direito é pessoa, embora toda pessoa seja sujeito de direito (Coelho, 1989:74/89).

A norma jurídica, para cumprir sua função de orientar a superação dos conflitos de interesses em sociedade, descreve os fatos a disciplinar e imputa-lhes certa consequência. Na descrição dos fatos e prescrição de consequências, a norma necessariamente deve aludir aos agentes responsáveis ou atingidos pelas condutas descritas ou prescritas. Não há comportamento sem agente, sem um autor para a ação enfocada. Desse modo, ao descrever os fatos que pretende regular, a norma jurídica, implícita ou explicitamente, acaba se referindo a agente ou agentes. Também na imputação de consequências, a norma jurídica identifica forçosamente quem deve receber a sanção ou o benefício, quem deve mudar de estado etc. Em suma, não é possível orientar a superação de conflitos de interesses em sociedade desconsiderando que todo interesse tem um titular.

Sujeito de direito é o titular dos interesses *em sua forma jurídica*.

Note-se que, em última instância, sempre se encontrará um ser humano, homem ou mulher, titularizando o interesse em conflito. Ainda que mediados por outros titulares não humanos, todos os conflitos de interesses dão-se sempre entre humanos, "pessoas nascidas do ventre de uma mulher" (Ascarelli). A complexidade das relações econômicas e sociais, contudo, exige do direito a

construção de conceitos (isto é, de abstratos), destinados a dar uma *forma jurídica* para a titularidade dos interesses. Essa forma nem sempre coincide com a realidade de fato, na qual somente humanos têm interesses. Em outros termos, para o direito, titularizam interesses não apenas homens e mulheres, mas também alguns "seres ideais" de natureza incorpórea.

> *Sujeito de direito é o centro de imputação de direitos e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres.*
>
> *Nem todo sujeito de direito é* pessoa *e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos.*

A construção pelo direito de conceitos destinados à identificação de seres ideais titulares de interesses (melhor dizendo, de direitos e obrigações) visa, na verdade, melhor disciplinar relações entre homens e mulheres. A finalidade do direito é promover a superação dos conflitos de interesses postos em sociedade, uma sociedade humana. Quando estabelece, por exemplo, que o *condomínio edilício* é um sujeito de direito, está, a rigor, tratando de modo racional a convergência (e divergência) de interesses dos homens e mulheres que moram num mesmo edifício. Os seres incorpóreos que existem para o direito são sempre instrumentos para melhor disciplinar as relações econômicas e sociais de maior complexidade entre os seres humanos. Na forma jurídica, essas abstrações titularizam direitos e obrigações exclusivamente para que os conflitos de interesses de homens e mulheres possam ser superados de modo mais racional.

Conceitua-se, então, sujeito de direito como o *centro* de imputação de direitos e obrigações pelas normas jurídicas. São sujeitos, entre outros, as pessoas naturais (homens e mulheres nascidos com vida), os nascituros (homens e mulheres em gestação no útero), as pessoas jurídicas (sociedades empresárias, cooperativas, fundações etc.), o condomínio edilício, a massa falida e outros. Todos eles são aptos a titularizar direitos e obrigações em variadas medidas e se cumpridas diferentes formalidades.

2. ESPÉCIES DE SUJEITOS DE DIREITO

Há dois critérios de classificação dos sujeitos de direito. O primeiro os divide em personificados (ou personalizados) e despersonificados (ou despersonalizados). O segundo distingue, de um lado, os sujeitos humanos (ou

corpóreos) e, de outro, os não humanos (ou incorpóreos).

Como dito anteriormente, nem todos os sujeitos de direito são pessoas, isto é, são personificados. Há sujeitos, por conseguinte, que ostentam certos atributos reservados pelo direito para as “pessoas” e há os que não os ostentam.

Destaque-se que mesmo os sujeitos de direito despersonalizados são titulares de direitos e deveres. O atributo da personalização não é condição para possuir direitos ou ser obrigado a qualquer prestação. Recupere-se o conceito de sujeito de direito — centro de imputação de direitos e obrigações referidos pelas normas jurídicas. Todos os sujeitos nele se enquadram, de modo que também os despersonificados são aptos a titularizar direitos e deveres.

Quando o direito atribui a determinado sujeito a qualidade de pessoa, ou seja, quando o personifica, concede-lhe uma autorização genérica para a prática dos atos e negócios jurídicos. As pessoas (no campo disciplinado pelo direito privado) podem fazer tudo a que não estejam proibidas. A larga permissão para a prática de todos os atos e negócios jurídicos não proibidos decorre da personificação do sujeito de direito.

Este é o atributo reservado pelo direito para as pessoas — a autorização genérica para a prática dos atos e negócios jurídicos. Os sujeitos despersonificados não ostentam esse atributo. Quer dizer, eles só podem praticar os atos inerentes à sua finalidade (quando possuem uma) e os expressamente autorizados por lei.

Os sujeitos de direito podem ser pessoas (personificados) ou não (despersonificados). No primeiro caso, ele recebe do direito uma autorização genérica para a prática dos atos e negócios jurídicos. A pessoa pode fazer tudo o que não está proibido. Já os sujeitos não personificados podem praticar apenas os atos inerentes à sua finalidade (se possuírem uma) ou para os quais estejam especificamente autorizados.

Para ilustrar a diferença, considere a seguinte questão: determinado sujeito de direito está apto a iniciar o exercício de uma atividade empresarial? Especificamente, a de explorar o comércio de, por exemplo, brinquedos? A resposta dependerá da classificação do sujeito de direito. Se for uma pessoa, é afirmativa: atendendo às normas regulamentares da atividade, o sujeito personificado está apto a explorar qualquer empresa. Se não for pessoa, porém, a resposta dependerá da existência, na lei, de autorização específica para a

exploração de atividade econômica ou inerência à finalidade do sujeito. A diferença de tratamento entre as duas categorias de sujeitos de direito resulta do fato de que, no primeiro caso, a lei já conferiu ao sujeito uma autorização genérica para qualquer ato que não esteja proibido. E não há proibição nenhuma para as pessoas exercerem o comércio de brinquedos. A autorização genérica acompanhou a concessão da personificação. Uma sociedade anônima é pessoa (jurídica) e está, assim, autorizada a dar início à atividade empresarial exemplificada. A fundação também é pessoa (jurídica) e, embora não possa ter finalidade econômica, pode comercializar brinquedos para, por exemplo, levantar recursos para aplicar numa finalidade caritativa. Já o condomínio edilício não é pessoa, mas sujeito de direito despersonificado. A exploração de comércio não é inerente à sua finalidade (administrar o edifício em condomínio) e não existe tampouco norma jurídica autorizando-o a fazê-lo de modo específico. Falta ao condomínio edilício, assim, aptidão para a prática dos atos referentes à exploração de qualquer empresa comercial.

O segundo critério de classificação dos sujeitos de direito distingue entre humanos e não humanos.

Os sujeitos humanos são os homens e mulheres. Estes sujeitos surgem, para o direito, desde o momento em que um embrião do mamífero primata *Homo sapiens* se encontra alojado no útero de uma fêmea da espécie e inicia seu processo de formação de um animal biologicamente independente. Enquanto alojado no útero da mãe, o sujeito de direito é chamado de *nascituro* e não tem personalidade jurídica. É um sujeito despersonalizado. Só pode praticar os atos para os quais haja expressa previsão legal, como, por exemplo, receber bens em doação (CC, art. 542). Seu estatuto jurídico altera-se substancialmente quando, decorridos cerca de nove meses, o processo de formação de um animal biologicamente independente expulsa o ser humano do aconchego do útero materno. Se, nesse momento, nascer com vida (respirar), o sujeito adquire *personalidade* jurídica, isto é, torna-se uma *pessoa* para o direito.

Já os sujeitos não humanos são os demais. Trata-se, como visto, de meros conceitos criados pelo direito para melhor disciplinar os interesses potencialmente conflitantes dos seres humanos. Nessa categoria se encontram a pessoa jurídica (associações, sociedades e fundações), a massa falida, o condomínio edilício, a conta de participação e outros entes artificiais. O surgimento de um sujeito não humano sempre ocorre com determinado objetivo, isto é, tendo em vista uma finalidade particular. Se ele é despersonalizado, a finalidade para a qual foi criado o sujeito de direito circunscreve os únicos

negócios jurídicos para cuja prática ele está apto.

Os sujeitos de direito se classificam, também, em humanos ou não humanos. É humano o homem ou a mulher, desde o momento em que, como embrião, se aloja no útero da mãe biológica. Enquanto lá permanece, é sujeito despersonificado. Nascendo com vida, adquire personalidade. Não humanos são os demais sujeitos de direitos, criações conceituais destinadas a melhor disciplinar os interesses dos humanos.

A rigor, o segundo critério de classificação dos sujeitos de direito não tem relevância jurídica. Humano ou não humano, o sujeito de direito pode praticar ou não atos e negócios jurídicos determinados em função de seu enquadramento de acordo com o primeiro critério, isto é, segundo seja personificado ou não. A distinção, contudo, é útil à compreensão do instituto e de sua funcionalidade. Homens e mulheres, portanto, são sujeitos de direito humanos personificados; nascituros são sujeitos humanos despersonificados; fundações, sujeitos de direito não humanos personificados; massa falida, um não humano despersonificado e assim por diante.

3. SUJEITOS PERSONIFICADOS

Personificados são os sujeitos de direito dotados de personalidade jurídica. Muitos autores conceituam *personalidade jurídica* como a aptidão para titularizar direitos e obrigações (cf., por todos, Pereira, 1961:198). Assim fazendo, tomam por equivalentes as categorias de *pessoa* e *sujeito de direito*; não consideram, ademais, os entes despersonificados como espécie de sujeitos de direito. A consequência é a desestruturação lógica do modelo de exame dos institutos jurídicos aqui considerados. A aptidão para titularizar direitos e obrigações é atributo de todos os sujeitos de direito e não somente dos dotados de personalidade jurídica. O conceito desta, como ressaltado, é o de uma autorização genérica para a prática de atos e negócios jurídicos não proibidos.

Os sujeitos personificados são as *pessoas*, que podem ser físicas (também chamadas “naturais”) ou jurídicas (“morais”). As pessoas físicas são sujeitos de direito humanos, e as jurídicas, não humanos. Tanto umas quanto as outras, por serem personificadas, estão autorizadas à prática dos atos e negócios jurídicos em geral. Podem fazer tudo o que quiserem, desde que para elas não seja proibido.

Personalidade jurídica, assim, é uma autorização genérica concedida pelo direito para determinados sujeitos, tornando-os aptos à prática de qualquer ato jurídico não proibido. É uma decorrência do princípio da legalidade, expresso em norma constitucional: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II). Em relação às pessoas físicas, não há outras considerações a externar. Sempre que um homem ou uma mulher quiser praticar determinado ato, basta verificar se para isso existe expressa proibição legal. Inexistindo, a pessoa natural estará sempre apta a praticá-lo (se for capaz, diretamente; se incapaz, por meio de representante ou mediante assistência).

A definição de personalidade jurídica apresentada, porém, reclama maior precisão quando se trata de pessoa jurídica. O princípio da legalidade não se aplica a essa categoria de sujeito personificado tal como se aplica aos homens e mulheres. Em primeiro lugar porque há algumas pessoas jurídicas para as quais o conceito de personificação acima não é inteiramente apropriado (as pessoas de direito público). Em segundo, porque, em certos casos, mesmo inexistindo proibição expressa, deve-se considerar a pessoa jurídica inapta à prática do ato. Examine-se cada aspecto com um pouco mais de demora.

As pessoas jurídicas de direito privado, ao receberem o atributo da personalidade jurídica, tornam-se aptas à prática de quaisquer negócios jurídicos. Podem comprar e vender, contratar seguro, celebrar contrato de trabalho como empregadora, iniciar novas atividades (respeitados os regulamentos específicos), alienar ou adquirir direitos creditórios etc. Para todos esses atos, e muitos mais, não é necessária uma específica e expressa autorização, porque a personalidade que ostenta equivale a uma autorização genérica.

Para as pessoas jurídicas de direito público, porém, o atributo da personalidade jurídica não pode ter o mesmo significado. Em outros termos, é necessário distinguir entre a personalidade jurídica de direito privado e a de direito público. Para as pessoas cujas relações estão disciplinadas pelo direito privado (Cap. 1, item 3.1), a personificação pode ser entendida como a autorização genérica para a prática de qualquer ato jurídico não proibido. Este é o conceito de personalidade de direito privado. Para as pessoas sujeitas ao regime de direito público, no entanto, essa formulação não é adequada. Isso porque o princípio da legalidade, para as pessoas de direito público, é por assim dizer invertido. O Estado não pode praticar todos os atos para os quais inexista proibição. A legalidade de direito público é mais estreita. As pessoas públicas só podem praticar atos com base em preceito legal autorizativo. Não basta a

inexistência de proibição para que a pessoa de direito público esteja apta a praticar o ato jurídico pretendido. Para ela, é indispensável amparo legal autorizando, em termos gerais ou específicos, aquela prática (Cap. 1, item 3.3). O conceito de personalidade de direito público, em suma, é mais próximo da noção de despersonificação.

Personalidade jurídica é a autorização genérica, conferida pelo direito, para a prática de atos não proibidos.

Quando referenciado a pessoas jurídicas, o conceito de personalidade deve ser precisado em dois aspectos: a personificação da pessoa jurídica de direito público tem sentido diverso e as proibições não precisam, em alguns casos, ser expressas.

Outro ponto a aclarar, como visto, diz respeito à proibição da prática dos atos pelas *pessoas jurídicas*. Normalmente, uma proibição deve ser expressa. Como as pessoas de direito privado, em razão da garantia constitucional derivada do princípio da legalidade, não podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de preceito legal, a proibição depende de norma jurídica expressa e de nível hierárquico igual ou superior ao das leis. E assim é, sem dúvida, em relação às pessoas físicas. Se não houver proibição expressa em lei, é uma garantia constitucional dos homens e mulheres (expressa, na lei ordinária, por meio da outorga de personalidade jurídica) fazerem tudo o que quiserem.

Na operacionalização do conceito de personalidade de direito privado em vista de pessoas jurídicas, porém, deve-se considerar que os elaboradores dos dispositivos em que se assentam as normas jurídicas nem sempre estão suficientemente atentos para as exigências do rigor técnico. Por isso, escapa-lhes, por vezes, contemplar uma proibição expressa, quando deveriam fazê-lo. Desse modo, se a norma menciona que determinada conduta ou condição se refere a pessoas físicas, deve o intérprete considerar que está sendo proibida a prática de atos correspondentes pelas pessoas jurídicas. Veda-se, nesse caso, qualquer tipo de interpretação extensiva. Veja o art. 146 da Lei das Sociedades por Ações. Nele se estabelece que só podem ser eleitas para os órgãos de administração de uma companhia pessoas naturais. Ao especificar que o eleito deve ser pessoa natural, a lei está proibindo (ainda que não expressamente) a eleição de pessoas jurídicas para o cargo.

Em outras ocasiões, é tão evidente que determinada norma não é aplicável às

pessoas jurídicas que seria até mesmo um despropósito ressalvar a hipótese. Cogite-se de institutos como adoção, casamento, reconhecimento de filho, eleição para cargo governamental, regime do empregado e outros que, por sua própria natureza, somente podem referir-se a pessoas humanas. Nesses casos, mesmo não existindo proibição expressa, deve-se considerar a pessoa jurídica excluída da autorização para a prática dos atos correspondentes.

Por fim, esclareça-se que a aptidão para a prática de atos e negócios jurídicos conferida pela personificação não assegura a validade e regularidade dos que vierem a ser praticados. Não é porque o sujeito responsável pelo ato jurídico é pessoa que está afastada a possibilidade de equívocos, desatendimentos a formalidades essenciais ou mesmo fraude. Muito pelo contrário. Estamos, afinal, tratando de apenas um entre muitos requisitos jurídicos para a adequada realização de atos e negócios jurídicos. Assim, uma fundação, por ser pessoa jurídica, pode praticar qualquer ato para o qual não esteja proibida. Por exemplo, adquirir um imóvel com o intuito de nele explorar uma atividade comercial. Se esse ato se destina, afinal, a gerar recursos para a realização das finalidades culturais, morais, religiosas ou de assistência que as move, ele é regular (sob esse aspecto, pelo menos). Se o real objetivo, contudo, é diverso, isto é, a fundação é apenas um instrumento para exploração de atividades econômicas lucrativas, embora ela continue dotada de personalidade jurídica, e, portanto, apta à prática dos mesmos atos e negócios jurídicos, estes não serão mais regulares. Quer dizer, a compra e venda do imóvel e os atos de comércio que praticar serão válidos e produzirão todos os seus efeitos, mas os administradores da fundação serão responsabilizados pelo desvio de finalidade.

4. SUJEITO DESPERSONIFICADO HUMANO:O NASCITURO

A exemplo dos personificados, os sujeitos despersonificados podem ser humanos ou não humanos. O homem e a mulher, enquanto se encontram em processo de gestação no útero materno (nascituros), são já *sujeitos de direito*, embora não sejam ainda *pessoas*. O art. 2º do CC estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Isso significa que, antes do nascimento com vida, o homem e a mulher não têm personalidade, mas, como já titularizam os direitos postos a salvo pela lei, são sujeitos de direitos. Desse modo, falecendo o pai quando o filho já se encontrava em gestação no útero da

mãe, o nascituro é sucessor, a menos que não venha a nascer com vida.

A proteção que a lei confere ao nascituro tem importantes implicações. Na situação mencionada acima, se o falecido já possuísse outros filhos e o nascituro não tivesse os seus direitos postos a salvo desde a concepção, ele não seria considerado sucessor e deixaria de concorrer à herança. Seria, enfim, tratado de forma injustificadamente diversa da dos seus irmãos nascidos enquanto era ainda vivo o pai.

Código Civil:

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

A condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a *nascer com vida*. Se falecer antes de cumprida essa condição, não será considerado sujeito de direito pela lei brasileira. No exemplo acima, o natimorto não se tornaria sucessor, e deixaria de concorrer à herança. Em outros termos, para que o nascituro seja sujeito de direito, é necessário que vingue como pessoa, ou seja, nasça com vida e, consequentemente, adquira personalidade jurídica. O ser humano que não nasce com vida não adquire personalidade jurídica e não se torna pessoa física; em virtude disso, também não será reputado sujeito de direito enquanto se encontrava no útero materno. Para que o nascituro seja sujeito de direito despersonificado, em suma, é necessário que tenha, uma vez completado o tempo de gestação, se tornado uma pessoa.

Considera-se que alguém nasceu com vida desde que respire o ar atmosférico (Beviláqua, 1908:78). Das múltiplas funções vitais que um organismo humano pode manifestar, tem a tecnologia civilista indicado que é o primeiro movimento de inspiração de ar para os pulmões que caracteriza o nascimento com vida. É irrelevante, para esse efeito, a falta de manifestação de qualquer outro sinal vital ou mesmo a ruptura do cordão umbilical. Tendo entrado ar nos pulmões do recém-nascido, verificou-se o fato jurídico de que decorre o surgimento da personalidade.

É suficiente, no direito brasileiro, para a aquisição de personalidade jurídica que a pessoa viva algum tempo, por menor que seja, após deixar o útero

materno. Uma só breve respiração basta para que o direito considere pessoa o recém-nascido. É indiferente se a minúscula vida vivida apresenta, ou não, perspectivas reais de evolução. Tendo vivido um segundo que seja após nascer, o nascituro terá preservado todos os seus direitos desde a concepção. Isto é, receberá direitos de quem for sucessor e, se vier a falecer logo em seguida, os transmitirá a seus próprios sucessores. Definir se a criança é natimorta ou se chegou a respirar é relevantíssimo em determinadas hipóteses. Imagine que, no exemplo adotado, o pai falecido possuía um filho de casamento anterior e nenhum outro sucessor (não era, pois, casado com a mãe do nascituro). Se a criança ainda em gestação ao tempo de sua morte nasce com vida, é sucessora e herdeira dele. Nesse caso, metade do patrimônio do falecido pertencerá ao filho do primeiro casamento e metade, ao novo filho. Se este vier a falecer ainda recém-nascido, os bens que herdou serão transmitidos por sucessão aos seus próprios sucessores (a mãe, em primeiro lugar). Caso, porém, ele não tivesse nascido com vida, não teria adquirido personalidade jurídica e não seria sucessor. Em decorrência, todos os bens do patrimônio do falecido seriam transmitidos ao filho do primeiro casamento. Em razão da relevância que o assunto pode apresentar em certos casos, os médicos que assistem ao parto do natimorto devem realizar testes que lhes permitam documentar se houve, ou não, respiração.

Em alguns países, como a França por exemplo, condiciona-se a tutela dos direitos do nascituro à *viabilidade* da vida extrauterina (por todos, Larroumet, 1998:196/197). Lá, se constatado que faltava ao recém-nascido, morto com pouco tempo de vida, meios orgânicos mínimos para sobreviver como ser biologicamente independente, não se tutelam os direitos do nascituro. Em outros termos, não se lhe reconhece a condição de sujeito de direito. Esse requisito, o da viabilidade, torna a questão da titularidade dos direitos mais complexa, já que envolve uma estimativa dos médicos muito difícil de precisar: o natimorto tinha meios orgânicos para existir fora do útero, ou não os tinha? No Brasil, como se disse, a viabilidade é irrelevante e considera-se pessoa ainda o recém-nascido desprovido de órgãos vitais, com pequeníssima perspectiva de vida. Mesmo nesse caso considera-se que, tendo feito ao menos uma respiração, tornou-se pessoa com o nascimento e foi sujeito de direito despersonificado desde a concepção e enquanto durou sua existência intrauterina.

Se o ser humano nasce com vida (isto é, chega a respirar o ar atmosférico) operam-se duas consequências jurídicas: ele se torna pessoa física e se considera que, enquanto durou sua existência intrauterina, foi um sujeito de direito despersonificado.

Ao preservar os direitos do nascituro, a lei acaba lhe conferindo também certos deveres. Considerando ainda a situação exemplificada acima, se havia imóveis entre os bens do falecido herdados pelo nascituro, ele será devedor do imposto incidente sobre a propriedade imobiliária durante o tempo de sua gestação. Claro que — a exemplo dos menores proprietários — as providências atinentes ao cumprimento dessa obrigação serão adotadas pelos representantes. No cadastro de contribuintes da Prefeitura, por outro lado, não poderá ser lançada a identificação do nascituro, visto que eventualmente nem nome ainda tenha. Mas é ele o devedor do tributo. Se alguém pagar em seu lugar (como é provável que ocorra), terá crédito a receber do nascituro, *caso venha a nascer com vida*.

Tratei, até aqui, dos direitos do nascituro relacionados à possibilidade de ele vir a se tornar pessoa. Mas além desses direitos, assegurados em razão da sua posterior personificação — isto é, *condicionados* ao seu nascimento com vida —, também se encontram espalhadas pelo ordenamento jurídico normas que visam protegê-lo independentemente dessa condição. Nascendo ou não com vida, tem o nascituro determinados direitos em razão de normas que limitam a vontade de sua mãe durante a gestação. Assim, por exemplo, a mulher grávida não pode doar órgãos, tecidos ou partes de seu corpo para retirada em vida, exceto a medula e desde que não haja risco à sua saúde ou à do nascituro (Lei n. 9.434/97, art. 9º, § 7º).

4.1. Natureza jurídica do embrião *in vitro*

Em julho de 1978, numa maternidade londrina, os médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards convocaram a imprensa para anunciar que havia sido dada à luz uma saudável menina, de nome Louise. Ela provinha de um embrião fecundado por meio de uma nova técnica, em pesquisa há mais de dez anos: a fertilização *in vitro*. Por essa técnica, retiram-se cirurgicamente óvulos do ovário da mãe para fertilizá-los com os espermatozoides do pai em laboratório. Em seguida, o óvulo fecundado é implantado no útero. A imprensa chamou Louise de “bebê de proveta” e deu ao fato o costumeiro destaque escandaloso. Desde então milhares

de casais com problemas de fertilidade, em todo o mundo, têm-se beneficiado da técnica para cumprir a mais gratificante das realizações humanas — ter filho.

Mas os custos e limitações das técnicas de fertilização assistida *in vitro* acarretaram também uma situação inusitada, que tem provocado sérios questionamentos morais e éticos. A fertilização *in vitro* origina vários embriões, todos aptos a serem implantados em útero e se desenvolverem como seres humanos (cf. Leite, 1995; Araújo, 1999). Nem todos eles, porém, têm esse destino. De fato, uma vez implantado com sucesso qualquer um deles, e iniciada a tão almejada gravidez, os demais tornam-se excedentes. Além disso, pesquisas científicas têm demonstrado que embriões humanos são úteis no tratamento de algumas doenças. O avanço dessas pesquisas e a aplicação terapêutica de seus resultados dependem da existência de embriões não destinados ao ciclo biológico regular dos seres humanos (nascer, crescer, reproduzir e morrer), mas a servirem de insumo de produtos e processos terapêuticos aplicados em outros seres humanos. No limite, os embriões se tornariam bens de consumo como qualquer remédio, e poderiam ser industrializados e comercializados.

A existência dos embriões excedentes e dos destinados à pesquisa científica ou terapias motiva debates intensos no campo da religião, da moral e da bioética. Integra, além disso, a pauta de preocupações em torno das quais tem sido construído o biodireito (Leite, 2001). Nesses debates, tem importância central a questão sobre o fato que caracteriza o "surgimento" de novo ser humano. Os argumentos desconfortáveis com a existência daqueles embriões consideram que desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, seja *in vitro* ou *in utero*, estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente o novo ser. A partir da fecundação, o que sucede é apenas a evolução do processo biológico. Em outros termos, para tais argumentos, não há nenhuma diferença *essencial* entre o embrião (mesmo o fecundado *in vitro*) e um ser humano adulto, em termos de dignidade. A mesma proteção conferida pelo direito a este deve estender-se àquele, por conseguinte. A conclusão de tais argumentos é a de que os embriões *in vitro* são sujeitos de direito e merecem, como os nascituros, tutela da lei.

O embrião fecundado in vitro *e não implantado* in utero *é sujeito ou objeto de direito? Não há ainda uma resposta consensual, na tecnologia jurídica, para essa complexa questão.*

De outro lado, os argumentos não desconfortáveis com a existência dos embriões excedentes e os destinados à pesquisa ou finalidades terapêuticas sustentam que o "surgimento" do ser humano não pode ser identificado com a fecundação. Enquanto o embrião não é implantado num ambiente orgânico propício ao seu desenvolvimento como ser biologicamente independente, ele não pode ser considerado como tal. O aparecimento do novo ser, segundo esse enfoque, se verificaria no momento da implantação do embrião no útero. Lembram que a utilização deles no tratamento de doenças é fonte de renovação de vida ou, pelo menos, de qualidade de vida. A decorrência lógica desse enfoque é a de que o embrião *in vitro* não é sujeito de direito, mas bem da propriedade comum dos fornecedores do espermatozoide e óvulo (os "genitores").

O assunto evidentemente está sendo debatido em diversos países. Em França, desde 1994, o Código de Saúde Pública limita o prazo de conservação dos embriões *in vitro* e reconhece aos genitores o direito de decidir o destino deles (cf. Labrusse-Riou e Bellivier, 2002), o que importa atribuir-lhes a natureza de *objeto* de direito, e não de *sujeito*. No Brasil, a Lei n. 11.105/05 permite que os genitores autorizem a utilização de células-tronco obtidas de embriões *in vitro* inviáveis ou crioconservados há pelo menos 3 anos, para pesquisa ou terapia (art. 5º). Não há dúvidas, nesse contexto, de que o embrião fertilizado *in vitro*, a partir da implantação no útero, deve ser já considerado nascituro, quer dizer, sujeito de direito despersonificado. A sua natureza jurídica, enquanto não verificada a implantação *in utero*, é uma questão bem mais complexa. A resposta que, por enquanto, a tecnologia jurídica pode dar a ela discutirei no contexto da interpretação do termo "concepção", para os fins de aplicação do art. 2º do CC (item 4.2).

A discussão sobre a natureza dos embriões crioconservados é puramente ideológica — e, nessa afirmação, não há nenhuma desqualificação do debate; pelo contrário, nela se procura identificar sua função de elaboração do valor cultivado pela sociedade. Em conflito os interesses, de um lado, das pessoas deficientes que poderiam beneficiar-se de pesquisas científicas e do aproveitamento dos embriões como "remédio" e, de outro, das pessoas temerosas acerca dos limites a que pode chegar a ciência desprovida de freios éticos. Nesta fase da discussão, argumentos que se contrapõem são pura ideologia e, por isso, ninguém pode pretender ter encontrado a verdade ou a correta abordagem do tema. As premissas e conclusões são estabelecidas

(escolhidas) dependendo da finalidade que se quer ver atingida (ou do interesse que se quer ver prevalecente). Escamotear esse aspecto do debate — procurando transpô-lo para o campo do conhecimento científico — em nada contribui para o seu aclaramento.

A questão que o debate ideológico deve precisar é o momento em que estão dadas as condições para o desenvolvimento de um ser biologicamente independente. Há condições necessárias e suficientes. É, assim, necessário que um ser humano do sexo masculino produza espermatozoides e que um do sexo feminino produza óvulos. É necessário, ademais, que um dos espermatozoides fecunde o óvulo. Mas essas condições não são suficientes. Para que tenha início o processo de formação do ser biologicamente independente é necessário que o óvulo fecundado encontre um ambiente propício para tanto. Encontrar o ambiente propício ao processo de desenvolvimento do ser biologicamente independente é condição não só necessária, mas suficiente para a existência de novo ser humano. Por enquanto, esse ambiente é o útero de uma mulher adulta. No futuro, pode ser que se criem outros ambientes artificiais aptos a cumprirem a mesma função. De qualquer modo, enquanto não ocorre a condição necessária e suficiente ao processo de seu desenvolvimento como ser biologicamente independente, o embrião é coisa; depois, será pessoa. A ninguém ocorre proteger as células reprodutivas como pessoas, embora também elas se constituam em condições necessárias — tal como o óvulo fecundado, isto é, o embrião — para que o processo ocorra.

Futuramente, com o aprimoramento das técnicas não invasivas de implantação do embrião no útero materno, é provável que decline o número de embriões crioconservados. Isso, ao contrário de reduzir a importância do debate, servirá ao seu impulso, em vista da possibilidade do emprego de embriões humanos em pesquisas científicas e terapias.

4.2. Direitos do embrião *in utero*

O embrião *in utero* é o nascituro. Se foi fertilizado já no interior do corpo da mãe, sua fixação no útero dá início ao processo de desenvolvimento de que resultará o novo ser humano. Se fertilizado *in vitro*, também não há dúvidas de que esse processo está em curso após a implantação. Com efeito, qualquer que seja o entendimento adotado acerca da natureza do embrião *in vitro* (sujeito ou objeto de direito), há consenso em que, implantado no ambiente orgânico propício ao seu desenvolvimento como ser biologicamente independente, ele é humano.

Como nascituro, o embrião *in utero* tem os seus direitos protegidos desde a *concepção*, caso venha a nascer com vida. É o que decorre do art. 2º do CC, dispositivo que reproduz exatamente a mesma redação da norma equivalente do Código anterior, de 1916. Naquele tempo, os elaboradores da lei desconheciam e certamente nem sequer sonhavam com a possibilidade de fertilização humana extrauterina. É verdade que o projeto de 1975 não contemplava a locução "desde a concepção" no dispositivo em foco, que foi introduzida na tramitação pelo Senado, com o objetivo de reforçar a amplitude da proteção concedida ao nascituro (Fiuza, 2002:4/5). De qualquer forma, como o primeiro bebê de proveta, a inglesa Louise Brown, nasceu em 1978, é provável que, três anos antes, época da elaboração do projeto do atual Código Civil, também os elaboradores da norma não tivessem considerado essa possibilidade. Durante a longa e infértil tramitação do projeto, e a despeito da complexidade e seriedade das questões suscitadas pela difusão da técnica de fertilização *in vitro*, não se atentou aos problemas que a expressão "concepção" iria despertar.

O embrião pode ser mantido *in vitro* por muito tempo. Se se interpreta o termo "concepção" no seu sentido imediato e literal, de encontro eficaz das células de reprodução dos gêneros humanos (espermatozoide e óvulo), os direitos do nascituro proveniente de fertilização artificial estariam a salvo desde a fecundação *in vitro*. Se, por outro lado, aquele termo é interpretado como designando a implantação do embrião no útero, que é um fato biológico imprescindível para a constituição do novo ser humano, não será relevante a data em que se operou a fertilização. Note-se que se pode estar falando de vários anos, durante os quais o embrião permaneceu congelado num laboratório.

Um embrião fertilizado in vitro *pode permanecer congelado em laboratório por muitos anos. Uma vez implantado* in utero, *e vindo a nascer com vida, terá os seus direitos preservados desde a fertilização.*

O fato jurídico que define a natureza do embrião in vitro *é sua implantação, ou não,* in utero. *Se ocorrer esse fato, tenderá a ter o destino biológico regular do ser humano (nascer, crescer, reproduzir e morrer). Será sujeito de direito desde a fertilização, caso venha a nascer com vida. Não implantado* in utero, *terá outro destino e sua natureza jurídica será a de objeto de direito (coisa).*

A questão é muito relevante. Imagine que o casal, cujo filho foi fertilizado *in vitro*, decidiu não descartar os embriões excedentes, mantendo-os congelados, porque não estavam seguros se queriam ter mais filhos ou não. Falece um deles.

Se um dos embriões crioconservados é, posteriormente, implantado *in utero*, serão diversos os sucessores de acordo com o sentido emprestado à noção de "concepção". Entendida como fertilização em qualquer ambiente, orgânico ou laboratorial, nascendo com vida o ser, ele seria sucessor porque já estariam a salvo seus direitos desde antes do falecimento do genitor. Por outro lado, considerada a "concepção" como referência à implantação *in utero*, mesmo nascendo com vida o ser, não seria *teoricamente* sucessor porque seus direitos teriam sido postos a salvo depois do falecimento do genitor.

A questão da capacidade para suceder de pessoas concebidas por técnicas de fecundação assistida encerra complexidades que serão examinadas a seu tempo (Cap. 62, subitem 2.2.1). Por ora, convém continuarmos a examinar o conceito da expressão "concepção" constante do art. 2º do CC. Uma resposta que a tecnologia jurídica poderia ensaiar para essa questão seria a de privilegiar a vontade dos genitores. Se eles querem dar ao embrião o destino humano regular (nascer, crescer, reproduzir e morrer), em ocorrendo de vir a nascer com vida uma criança, esta deve ter os seus direitos postos a salvo desde a fertilização *in vitro*. Será, pois, sujeito de direito desde então, ainda que muito tempo se passe até o nascimento. Se, contudo, os genitores querem dar ao embrião outro destino (descarte, emprego em pesquisa científica ou tratamento), será objeto de direito, com a natureza de coisa. A vontade dos genitores deve ser manifestada *preferencialmente* em conjunto. Mesmo que já esteja morto um dos dois, se ele deixou por escrito sua vontade de ver um ou mais dos embriões fertilizados desenvolverem-se como seres humanos, não haverá incertezas quanto à convergência do desejo dos genitores se a mesma intenção manifestar o que ainda vive.

Essa solução, contudo, é insuficiente. Não se pode afastar a hipótese de o embrião ser implantado *in utero* contra a vontade de um dos genitores, ou mesmo contra a vontade dos dois. Imagine que o laboratório em que os embriões se encontram em crioconservação é induzido em erro pela falsificação bem-feita da assinatura de um genitor, e realiza-se a implantação no útero de uma mulher (da genitora ou de alguém que se passou por ela). Nasce com vida, enfim, uma criança. Ainda que todos (laboratório, médicos, genitor fraudulento, terceiros colaboradores etc.) venham a ser responsabilizados, civil e penalmente, isto não pode interferir nos direitos dela. Quer dizer, a despeito ou mesmo contra a vontade de um ou dos dois genitores, devem estar a salvo os direitos daquela pessoa desde sua fertilização *in vitro*. Em outros termos, mesmo que a vontade dos genitores tenha sido a de não dar ao embrião fertilizado o destino biológico

regular do ser humano, caso venha a ser, por qualquer razão, implantado *in utero* e nasça com vida, terá sido sujeito de direito desde a fertilização.

O fato decisivo para marcar a natureza do embrião *in vitro*, assim, é a sua implantação *in utero*. Verificado esse fato (com ou sem a vontade dos genitores), ele é sujeito de direito desde a fertilização. Não verificado, é objeto de direito, um bem, de cujas especificidades a lei deve urgentemente tratar (a Lei n. 11.105/05 disciplinou apenas o aspecto mais urgente da matéria: as condições para a utilização das células- -tronco em pesquisas e terapias).

5. SUJEITOS DESPERSONIFICADOS NÃO HUMANOS

Os sujeitos despersonificados não humanos são entidades criadas pelo direito para melhor disciplinar os interesses de homens e mulheres. São, em última análise, técnicas de separação patrimonial destinadas a cumprir uma finalidade. Todo ente despersonificado não humano tem uma finalidade, que justifica a sua constituição e, principalmente, circunscreve os negócios jurídicos que está autorizado a praticar. Como examinado anteriormente, a personificação significa uma autorização genérica para a prática dos atos e negócios jurídicos. A pessoa (física ou jurídica) pode fazer qualquer coisa, desde que não haja proibição. O sujeito despersonificado não recebe, do direito, essa autorização genérica. Ele só pode praticar os atos ínsitos às suas finalidades ou expressamente previstos na lei.

Cada sujeito despersonificado não humano é examinado, com a devida profundidade, em capítulos próprios do direito civil ou comercial. Abaixo, algumas poucas noções sobre os principais sujeitos dessa categoria:

a) *Espólio*. A pessoa física, ao morrer, deixa de ser sujeito de direito. Não poderá mais, assim, titularizar direitos ou obrigações. Alguns de seus interesses extrapatrimoniais permanecem tutelados, como projeção de seus direitos da personalidade, mas nenhum direito ou obrigação pode ser *imputado* ao falecido. Contudo pode haver, e geralmente há, pendências obrigacionais deixadas pela pessoa morta. Dívidas que não pagou, créditos que não recebeu. Há, por outro lado, os bens de seu patrimônio que precisam ser administrados até a final partilha entre sucessores (herdeiros ou legatários). Para cuidar daquelas pendências e administrar provisoriamente os bens do *de cujus*, cria o direito um sujeito despersonificado, que é o espólio. Ele é representado pelo inventariante, nomeado pelo juiz perante o qual tem curso o processo de inventário. Se o

devedor do falecido resiste a honrar seu compromisso, o espólio tem ação contra ele. Se uma dívida do falecido não foi paga porque contestada sua existência, não se podendo resolver o incidente no processo do inventário por sua complexidade, o espólio poderá ser demandado pelo credor.

b) *Condomínio edilício*. Os proprietários (e, para alguns efeitos, também os locatários) de unidades autônomas de uma edificação (residencial ou comercial) têm interesses comuns, relacionados às áreas comuns, segurança, limpeza, manutenção de equipamentos e outros. A administração desses interesses comuns é feita por um sujeito de direito despersonificado não humano, chamado *condomínio edilício* ou *de edificação*. Ele está autorizado a praticar os atos de contratação de empregados, aquisição de material de limpeza, proceder ao rateio das despesas condominiais etc. Além disso, o condomínio pode ser responsabilizado por atos culposos ou dolosos dos empregados, titularizar crédito perante o condômino inadimplente e ser devedor dos tributos incidentes sobre as áreas comuns e das taxas não discriminadas por unidade (normalmente, o fornecimento de água, recolhimento do lixo e outras). O representante do condomínio chama-se *síndico* (Cap. 46, item 4).

c) *Massa falida*. Quando o exercente de atividade empresarial (comerciante, industrial, prestador de serviços etc.) não consegue honrar, no vencimento, as dívidas, pode ser decretada sua falência pelo juiz. Na falência, todos os bens do empresário falido serão arrecadados e posteriormente vendidos em leilão judicial. Os credores só podem ser satisfeitos com o produto da venda desses bens. Como provavelmente não haverá recursos para pagar a totalidade do devido a cada um, procede-se, na falência, à divisão destes de forma mais justa: os mais necessitados recebem em primeiro lugar; o interesse público prepondera sobre o privado; entre iguais, não sendo possível o pagamento integral, realiza-se o proporcional ao valor de cada crédito. Por essa razão, a partir da decretação judicial da falência, os credores do falido passam a ter interesses convergentes. Para todos eles, será útil a boa administração dos bens arrecadados, como forma de otimização dos recursos disponíveis. Da convergência de interesses dos credores do falido, nasce um sujeito de direito despersonificado não humano, que é a *massa falida*.

A massa falida está autorizada a praticar todos os atos úteis à administração dos bens arrecadados do empresário falido, tais como contratação de seguro, depósito em armazém apropriado, venda antecipada dos de fácil deterioração etc. Ela também passa a ser a titular dos créditos do falido, podendo cobrar os devedores inadimplentes. Sucede-o também nas obrigações e o substitui em

todas as ações judiciais de que era parte. A massa falida é representada por uma pessoa nomeada pelo juiz, denominada administrador judicial (Lei n. 11.101/2005).

Os principais exemplos de sujeito de direito despersonificado são o espólio, o condomínio edilício e a massa falida. Devem-se, também, mencionar as sociedades em comum e a conta de participação, porque elas são definidas na lei como "não personificadas", embora, como estudado pelo direito comercial, a primeira devesse ser considerada uma pessoa jurídica e a segunda não devesse ser considerada sujeito de direito, mas simples contrato de investimento.

d) *Sociedade em comum. A sociedade, para existir regularmente, deve ser registrada num órgão indicado pela lei. Se é sociedade empresária, o registro deve ser feito na Junta Comercial; se simples, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas; e, se for sociedade de advogados, na Ordem dos Advogados do Brasil. Caso a sociedade opere sem registro, ela é chamada de "sociedade em comum" e definida, legalmente, como "não personificada" (CC, arts. 986 a 990). O instituto é examinado em direito comercial (Coelho, 1998, 2:393/395).*

e) Conta de participação. Também é definida legalmente como "sociedade não personificada" a conta de participação (CC, arts. 991 a 996). Na verdade, trata-se não de um sujeito de direito, mas de um contrato de investimento celebrado entre empresários. Um deles (o sócio ostensivo) contrata em nome da conta de participação e os demais (sócios participantes) investem e auferem resultados se e quando gerados pela empresa. Também é instituto estudado em direito comercial (Coelho, 1998, 2:476/477).

Capítulo 7

A PESSOA FÍSICA

1. INTRODUÇÃO

Nas sociedades democráticas da atualidade, homens e mulheres são todos considerados *pessoas* para o direito, isto é, aptos a titularizar direitos e obrigações e autorizados à prática dos atos jurídicos em geral. Nem sempre foi assim, porém. Quando a produção baseava-se em trabalho escravo — estrutura que existiu, por exemplo, na economia brasileira até pouco mais de um século atrás —, somente os homens e mulheres livres tinham o estatuto de pessoas; os escravizados nem sequer sujeitos de direito eram, mas bens. Também o antigo e em desuso instituto da *morte civil*, designação da cassação da personalidade jurídica de um homem ou mulher, retirava a condição de pessoa do cassado. Essas lembranças inspiram a reflexão de que homens e mulheres são pessoas apenas porque a ordem jurídica vigente assim os qualifica; que, dependendo das circunstâncias políticas e ideológicas, pode o direito, no futuro, voltar a negar personalidade jurídica a alguns homens ou mulheres.

Como já destacado, os seres humanos não são as únicas pessoas que existem para o direito. Há certas técnicas de separação patrimonial — cuja finalidade é melhor disciplinar as relações entre homens e mulheres — que importam a personificação de seres não humanos. São puros entes ideais, meros conceitos abstratos operacionalizáveis na interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desse modo, entre os sujeitos de direito personificados, ao lado dos homens e mulheres, classificados como *pessoas físicas* (ou "naturais"), encontram-se as *pessoas jurídicas* (ou "morais") (Cap. 8).

Na sociedade democrática dos nossos tempos, homens e mulheres são pessoas físicas, porque o direito positivo lhes concede aptidão para titularizarem direitos e deveres, bem como autorização para a prática dos atos e negócios jurídicos em geral, salvo os expressamente proibidos. Assim como concede, poderá vir a retirar tanto a aptidão como a autorização de alguns deles. Este é um risco indiretamente proporcional ao nível da consolidação da democracia.

Diversos temas interessam ao estudo das pessoas físicas. Em primeiro lugar, a questão da *capacidade*, que é atributo diferente da personalidade. Todas as pessoas naturais têm personalidade, mas nem todas são capazes (itens 2 e 3). Em segundo lugar, um conjunto de direitos referidos a valores essenciais à pessoa: nome, imagem, privacidade, corpo e honra. Direitos cujo objeto está tão estreitamente ligado à pessoa de seu titular que são chamados de *direitos da personalidade* (item 4). O fim da personalidade jurídica, com a *morte* da pessoa natural, é outro tema de relevantes implicações (item 5). Ligado a ele, também se examina uma das hipóteses de morte presumida, a *ausência* (item 6). Finalmente, detém-se sobre a questão do *domicílio* da pessoa física, o lugar em que presumivelmente pode ser encontrada para exercer direitos ou responder por deveres (item 7).

2. CAPACIDADE

Toda pessoa natural ostenta o atributo da personalidade. Está, assim, autorizada a praticar qualquer ato jurídico que deseja, salvo se houver proibição expressa. Nem toda, porém, ostenta o atributo da capacidade. De algumas o direito suprime a possibilidade de disporem e administrarem seus bens e interesses diretamente. As pessoas físicas, por outras palavras, dividem-se em *capazes* e *incapazes*. As capazes podem praticar os atos e negócios jurídicos sem o auxílio ou a intervenção de outra pessoa. Já as incapazes não podem praticar atos e negócios jurídicos a não ser com o auxílio ou a intervenção de mais alguém.

A tecnologia civilista sempre distinguiu esses dois atributos da pessoa física, embora empregando designações variadas para identificá-los. Paolo Gallo (2000:95/100) fala da *capacidade jurídica* (“capacidade de ser titular de direitos e deveres”) em contraposição à *capacidade de agir* (“capacidade de dispor, de assumir obrigações etc.”). Arnoldo Wald (2002:137) e Silvio Rodrigues (2002:39), entre outros, separam a *capacidade de direito* ou *de gozo* (“ter direitos subjetivos e contrair obrigações”) da *capacidade de fato* ou *de exercício* (poder “praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem necessidade de assistência ou de representação”), adotando nomenclatura que parece ser a predominante na doutrina brasileira. Orlando Gomes (1957:165/166), por sua vez, ressalta que a *capacidade de direito* tem a mesma significação de *personalidade*.

É certo que se deve evitar que variações nas designações de institutos jurídicos turvem a sua compreensão. Antes de se operar com um ou outro

esquema conceitual, é necessário ter clareza do sentido atribuído, nele, a cada expressão. Mas a matéria de que estamos tratando aqui não envolve apenas dissensos terminológicos. Não basta, para se porem todos de acordo, esclarecer o nome dado pelos esquemas para os mesmos institutos. No fundo dos esquemas acima lembrados encontra-se enraizada a tradicional postura tecnológica de considerar pessoas todos os sujeitos de direito — e isto é a causa das dificuldades operacionais que apresentam.

A distinção entre *sujeito de direito* e *pessoa*, bem como a decorrente consideração da categoria dos *sujeitos despersonificados*, importa a atribuição de significado específico para a *personalidade jurídica*, totalmente desconhecido nas tecnologias que não fazem tal diferenciação. Para os que consideram sinônimos *sujeito de direito* e *pessoa*, a personalidade jurídica (também chamada *capacidade de direito*) é a aptidão genérica para titularizar direitos e deveres. Para os que, como eu, distinguem *sujeito de direito* de *pessoa* e consideram como categoria conceitual própria os *sujeitos despersonificados*, a aptidão para titularizar direitos e deveres é atributo de todos os sujeitos, personificados ou não. Personalidade jurídica, por consequência, deve ter significado diverso, mais restrito. E tem: é a autorização genérica para a prática dos atos jurídicos não proibidos. Essa autorização falta aos entes despersonificados, que só podem praticar os atos ínsitos às suas finalidades, se as possuírem, ou expressamente autorizados por lei (Cap. 6, itens 1 e 2).

Capacidade, finalmente, tem a definição dada por Clóvis Beviláqua: "é a aptidão de alguém para exercer *por si* os atos da vida civil" (1908:72/73 — *grifei*). Clóvis, a propósito, registra que muitos civilistas a chamam de *capacidade de fato*, com o que se resolve também a questão terminológica.

Os conceitos tecnológicos aqui precisados nem sempre se encontram empregados com o mesmo rigor na lei. O art. 1º do CC, por exemplo, diz que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Nesse dispositivo, capacidade não é referida em seu sentido técnico, mas tem significado bastante largo, de atributo dos sujeitos de direito. Para compatibilizá-lo com as definições assinaladas, sua redação deveria ser: "toda pessoa é apta a titularizar direitos e deveres na ordem civil". Aliás, é nesses termos que a norma legal em foco deve ser interpretada.

Neste Curso*, empregam-se os seguintes conceitos:* a*) a aptidão para titularizar direitos e deveres é atributo de todos os sujeitos de direito, personificados ou não;* b*) a personalidade jurídica da pessoa física é a autorização para a prática dos atos e negócios jurídicos em geral, salvo os expressamente proibidos;* c*) a capacidade é o atributo da pessoa física apta a praticar diretamente os atos e negócios jurídicos.*

A pessoa capaz pode praticar os atos e negócios jurídicos por si, isto é, diretamente, independentemente de auxílio ou intervenção de outra pessoa. Ela é considerada, pelo direito, como dotada de condições psíquico-físicas suficientes à compreensão das consequências dos seus atos. Considera a lei, por isso, que a pessoa natural capaz sabe sopesar convenientemente seus interesses e, em função disso, nortear suas decisões. Tem maturidade, experiência de vida e hábeis meios de comunicação que afastam, presumivelmente, a possibilidade de vir a praticar ato ou negócio jurídico prejudicial aos seus direitos ou interesses.

A vontade de uma pessoa capaz exterioriza-se validamente, portanto, pelos atos e declarações dela própria. Não se exige, para a válida formação da vontade da pessoa física com capacidade, a declaração de outra pessoa. A capacidade confere à pessoa a mais plena desenvoltura para dirigir seus interesses. Ela pode diretamente comprar, vender, contrair dívidas, dar quitação, renunciar a direitos disponíveis, testar etc.; basta-se a si mesma, para todos os efeitos jurídicos. Essa desenvoltura, porém, vem acompanhada de grave contrapartida: ela é responsável pelas consequências de seus atos. Se negociar mal, perder dinheiro ou deixar de ganhar o que projetara, fizer opções desacertadas ou arriscar-se em demasia, não poderá reclamar nada de ninguém.

3. PESSOAS FÍSICAS INCAPAZES

A regra geral é a capacidade das pessoas físicas. Para que um homem ou mulher seja considerado incapaz, é necessária expressa previsão legal. Inexistindo lei que suprima ou limite a capacidade, ela é plena, não se podendo exigir da pessoa que se faça acompanhar de um assistente ou se substitua por um representante. Não há, por exemplo, restrição nenhuma à capacidade dos deficientes visuais. Desse modo, se o cego comparece sozinho a cartório para vender seu imóvel mediante a outorga da escritura pública de compra e venda, o tabelião não poderá recusar-se a lavrar o documento a pretexto de faltar capacidade àquela pessoa. Por mais bem intencionado que se encontre o servidor público, movido apenas pelo desejo de cuidar dos interesses do deficiente, vindo

este a manifestar a vontade de praticar o negócio jurídico, não se lhe pode impor outra condição senão a de ouvir a leitura da minuta e lançar nela a assinatura. Fica exclusivamente a critério do cego decidir se precisa ou não de algum auxílio especial na ocasião, bem como escolher a pessoa a quem vai solicitá-lo. Em suma, como não há norma legal expressa suprimindo ou limitando a capacidade do deficiente visual, ele é capaz.

As regras de incapacidade destinam-se a proteger a pessoa do incapaz (Planiol-Ripert, 1952:327/328). Considera-se que alguns, por não terem ainda alcançado certa idade, não estão suficientemente amadurecidos para tomar decisões, por si mesmos, atinentes à disponibilização ou administração de bens ou interesses. Outros são tidos como portadores de uma deficiência ou vício que lhes inibem o discernimento necessário ao comércio jurídico. São, enfim, pessoas que merecem cuidados do direito para que não acabem sofrendo prejuízos em suas relações econômicas e jurídicas. Na negociação de um contrato, por exemplo, a pessoa de reduzido discernimento, se estiver desacompanhada, poderá abrir mão de uma garantia ou mesmo assumir obrigações exageradas perante o outro contratante, este dotado de discernimento maduro e apurado.

As pessoas são, por princípio, capazes e podem, assim, praticar os atos e negócios por si mesmas.

A incapacidade é uma situação excepcional prevista expressamente em lei com o objetivo de proteger determinadas pessoas.

Os incapazes são considerados, pela lei, não inteiramente preparados para dispor e administrar seus bens e interesses sem a mediação de outra pessoa (representante ou assistente).

A ponderação das deficiências que justificam a limitação ou supressão da capacidade jurídica varia com a evolução dos valores sociais e, muitas vezes, reflete preconceitos que corroem a natureza protetiva da regra da incapacidade. A mulher casada, por exemplo, era considerada incapaz pelo direito (no Brasil, até 1962). Embora naquele tempo lhe fosse socialmente obstado o acesso a ocupações profissionais de maiores responsabilidades — circunstância que restringia sua experiência de vida e poderia realmente, em certos casos, expô-la a prejuízos no comércio jurídico —, o fato é que a sua incapacidade era mais uma faceta da supremacia dos direitos do homem nas relações maritais do que uma regra tutelar. Prova-o o fato de a viúva, malgrado a viuvez não lhe trouxesse

nenhum necessário amadurecimento intelectual, recuperar a capacidade perdida com o casamento. Os deficientes (item 3.2.3) e os índios (item 3.3.3) também já foram, por muito tempo, reputados incapazes; muitos dos preconceitos nutridos em relação a eles acabavam afastando-os das vivências estimuladoras da maturidade negocial.

A incapacidade não é restrição à personalidade. O incapaz continua genericamente autorizado a praticar os atos e negócios jurídicos para os quais não esteja expressamente proibido. Em princípio, o incapaz pode praticar os mesmos atos ou negócios jurídicos que a pessoa capaz. Afinal, a titularidade de direitos e obrigações e a autorização genérica para a prática de atos e negócios jurídicos decorrem, o primeiro, da condição de sujeito de direito, e o segundo, da personalidade. São, assim, atributos tanto da pessoa capaz como da incapaz. Ambos podem, com efeito, comprar, vender, alugar, dar, quitar, constituir ônus, demandar, ser demandado etc. Um ou outro negócio só pode ser realizado pelo capaz ou por pessoa com certa idade mínima. Restrições justificáveis pela importância do ato, como, por exemplo, o casamento (CC, art. 1.517) ou a doação de órgãos em vida (Lei n. 9.434/97, art. 9º). De qualquer forma, apenas por expressa disposição da lei excepcional pode-se negar ao incapaz a prática de ato ou negócio jurídico praticável pelo capaz. Não havendo disposição expressa proibitiva, o incapaz, como pessoa que é, está autorizado a praticar todo e qualquer ato ou negócio jurídico. A incapacidade, como dito, não restringe a personalidade.

A diferença entre ter ou não capacidade diz respeito, em suma, à mediação dos atos e negócios jurídicos. Só a pessoa capaz pode praticá-los *imediatamente*. O incapaz só pode praticar o ato ou negócio *por meio* de seu representante ou *mediante* o auxílio de seu assistente. Mesmo assim, nas hipóteses delimitadas em lei. De fato, há situações em que o incapaz age imediatamente. Fora do direito civil, os exemplos são diversos: jovens com 16 anos ou mais podem alistar-se como eleitor e votar; podem também integrar relação de emprego. Mesmo no campo dos atos civis, a lei autoriza a prática direta de certos atos pelo incapaz, prestigiando a regra geral da capacidade. O pródigo (relativamente incapaz em razão do art. 4º, IV, do CC) está autorizado a praticar sem a colaboração de assistente os atos de mera administração de seus bens (CC, art. 1.782).

Incapacidade não se confunde com *ilegitimidade*. A pessoa física, capaz ou incapaz, pode não ter legitimidade para realizar certo ato ou negócio jurídico *sem* o concurso da vontade de outra pessoa, ou seja, sem a anuência ou concordância de terceiros (Diniz, 2002:140/141; Monteiro, 2001:61).

Determinados atos ou negócios que uma pessoa pratica repercutem ou podem repercutir nos interesses legítimos de outra, e, por essa razão, o direito apenas legitima aquela para o ato se esta concordar com a sua realização. Dois exemplos. *Primeiro*, a pessoa casada é capaz, mas, dependendo do regime de bens do casamento, ela não pode, sem a autorização do cônjuge, vender imóvel de sua propriedade (CC, art. 1.647, I). Para legitimar-se a esse ato em particular, a pessoa casada deve contar com a autorização do cônjuge. *Segundo*, o pai não pode vender a alguns de seus filhos sem o expresso consentimento dos demais (CC, art. 496). A sua legitimação para o negócio de venda dá-se apenas com a anuência dos descendentes não compradores. Nos dois casos exemplificados, a lei atenta aos interesses de terceiros (cônjuge e descendentes) e condiciona o negócio jurídico à concordância deles. Note-se que a pessoa casada, no primeiro, e o pai, no segundo, estão praticando o negócio jurídico por si, diretamente, já que são capazes. A falta de legitimação para o ato sem a anuência do cônjuge ou dos descendentes não compradores visa unicamente a tutela dos interesses destes e não configura medida de proteção de pessoa desprovida de discernimento suficiente.

Incapacidade não se confunde com ilegitimidade. Em certos casos, para proteger adequadamente o interesse de terceiros, a lei apenas legitima a prática de negócios jurídicos por uma pessoa se outra concordar. A pessoa pode ser capaz e não ter legitimidade para certo ato sem o concurso da vontade de outrem.

Incapacidade também não se confunde com *vulnerabilidade*. São conceitos jurídicos próximos, na medida em que ambos se referem a desigualdades entre as pessoas físicas participantes do negócio jurídico. Tanto o incapaz como o vulnerável estão em posição de desvantagem por lhes faltarem atributos que o outro participante do negócio possui. A lei os protege exatamente para neutralizar os efeitos danosos que a desigualdade poderia acarretar aos seus interesses. Difere, porém, sensivelmente o instrumento legal de proteção. O incapaz é preservado pela supressão da aptidão para a prática direta do ato. Alguém imune a tais efeitos danosos (isto é, uma pessoa capaz) deve representá-lo ou assisti-lo. Já em relação ao vulnerável, a proteção é feita pela concessão de direitos negados ao participante mais forte da relação jurídica. O consumidor é exemplo de pessoa vulnerável porque, diante do empresário fornecedor de

produtos ou serviços, ele não dispõe dos mesmos recursos e informações para contratar em pé de igualdade. Pode ser capaz ou incapaz, não interessa; ele titularizará determinados direitos que procuram neutralizar sua vulnerabilidade. Se, por exemplo, processar o fornecedor por defeito no produto, não precisará provar esse fato se as circunstâncias sugerirem a verossimilhança do que alega. Caberá, então, ao fornecedor provar que o seu produto não tinha defeito. É o direito à inversão do ônus de prova (CDC, art. 6º, VIII).

Incapacidade também não se confunde com vulnerabilidade. Tanto o capaz como o incapaz podem, em determinadas relações jurídicas, encontrar-se em situação de desigualdade diante de outra pessoa economicamente mais forte. Nos casos em que a vulnerabilidade é reconhecida pela lei, eles titularizarão direitos subtraídos do economicamente mais forte, com vistas a compensar juridicamente a desigualdade econômica.

Há duas espécies de incapacidade: absoluta (CC, art. 3º) e relativa (CC, art. 4º). Na primeira, considera-se o incapaz sem nenhuma condição para decidir se determinado ato ou negócio jurídico lhe aproveita. Sua opinião é juridicamente irrelevante e a vontade do sujeito de direito será formada exclusivamente pela manifestação exteriorizada por outrem (o representante). Na segunda, já se reconhece no incapaz alguma aptidão psíquico-física para decidir sobre o que lhe interessa. Sua opinião é relevante para o direito e sem sua vontade ou contra ela o negócio jurídico não se constitui. Precisará, contudo, do auxílio juridicamente indispensável de outra pessoa (o assistente).

São absolutamente incapazes: *a*) homens e mulheres com menos de 16 anos de idade; *b*) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento necessário para a prática de atos da vida civil; *c*) os que não puderem exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente.

São relativamente incapazes: *a*) homens e mulheres com mais de 16 e menos de 18 anos de idade; *b*) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; *c*) os que, por deficiência mental, têm reduzido discernimento e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; *d*) os pródigos.

Os negócios jurídicos praticados pelo absolutamente incapaz sem a devida representação são nulos (CC, art. 166, I), enquanto os praticados pelo relativamente incapaz não assistido na forma da lei são anuláveis (CC, art. 171, I) (sobre a diferença entre nulidade e anulabilidade: Cap.10, item 12.1).

3.1. Incapacidade em razão da idade

A idade é um fator que suprime ou limita a capacidade de todas as pessoas físicas durante algum tempo de suas vidas. Ao contrário dos demais fatores, que dizem respeito forçosamente a uma parcela das pessoas — uma parcela minoritária (item 3.2) —, a pouca idade é uma causa de incapacidade que alcança todos os homens e mulheres indistintamente. Considera-se que, até passar certo número de anos na vida de qualquer homem ou mulher, não estão eles suficientemente maduros, do ponto de vista emocional e intelectual, para cuidar diretamente de seus bens e interesses. As pessoas físicas, assim, se dividem em *maiores* e *menores*. "Maior", para efeitos civis, é a pessoa física com 18 anos ou mais. A lei civil chama de "menor" o homem ou mulher com menos de 18 anos de idade completos, e os classifica como "impúberes" (até 16 anos) e "púberes" (entre 16 e 18 anos). Os primeiros têm incapacidade absoluta e os últimos, relativa.

Diz a lei que a menoridade cessa aos 18 anos completos (CC, art. 5º). Isso significa que a maioridade tem início à zero hora do primeiro dia seguinte àquele em que a pessoa completou seu décimo oitavo aniversário. Como os anos se contam em anos, no direito civil (CC, art. 132, § 3º), é irrelevante a hora do nascimento da pessoa como marco do início da maioridade. Duas crianças nascidas no mesmo dia, a primeira à 01:00 hora e a segunda, às 23:00 horas, alcançarão a maioridade ao mesmo tempo: à 00:00 hora do dia imediatamente seguinte ao correspondente ao nascimento, dezoito anos após.

A incapacidade em razão da idade (chamada por alguns "incapacidade natural") cessa, para o menor, nas hipóteses legais de emancipação (item 3.1.3).

3.1.1. Menor impúbere

Até alcançar 16 anos, os humanos são considerados, pelo direito brasileiro, desprovidos de suficiente maturidade intelectual ou psicológica para decidir sozinhos sobre o que lhes interessa ou não. Não tiveram ainda experiência de vida bastante para conferir às coisas o devido valor, ou mesmo identificar atitudes maliciosas. Mas não lhes falta apenas vivência; o desenvolvimento intelectual e emocional ainda não amadureceu o suficiente para que possam tomar, independentes, decisões de repercussão jurídica.

A pessoa física, até alcançar 16 anos de idade, é absolutamente incapaz. Só pratica negócios jurídicos por meio de seu representante (os pais ou o tutor).

Para o direito, homens e mulheres de até 16 anos (menores impúberes) apenas manifestam a vontade por meio do representante (os pais ou o tutor). Quer dizer, sua opinião sobre a conveniência ou inconveniência de praticar determinado negócio jurídico não tem nenhuma relevância para a existência, validade ou eficácia deste. Tanto faz o que pensa o menor impúbere, já que o negócio será ou não praticado em nome dele exclusivamente em função da vontade do representante. Se os pais consideram que certo negócio é do interesse do menor impúbere, realizam-no em nome do filho; caso o reputem desinteressante, deixam de praticá-lo. O que pensa o menor sobre o negócio em questão, numa ou noutra situação, não tem nenhuma importância jurídica. Evidentemente, o representante do incapaz pode ser responsabilizado por má administração ou irregularidades em que incorra. Não terá sido, porém, nesse caso, a eventual divergência entre o ato praticado e a opinião do menor o fundamento para a responsabilização, mas a negligência ou ilícito do representante.

3.1.2. Menor púbere

No ambiente urbano dos nossos tempos, a maturidade emocional e intelectual dos jovens de estratos médio e alto é atingida cada vez mais tarde. O início da adolescência é marcado biologicamente pela maturidade da função reprodutiva; o fim da adolescência, contudo, é um marco de natureza econômica, social e psicológica. Deixa de ser adolescente a pessoa que se torna independente do ponto de vista econômico (ganha com o próprio trabalho o dinheiro de seu sustento), social (convive mais com seus amigos do que com os familiares) e psicológico (orienta ações e opções por seus próprios valores). Desse modo, cada pessoa adquire de fato a maturidade para participar do comércio jurídico numa idade diferente, a partir do início da adolescência. Entretanto, esta é uma realidade por demais complexa para o direito regular com atenção às particularidades de cada um. A lei, então, elege uma idade (18 anos) a partir da qual a pessoa física é reputada capaz para a prática dos atos e negócios da vida civil por si mesma.

Entre 16 e 18 anos, o menor é relativamente incapaz. Sua opinião acerca da conveniência dos negócios jurídicos tem já alguma relevância. Se o jovem

entender que não lhe convém praticar determinado negócio, ele verá respeitada pelo direito sua opinião. Isso porque, sem exteriorizar sua concordância, nenhum ato ou negócio jurídico se pode praticar em nome dele. Não se vinculará, desse modo, a direito ou obrigação contra a sua vontade, ou a despeito dela. Quer dizer, mesmo que o assistente (pais ou tutor) esteja convencido da utilidade do negócio para o menor, não compartilhando este da mesma opinião, nada se realizará.

A pessoa física, entre 16 e 18 anos de idade, é relativamente incapaz. Só pode praticar negócios jurídicos acompanhada de seu assistente (os pais ou o tutor).

A limitação característica da incapacidade relativa se manifesta, assim, apenas na hipótese inversa: quando o menor púbere considera do seu interesse praticar determinado negócio jurídico, mas o assistente tem opinião contrária. Nesse caso, o negócio não se realiza, pois, sem a assinatura dos pais ou do tutor exercendo a assistência, o menor não pode praticá-lo.

3.1.3. Emancipação

O menor, como definido, é o homem ou mulher com menos de 18 anos de idade completos. Ele é incapaz e, por isso, só pode praticar atos e negócios jurídicos por meio de representante (até os 16 anos) ou com o auxílio de assistente. A incapacidade em razão da idade, porém, pode ser extinta antes da maioridade, com a emancipação. O menor emancipado tem a mesma capacidade do maior.

Emancipação é um ato ou fato jurídico que extingue a incapacidade do menor. As causas que a desencadeiam estão listadas no parágrafo único do art. 5º do CC: *a*) concessão dos pais; *b*) sentença judicial; *c*) casamento; *d*) exercício de cargo público efetivo; *e*) colação de grau em curso superior; *f*) estabelecimento civil ou comercial; *g*) emprego. Examine-se cada uma delas.

Concessão dos pais. A emancipação pode ser alcançada pelo menor por outorga dos pais. É o caso do jovem ou da jovem que, segundo a opinião dos pais, encontra-se maduro o suficiente para tratar diretamente dos seus bens e interesses. Para tanto, exige-se que o menor tenha 16 anos completos. O absolutamente incapaz não pode ser emancipado por outorga dos pais. Outra

exigência é a forma pública do instrumento. Os pais devem manifestar a decisão concessiva de capacidade num cartório de notas. A escritura pública será, depois, registrada no registro civil (CC, art. 9º, II).

A emancipação é outorgada pelos pais em conjunto (pai e mãe). Admite-se que seja concedida por um deles apenas na hipótese de falecimento do outro.

Não tem validade e configura abuso de direito a emancipação feita contra o interesse do menor. Se os pais outorgam a emancipação ao menor que ainda não tem maturidade suficiente para gerir seus negócios e o fazem apenas com o intuito de se exonerarem de qualquer responsabilidade civil pelos atos do filho, o ato é ilícito e anulável. Como o objetivo, nesse caso, foi o de se furtar à obrigação que a lei imputa aos pais (CC, art. 932, I), caracteriza-se o exercício abusivo do direito.

Sentença judicial. Quando ambos os pais são falecidos ou ausentes, ou se decaíram do exercício do poder familiar, o menor relativamente incapaz é assistido por um *tutor*. Se quiser alcançar a plena capacidade, o menor poderá requerer ao juiz que lhe conceda a emancipação. O juiz, após ouvir a opinião do tutor e se convencer de que o menor requerente tem recursos emocionais e intelectuais para gerir a própria vida, emancipá-lo-á.

Casamento. Para se casar, a pessoa deve ter pelo menos 16 anos, exigida a autorização dos pais para os menores de 18 anos. É a chamada idade núbil. Antes dela, as pessoas só podem casar-se em situações especificamente previstas na lei, como a gravidez, por exemplo. Mas, qualquer que tenha sido a idade com que casou, a pessoa torna-se capaz pelo casamento. Homem ou mulher casados podem praticar diretamente qualquer ato ou negócio da vida civil, independentemente da idade.

Emprego público efetivo. Se o menor, após aprovação em concurso público, é nomeado para cargo ou função efetiva, ele se emancipa. Trata-se de hipótese cada vez mais rara de se verificar, na medida em que os estatutos de funcionários públicos dos diversos entes da Federação têm exigido capacidade civil do aprovado em concurso para o ato de posse. Note-se que apenas a nomeação para cargo público de provimento efetivo emancipa. O menor nomeado para cargo ou função de provimento *em comissão* permanece incapaz.

Colação de grau em curso superior. Hipótese raríssima de se verificar é a emancipação por colação de grau em curso superior; isso porque, normalmente, a pessoa conclui o ensino superior após os 20 anos de idade, quando já é plenamente capaz há algum tempo. Ocorrendo, porém, de um menor precoce ou superdotado chegar à universidade e concluí-la antes do tempo da generalidade

dos jovens de sua geração, será ele civilmente capaz para todos os atos e negócios da vida civil.

> Código Civil:
>
> *Art. 5º, parágrafo único: Cessará, para os menores, a incapacidade:*
>
> *I — pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos;*
>
> *II — pelo casamento;*
>
> *III — pelo exercício de emprego público efetivo;*
>
> *IV — pela colação de grau em curso de ensino superior;*
>
> *V — pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.*

Estabelecimento civil ou comercial. Se o menor se estabelece como explorador de atividade econômica, civil ou comercial, ele se emancipa. Nessa hipótese de emancipação, considera a lei que, tendo demonstrado aptidão para montar e gerir um negócio, já revela o menor estar pronto para cuidar diretamente de seus bens e interesses. Imagine que o rapaz é artista (pintor ou escultor) e cuida pessoalmente da negociação de suas obras junto às galerias; obtendo remuneração por elas, ele estará *civilmente* estabelecido. Se compra e revende algum produto, garantindo lucros para si, está *comercialmente* estabelecido.

A emancipação em razão do estabelecimento civil ou comercial depende de duas condições. A primeira é a idade mínima de 16 anos. Só o menor relativamente incapaz pode emancipar-se pelo estabelecimento civil ou comercial. A segunda é a obtenção de economia própria, isto é, de ganhos que independem de ato dos pais. Note-se que, para se estabelecer, o menor pode (e normalmente irá) receber os recursos iniciais de alguém, em geral, dos pais. Esse fato não impede a emancipação. Se, estabelecido, o menor conseguir aferir algum rendimento, o seu estabelecimento civil ou comercial lhe estará proporcionando economia própria. Não se exige, na caracterização da economia própria, a independência econômica do menor.

Emprego. A emancipação do menor empregado está sujeita às mesmas condições da hipótese anterior, de estabelecimento civil ou comercial. Ele precisa ter, no mínimo, 16 anos e obter, em razão do emprego, economia própria.

Para que se verifique a hipótese de emancipação, não é necessário que o emprego seja *formal*, quer dizer, com *carteira assinada*. Como a lei fala em *relação de emprego* como fator desencadeante da emancipação, qualquer trabalho realizado com as características jurídicas daquela (não eventualidade, subordinação e remuneração — CLT, art. 3º; cf., por todos, Martins, 2001:95/96) é suficiente para alcançar essa capacidade.

Para encerrar, anote-se que a emancipação, qualquer que tenha sido a causa, é sempre irreversível. Uma vez alcançada, garante ao menor a capacidade mesmo se o fator que a desencadeou deixar de existir. Desse modo, a outorga dos pais é irrevogável. Concedida a emancipação, não têm os pais arrependidos nenhum meio de revertê-la. Também, mesmo que o casamento seja desfeito por separação, divórcio, viuvez ou anulação, isso não retira do menor a capacidade de que passou a gozar em razão dele. Se desativado o estabelecimento ou desfeito o vínculo de emprego, também não retornará o menor à condição anterior de incapaz.

3.2. Incapacidade com interdição

A incapacidade com interdição tem causas diversas da insuficiência de idade legal. Nos casos desse gênero de incapacidade, o direito a suprime ou limita porque considera que a pessoa, pelo estado físico ou psíquico em que se encontra, é merecedora de proteção semelhante à liberada em favor do menor impúbere (no caso de incapacidade absoluta) ou púbere (no de relativa). As enfermidades, deficiências ou vícios da pessoa impedem-na de defender seus interesses diretamente, tal como ocorre com os menores.

Quando a lei define a pessoa como incapaz em razão da idade, dispensa-se qualquer pronunciamento judicial. Basta consultar a certidão de nascimento ou outro documento de identificação para saber se um jovem já alcançou a completa desenvoltura para a prática direta dos atos e negócios jurídicos, ou se para tanto ainda precisa desenvolver-se. Não surgem dúvidas, nessa hipótese, já que a caracterização da capacidade depende de mero cálculo aritmético. Nas demais hipóteses legais, porém, a incapacidade não se pode perceber de modo singelo. Reclama formalidades que confiram segurança às relações jurídicas. Em outros termos, a incapacidade deve ser objeto de um processo judicial (de “interdição”), no qual reste demonstrado o fato caracterizador da supressão ou limitação da capacidade. O juiz, ao sentenciar o processo de interdição, nomeia um curador para representar ou assistir o incapaz, conforme seja respectivamente absoluta ou relativa a incapacidade.

Ao contrário da incapacidade natural, que se pode notar com simples cálculos aritméticos a partir do dia do nascimento da pessoa, as demais hipóteses de incapacidade exigem pesquisas mais complexas e, por isso, devem ser objeto de processo judicial de interdição do incapaz.

São fundamentos para a interdição: *a*) prodigalidade; *b*) embriaguez habitual ou vício em tóxico; *c*) deficiência mental; *d*) impedimento permanente ou temporário para a expressão da vontade.

3.2.1. Pródigo

Pródigo é a pessoa que gasta sem os critérios normalmente encontráveis em pessoas de mesma condição moral, cultural e econômica. É o perdulário, que dilapida o próprio patrimônio realizando despesas fúteis, porque lhe faltam freios emocionais ou morais. Num mundo marcantemente consumista, carece o perdulário da temperança que o preserve dos intensos apelos publicitários que o cercam. A prodigalidade é algo como uma deficiência de caráter, que revela não estar a pessoa inteiramente dotada dos recursos psíquicos para sopesar o proveito ou prejuízo dos negócios jurídicos.

O pródigo é incapaz apenas para os atos de conteúdo patrimonial listados no art. 1.782 do CC: emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e os atos que não sejam de mera administração. Para os demais atos da vida civil — casar, adotar, reconhecer filhos, testar, doar órgãos para retirada em vida ou manifestar sua recusa expressa em ser doador, submeter-se a esterilização voluntária e outros —, a assistência do curador é desnecessária, podendo o pródigo praticar o negócio jurídico diretamente.

O pródigo é relativamente incapaz porque a falta de critério nos gastos pode levá-lo à ruína. A hipótese preocupa o direito, na medida em que a prodigalidade pode acabar prejudicando interesses de familiares dele, obrigados a socorrê-lo ou até mesmo a alimentá-lo.

Tem sido questionado, na doutrina, a pertinência da incapacidade do pródigo.

Consideram alguns autores inapropriada a previsão legal, postulando sua supressão. Se o pródigo está dilapidando seu patrimônio em razão de alguma deficiência mental que lhe reduz o discernimento, a interdição deve ser decretada por esse fundamento e não pela prodigalidade; mas, inexistindo qualquer deficiência mental, os seus gastos desenfreados e desordenados não deve preocupar a lei. A prodigalidade, contudo, permanece como fundamento para a interdição em atenção à família do pródigo, que, não raras vezes, vê-se obrigada a socorrê-lo nas dificuldades a que o destempero o levou (Rodrigues, 2002:52; Pereira, 1961:245/247). É medida de proteção do perdulário, sem dúvida, mas também dos familiares, expostos ao risco de empobrecer ou de vir a ter que alimentá-lo.

3.2.2. Viciado

O vício é fundamento para interdição da pessoa em dois casos: a embriaguez habitual e o consumo de tóxicos. Em primeiro lugar porque o viciado, nas condições mencionadas, tem reduzidas as suas habilidades mentais. Perde o discernimento necessário à participação com desenvoltura do comércio jurídico, porque lhe turvam a mente o álcool em excesso ou os tóxicos. Não é só isso que preocupa a lei, porém. A incapacidade dos viciados guarda relação com a dos pródigos, no sentido de procurar proteger também os familiares do incapaz. O viciado, não raras vezes, gasta reservas patrimoniais na sustentação do vício. Empobrece e pode empobrecer também alguns parentes próximos, movidos pela caridade ou pelo dever de alimentos.

Em relação ao consumo de bebidas alcoólicas, note-se que a lei exige uma situação de fato específica, que é a embriaguez habitual. Todo vício é reiterado, habitual por assim dizer. Mas é necessário distinguir, no tocante ao álcool, duas situações. Deve-se considerar habitual a embriaguez que perturba o cotidiano do incapaz e de seus familiares. Aquele que se embebeda todo sábado, mas se mantém sóbrio e produtivo nos demais dias da semana, por mais dissabores que cause (e os causa, deveras), não é ébrio habitual e não pode ser interditado. Já em relação ao consumo de tóxicos, a lei menciona simplesmente o vício. Isso porque a dependência dos tóxicos é muito mais forte e destrutiva e o toxicômano raramente consegue controlar-se, parte do tempo que seja, para dar curso regular às suas responsabilidades e afazeres.

Os ébrios habituais e os toxicômanos são relativamente incapazes. Em vista do estado em que se encontram, o juiz poderá limitar a incapacidade a determinados atos de relevância patrimonial.

De qualquer modo, o consumo moderado de álcool, mesmo que com alguma frequência, não implica a incapacidade da pessoa; assim como o consumo parcimonioso de tóxicos, *embora sempre ilegal e passível de sanção penal*, não acarreta a limitação da capacidade do agente.

O vício é sempre causa de incapacidade relativa. Por mais grave que seja a situação do viciado, particularmente do toxicômano, não há base legal para o juiz interditá-lo como absolutamente incapaz. Mas a interdição pode ser *parcial*, circunscrita aos mesmos atos que a lei menciona na delimitação da incapacidade do pródigo: emprestar, transigir, dar quitação, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar atos que não sejam de mera administração (CC, arts. 1.772 e 1.782). De notar, também, que levando o vício à suspensão, permanente ou definitiva, da aptidão para exprimir a vontade, poderá ser declarada sua interdição absoluta, nos termos do art. 3º, III, do CC. Nesse caso, porém, não terá sido a extensão do vício, mas a perda dos meios de comunicação, o fundamento para a decisão judicial (Diniz, 2002:155).

3.2.3. Deficiente mental

A incapacidade jurídica do deficiente mental, ainda que absoluta, não significa exclusão. Se não tem discernimento necessário à prática de atos da vida civil, ele não deixa de ser, antes disso, um cidadão com direitos assegurados pela ordem jurídica: acesso a serviços de saúde, à educação adequada à sua condição etc. Ao classificar o deficiente mental entre os incapazes, a lei procura unicamente protegê-lo, determinando sua representação ou assistência por alguém presumivelmente de sua confiança e sem interesse em prejudicá-lo. A incapacidade, assim, não pode ser vista como forma de exclusão; muito pelo contrário.

A deficiência mental é um conceito extremamente largo que abarca um sem-número de estados com significativas diferenças. Distinguem-se, quanto ao nível de inteligência do deficiente, três níveis de deficiência mental: profunda ou severa (Quociente de Inteligência até 35), moderada (QI entre 36 e 52) e leve (QI entre 53 e 70). Quanto ao aproveitamento, os deficientes mentais classificam-se em *totalmente dependentes* (necessitam de assistência

permanente, inclusive nos atos mais simples, como vestir e comer, e não têm noção de perigos relacionados a fogo, altura, trânsito), *adestráveis* (podem executar algumas tarefas simples e cotidianas, têm noção de certos perigos e são capazes de aprendizados rudimentares) ou *educáveis* (podem aprender, embora com muito atraso, esforço e lentidão, a ler e realizar operações matemáticas singelas; comunicam-se e podem trabalhar) (ver Araujo, 1994:31/34).

A pessoa com deficiência mental é absolutamente incapaz quando não tem o necessário discernimento para aferir a utilidade dos negócios jurídicos aos seus interesses. É o caso da deficiência profunda ou severa, que torna os deficientes totalmente dependentes da assistência alheia até a morte. É também o da maioria dos casos de deficiência moderada. Já se a deficiência mental é leve e não inibe, por completo, o discernimento, o deficiente será relativamente incapaz. Determinados graus superiores de deficiência mental leve não impedem a pessoa de dispor de seus bens e interesses diretamente, ou de administrá-los, desde que não envolvam decisões complexas. Nessa hipótese, não há fundamento para suprimir ou limitar a capacidade do deficiente mental educável.

A perícia médica dirá em qual condição a pessoa deficiente se encontra. Se a deficiência mental frustrou o pleno desenvolvimento das habilidades intelectuais, recomenda-se esteja o deficiente sempre acompanhado por alguém de sua confiança nos negócios jurídicos que praticar. É o caso de incapacidade relativa. Mas se o deficiente simplesmente não compreende a organização social, nem mesmo no plano das relações familiares mais próximas, não terá condições mínimas de entender o significado jurídico de seus atos. Para esse caso, somente a incapacidade absoluta será meio eficaz de proteção de interesses.

O juiz, ao julgar o processo de interdição do deficiente mental, irá, norteado pelas conclusões do laudo médico, definir o grau da incapacidade (absoluta ou relativa). Caso conclua pela relatividade da incapacidade, ele pode, também, circunscrever a determinados atos de conteúdo patrimonial a atuação do curador assistente (CC, art. 1.772). O juiz, inclusive, se convencido de que a deficiência mental não é causa de redução ou supressão do discernimento necessário à prática dos atos da vida civil com os quais o demandado está habitualmente lidando, não o impedindo de cuidar diretamente dos seus singelos interesses, poderá não acolher o pedido de interdição, permanecendo, então, o deficiente mental no inteiro gozo da sua capacidade jurídica.

A deficiência mental, de acordo com a extensão, pode dar ensejo à incapacidade absoluta ou relativa. Se o deficiente mental não tem discernimento necessário à prática dos atos da vida civil, ele é absolutamente incapaz; se o tem reduzido, relativamente incapaz.

De notar, também, que, não acarretando a deficiência mental nenhum prejuízo ao discernimento, o deficiente é capaz.

A opinião que o deficiente mental absolutamente incapaz possui a respeito do negócio jurídico — se é este proveitoso ou prejudicial aos seus interesses — não tem expressão nenhuma para o direito. O curador pode praticar, em nome do deficiente sem discernimento, todos os negócios jurídicos que entender convenientes ao curatelado. Já no caso do deficiente mental relativamente incapaz, isto é, o de discernimento reduzido, a sua opinião tem alguma relevância para o direito, visto que somente se podem praticar, em nome dele, os atos com os quais estiver de acordo.

A lei menciona, num dispositivo próprio, a incapacidade relativa do *excepcional sem desenvolvimento mental completo* (CC, art. 4º, III). Com isso, sugere que estaria cuidando de hipótese diversa de deficiência mental com redução de discernimento (CC, art. 4º, II). Não é o caso, porém. O conceito de "excepcional" tem emprego na pedagogia, e não na medicina. Destina-se a identificar os alunos com demandas especiais de aprendizado, *inclusive* em função de portarem deficiência mental leve. De qualquer modo, a busca de um significado especial para a hipótese do inciso III do art. 4º (excepcionais sem desenvolvimento mental completo), que não se encontrasse já abrangido no inciso II do mesmo artigo (deficiente com redução de discernimento), é, por tudo, desprovida de interesse, já que as duas situações levam à incapacidade relativa da pessoa.

3.2.4. Mentalmente enfermo

A deficiência mental é um estado. Em alguns poucos casos, quando diagnosticada precocemente, pode ser evitada ou curada. Mas, não sendo esta a hipótese, tende-se a perpetuar, marcando para sempre a vida da pessoa. Já a enfermidade mental é uma lesão à saúde, de efeitos mais ou menos prolongados, com ou sem cura. A pessoa mentalmente sã pode, às tantas, desenvolver uma doença mental. Estará enferma. Se o tratamento surtir resultados positivos, poderá recuperar a saúde. A deficiência, assim, *tende* a se perpetuar durante a vida do deficiente, enquanto a enfermidade *tende* à transitoriedade na vida do

enfermo. Veja que se está falando em tendências; não se afastam a superação da deficiência, nem as doenças crônicas e as incuráveis. A exata diferenciação entre enfermidade e deficiência mental é de interesse nenhum para o direito. O elemento desencadeador da incapacidade absoluta é o comprometimento das faculdades mentais que possibilitam à pessoa discernir o vantajoso do prejudicial, o útil do inútil, para os seus interesses. Comprometidas tais faculdades, são enfermos e deficientes incapazes.

A enfermidade mental é causa de incapacidade absoluta apenas quando subtrai do enfermo o discernimento necessário para a prática dos atos civis. Se, acometida por depressão, a pessoa chega a perder a acuidade intelectual que a desenvoltura plena no comércio jurídico exige, ela está mentalmente enferma e pode ser interditada como absolutamente incapaz. Mas, se o deprimido, apesar do mal, mantém o discernimento, não há causa para a interdição.

Sendo a enfermidade um estado de tendência transitória, deve-se considerar a hipótese de recuperação da capacidade do mentalmente enfermo em razão da cura. Quer dizer, curado do mal mental que lhe subtraía o discernimento para os atos e negócios jurídicos, a pessoa deve reassumir a direção imediata de seus interesses. O juiz decretará o levantamento da interdição e dispensará o curador de suas funções. Durante o período de incapacidade, todos os atos praticados diretamente continuam nulos. Se quiser, a pessoa com a capacidade jurídica recuperada poderá novamente praticá-los.

O mentalmente enfermo só perde a capacidade se a enfermidade o houver privado do discernimento necessário para a prática dos atos civis. Caso conserve essa faculdade, a doença não é causa para a interdição.

Não há previsão, na lei, para a incapacidade relativa do enfermo mental. Trata-se de impropriedade da norma jurídica, que deveria admiti-la nas hipóteses de enfermidade que não suprimisse, mas apenas reduzisse, o discernimento para os atos da vida civil.

3.2.5. Impedido de expressar a vontade

A capacidade é a aptidão, reconhecida pelo ordenamento jurídico, para a prática de atos e negócios jurídicos diretamente. Ela pressupõe, portanto, a plena desobstrução dos meios psíquicos e físicos para a manifestação de vontade. A

vontade que não se pode comunicar, por faltar à pessoa qualquer uma das condições mentais ou físicas para tanto, não tem relevância jurídica. Desse modo, o impedido de expressar a vontade, por qualquer razão, deve ser interditado para que outra pessoa — o curador — *fale* por ele.

Esta é uma causa de incapacidade que pode ser transitória. Imagine que a pessoa, em razão de acidente, entra em coma. Enquanto estiver nessa condição, não poderá manifestar sua vontade. Sendo necessário, os familiares legitimados podem pedir a sua interdição, para que o juiz nomeie um curador. Este ficará investido da aptidão para praticar os atos e negócios jurídicos em nome da pessoa inconsciente, enquanto durar o estado de inconsciência. Se e quando recuperado, o acidentado retomará a direção pessoal de seus bens e interesses.

A pessoa que, em razão de acidente, entra em coma fica, ainda que transitoriamente, impedida de exprimir a vontade. Ela é, por isso, absolutamente incapaz.

Pode ser também permanente a incapacidade pela impossibilidade de expressar a vontade. O acidente pode suprimir inteiramente a aptidão física ou mental para a comunicação, prostrando a pessoa num estado vegetativo sem perspectivas de cura.

3.2.6. Negócios jurídicos anteriores à interdição

À pessoa *maior* considerada legalmente incapaz (CC, arts. 3º, II e III, e 4º, I a IV) deve ser nomeado um curador para representá-la ou assisti-la em todos os atos da vida civil. Quem nomeia o curador é o juiz, ao sentenciar o processo de interdição, a partir de critérios estabelecidos na lei (CC, arts. 1.767 e s.). A partir da investidura do curador em sua função, todos os atos e negócios jurídicos de interesse do interdito serão praticados por ele (se a incapacidade é absoluta) ou mediante sua assistência (se relativa).

Mas, e quanto aos atos anteriores à interdição? Pode ser que o fator autorizante do decreto de incapacidade já tivesse acometido a pessoa, sem que os familiares e amigos tivessem ainda dado conta da situação. A enfermidade mental, por exemplo, já poderia ter comprometido as faculdades relacionadas ao discernimento necessário à participação no comércio jurídico, mas não havia ainda sido notada pelos mais próximos. Pode até mesmo ocorrer de ser a prática

de um negócio jurídico claramente desvantajoso o evento a chamar a atenção dos familiares para a possibilidade da perda ou redução do discernimento.

A sentença do juiz decretando a interdição e nomeando o curador não é considerada *constitutiva*, mas *declaratória*. Quer dizer, não é a decisão judicial que gera a incapacidade, mas a ocorrência do fato descrito em lei como causa (enfermidade ou deficiência mental, vício em tóxicos, prodigalidade etc.). A decisão do juiz apenas declara que o fato se verificou, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às relações com a pessoa tida por incapaz pela norma legal. Assim sendo, em princípio, os atos do incapaz anteriores à interdição já se encontravam viciados por nulidade ou anulabilidade *desde* o momento em que se verificou o fato característico da incapacidade.

A incapacidade decorre da caracterização dos fatos previstos em lei e é apenas declarada pelo juiz, no processo de interdição. Por isso, deve-se investigar se os atos e negócios jurídicos anteriores à interdição foram ou não proveitosos aos interesses do incapaz.

Mas a solução desse problema não pode ser tão simplista, e deve prestigiar, também, a boa-fé do outro contratante. De fato, se não havia indícios de que determinada pessoa perdera o discernimento para a prática de atos ou negócios jurídicos, não deve o terceiro de boa-fé ser prejudicado. Somente se era perceptível a falta de condições psíquicas ou físicas para a prática do ato pelo incapaz é que se deve declarar nulo ou anular o negócio. A avaliação da boa-fé convém seja feita de modo objetivo. Isto é, se alguém concorda em vender um bem por valor significativamente inferior ao de mercado (ou adquiri-lo por valor significativamente superior), deve-se considerar, em princípio, como estando de má-fé o outro contratante. A disposição de alguém em fazer algo que a generalidade das pessoas normalmente não faz desperta nas pessoas de boa-fé estranheza. Quem não a manifesta provavelmente está agindo de má-fé e quer locupletar-se indevidamente.

Desse modo, o negócio jurídico praticado anteriormente à interdição deve ser avaliado quanto à sua utilidade ou proveito para o incapaz. Se objetivamente proveitoso aos interesses dele, deve-se considerar o outro contratante movido pela boa-fé e válido o negócio. Caso contrário, se objetivamente prejudicial, reputa-se de má-fé o outro contratante e inválido (nulo ou anulável, de acordo

com o grau da incapacidade) o negócio jurídico realizado.

3.3. Algumas situações específicas

No tema da incapacidade devem-se circunscrever algumas situações específicas, com o objetivo de destacar causas ou fatores que não autorizam a interdição por si mesmos (velhice e deficiência física) ou para tratar de pessoas sujeitas a regime especial em razão da origem e cultura (índio).

3.3.1. Velho

Até determinada idade, somos todos incapazes. Mas nunca deixamos de ser capazes em razão da idade. Por mais idosa que seja a pessoa, ela é capaz para os atos e negócios jurídicos. É certo que alguns atos a lei submete a determinadas condições em razão da idade avançada de quem os pratica, com o intuito de preservar interesses dela e de seus eventuais futuros sucessores. O maior de 60 anos, por exemplo, só pode casar-se em regime de separação de bens. De qualquer modo, não se trata de supressão da capacidade. O idoso se casa, querendo, independentemente da representação ou assistência de quem quer que seja, porque tem plena capacidade para os atos da vida civil.

A velhice, por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada na idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses. Se, pressentindo a proximidade do fim, quiser gastar considerável volume de suas reservas patrimoniais em atividades de pura diversão e lazer, poderá fazê-lo sem que os descendentes ou outros eventuais futuros sucessores tenham direito de impedi-la. Não se pode considerar pródigo aquele que, não tendo responsabilidade pelo sustento e educação de mais ninguém, gasta ludicamente as economias construídas durante a vida.

O homem e a mulher não perdem a capacidade em razão da idade. Por mais idosa que seja a pessoa, continua ela capaz e pode praticar atos e negócios jurídicos diretamente, sem representação ou assistência.

Claro que o idoso fica, em razão da idade, mais exposto a doenças e, vindo a contrair alguma que lhe reduza ou subtraia o discernimento necessário para o comércio jurídico, poderá ser interditado. A incapacidade, porém, não terá sido

causada pela velhice, mas sim pela redução ou perda do discernimento. Isto é, sobreveio-lhe à mesma medida que pode sobrevir para o jovem.

3.3.2. Deficiente físico

Os deficientes físicos não são incapazes tão somente em virtude da deficiência. O cego e o surdo-mudo, por exemplo, são pessoas capazes. Dirigem diretamente seus negócios e interesses e prescindem, na prática de atos ou negócios jurídicos válidos, de representantes ou assistentes. Na sociedade democrática dos nossos tempos, os portadores de deficiência física titularizam os mesmos direitos civis que a generalidade das pessoas. Não há razões para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade, a pretexto de não se encontrarem inteiramente aptos à tomada das decisões por si mesmos (Araujo, 1994).

Em outros termos, os portadores de deficiência física são capazes ou incapazes exatamente nas mesmas situações que as demais pessoas. Assim, alcançando 16 anos completos, tornam-se relativamente incapazes, e, chegando aos 18, alcançam a maioridade e a plena capacidade. Perdem-na se não puderem mais comunicar sua vontade, por qualquer razão, ainda que transitória; se contraírem enfermidade mental que lhes suprima o discernimento; se se tornarem ébrios habituais ou viciados em tóxicos; se se mostrarem pródigos na administração de seus bens e assim por diante.

A proteção que o direito libera aos portadores de deficiência física tem sentido e objetivos bem diversos da liberada aos desdotados de discernimento para os atos e negócios civis. Assim, o cego, por não poder ler, só pode testar mediante escritura pública (CC, art. 1.872), o surdo-mudo só pode fazer testamento cerrado com observância de determinadas formalidades (CC, art. 1.873) e o portador de qualquer deficiência pode requerer que o juiz nomeie curador para um ou mais de seus negócios ou bens (CC, art. 1.780). Em nenhuma dessas medidas de proteção, é suprimida ou limitada a capacidade do portador de deficiência física. Mesmo na hipótese de receberem seus negócios ou bens um curador, não está ele impossibilitado de cuidar deles diretamente, sempre que se considerar apto a fazê-lo.

3.3.3. Índio

São índios as pessoas de ascendência e origem pré-colombiana, habitantes do Brasil, pertencentes a grupo étnico de características culturais distintas das da sociedade brasileira, derivada da colonização europeia (a que me referirei, para

simplificar, por “civilização”). Possuem, por isso, costumes e tradições cuja conservação é protegida pelo direito brasileiro (CF, arts. 210, § 2º, 215, § 1º, e 231). No capítulo relativo aos direitos civis, asseguram-se aos índios os mesmos outorgados à generalidade das pessoas. Em princípio, assim, aplicam-se as normas civis aos índios, sem atenção particular à sua origem, ascendência e cultura (Lei n. 6.001/73, art. 1º, parágrafo único).

Os índios são classificados, de acordo com a lei, em três categorias: *a*) *isolados*, os que vivem em grupos desconhecidos pela civilização, ou com poucos e eventuais contatos com esta; *b*) *em vias de integração*, os que mantêm intermitente ou permanente contato com a civilização e, embora conservem parte das condições da vida nativa de seu grupo, aceitam práticas e modos de existência estranhos a ela; *c*) *integrados*, os que vivem na civilização, ainda que conservem alguns usos, costumes e tradições de sua cultura. As duas primeiras categorias são referidas pela noção de índios não integrados.

O índio integrado à civilização brasileira derivada da colonização europeia é plenamente capaz para a prática de atos e negócios jurídicos. Se não estiver integrado, por pertencer a comunidades desconhecidas ou em via de integração, submete-se à tutela da FUNAI.

Têm capacidade jurídica igual à das demais pessoas os índios *integrados*. Alcançando a maioridade, tornam-se capazes, e perdem a capacidade, absoluta ou relativamente, nas mesmas hipóteses dos demais brasileiros. Não há nenhuma especificidade na capacidade do índio integrado, aplicando-se-lhes as mesmas normas jurídicas das pessoas naturais em geral. Já os índios *não integrados* estão sujeitos a um regime tutelar específico. Os negócios jurídicos entre índios não integrados e pessoa estranha à comunidade indígena só podem ser praticados com a assistência da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). São nulos esses negócios se o silvícola os praticar diretamente, sem o auxílio de funcionários daquela autarquia federal. Ressalva a lei apenas a hipótese de o índio revelar consciência e conhecimento do ato praticado, bem como da extensão de seus efeitos, salvo se lhe tiver sido prejudicial.

O índio deixa o regime de tutela e adquire a plena capacidade jurídica nas seguintes hipóteses: *a*) *emancipação* de sua comunidade, declarada por decreto do Presidente da República, após requerimento da maioria dos seus membros e

comprovação, pela FUNAI, da plena integração à civilização; *b*) *reconhecimento* da condição de integrado pela FUNAI, por ato formal homologado judicialmente e inscrito no registro civil; *c*) *requerimento* ao juiz de liberação do regime tutelar. Nas três hipóteses, o índio que pleiteia a medida de outorga de capacidade deve ter, no mínimo, 21 anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil à civilização e razoável compreensão dos usos e costumes desta.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A partir do fim do século XIX, em especial da contribuição do civilista alemão Otto von Gierke, determinados direitos passaram a ser catalogados como *direitos da personalidade* (Gallo, 2000:110). É corriqueiro deparar-se, em estudos sobre o tema, com paralelos entre esses direitos (à vida, ao nome, à imagem, sobre o corpo e suas partes e outros) e os fundamentais do ser humano, declarados em momentos históricos expressivos, como a declaração de independência norte-americana (1776), a declaração dos direitos do homem na Revolução Francesa (1789) ou a Carta de São Francisco (1948). Esses paralelos pincelam de coloração publicista os direitos do homem e de privatista, os da personalidade (Juglart-Pièdelièvre-Pièdelièvre, 1999:94/95). São, assim, direitos basilares das relações civis, derivados da própria dignidade ínsita ao ser humano.

Os direitos da personalidade são tão intimamente ligados à pessoa que os titulariza que se chegou mesmo a propor que, neles, sujeito e objeto se fundiriam (ver Gomes, 1957:148/153). Outros sugeriram que se trataria de direitos sem sujeitos (ver Miranda, 1965, 7:29/40). São realmente essenciais — não no sentido jusnaturalista de atributo inato dos homens que a ordem positiva não poderia deixar de declarar e reconhecer, como querem alguns (por exemplo, Bittar, 2001:6/10), mas no de próximos aos mais importantes valores que a pessoa humana ostenta. Essenciais, em outros termos, porque não podem ser *destacados* da pessoa de seu titular. Quer dizer, o direito de propriedade ou de crédito podem ser separados do sujeito, uma vez que nem todas as pessoas são proprietárias ou credoras; mas os direitos da personalidade não são destacáveis, já que todos os homens e mulheres sempre os titularizam (a imagem é de Silvio Rodrigues, 2002:61). Diz-se, então, que os direitos da personalidade são aqueles para cujo exercício é suficiente a titularidade da personalidade, entendida em seu sentido de aptidão para ter direitos e obrigações (De Cupis, apud França, 1958:153). A extrema ligação entre sujeito e objeto, nos direitos da personalidade, ilustra-se também com a lembrança à sensação causada pelo

usurpador — que usa indevidamente o nome ou a fotografia de outro —, como se houvesse tirado *um pedaço* da pessoa do titular (a imagem é de Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, 1999:47/48).

No Brasil, os direitos da personalidade têm a proteção enraizada nas normas constitucionais. Nelas tutelam-se como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X), assegura-se a indenização por dano à imagem agravada por abuso no exercício da liberdade de manifestação (inciso V) e a gratuidade, para os reconhecidamente pobres, do registro civil de nascimento (inciso LXXVI, *a*).

Os direitos da personalidade são essenciais às pessoas naturais, porque não há quem não os titularize: direito ao nome, à imagem, ao corpo e suas partes, à honra etc.

Os direitos da personalidade são *absolutos*, oponíveis *erga omnes*, ou seja, o titular pode escudar-se nele perante qualquer outro sujeito de direito, indistintamente. Assim, eles podem ser defendidos mesmo daqueles com quem o titular não tenha tido nenhuma relação jurídica anterior. Contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido direito da personalidade, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta. Disso, contudo, não se segue que tais direitos sejam ilimitados. Pelo contrário, cedem lugar a outros interesses juridicamente tutelados como de maior envergadura (difusos, coletivos e públicos). Assim, o direito da personalidade à privacidade não pode impedir, por exemplo, o controle da arrecadação de tributos, porque, enquanto o primeiro atende a interesse exclusivamente privado da pessoa do contribuinte, o segundo é de claro interesse público.

Além de absolutos, os direitos da personalidade são *vitalícios*. Homens e mulheres titularizam os direitos da personalidade por toda a vida. Em razão da vitaliciedade, configuram-se esses direitos como *imprescritíveis*. O ofendido não perde o direito de demandar o ofensor, qualquer que tenha sido o lapso de tempo decorrido desde a ofensa ou o seu conhecimento pelo titular do direito.

Costumam ser classificados como direitos extrapatrimoniais, insuscetíveis de avaliação econômica em dinheiro (Larroumet, 1998:269/270; Diniz, 2002:117/121). Essa classificação é correta para a significativa *maioria* dos direitos da personalidade. A honra, o nome, a integridade física são atributos não

passíveis de precificação. Quando lesados os direitos correspondentes, a vítima terá direito a indenização por dano moral, cuja tradução pecuniária *não* guarda relação quantitativa com o valor da ofensa. Mas, se a quase totalidade dos direitos da personalidade não pode ser mensurada em valores monetários, há alguns deles que, *dependendo do titular*, são nitidamente patrimoniais. Pense-se no exemplo do direito à imagem titularizado por um famoso artista ou desportista. Trata-se de direito plenamente quantificável em dinheiro, de acordo com padrões e critérios reconhecidos e partilhados por publicitários, anunciantes e meios de comunicação de massa. O melhor entendimento da matéria, por conseguinte, é o da distinção entre direitos da personalidade patrimoniais e extrapatrimoniais.

São *indisponíveis* os direitos da personalidade extrapatrimoniais. Quer dizer, a pessoa não tem meios juridicamente válidos e eficazes para aliená-los do conjunto de direitos que titulariza. Não pode cedê- -los, onerosa ou gratuitamente, nem limitar o seu exercício por ato de vontade. Em decorrência, são direitos que não se transmitem, seja por ato entre vivos, seja em razão de sucessão por morte. Também em virtude da indisponibilidade, são direitos impenhoráveis, quer dizer, não podem ser objeto de alienação judicial para a satisfação de credor.

A renúncia aos direitos da personalidade extrapatrimoniais também não é cabível, em razão de sua indisponibilidade. Se o titular manifestar, ainda que por escrito em negócio jurídico sinalagmático, a vontade de renunciar a qualquer um deles, poderá, no futuro e sem empecilho algum, exercitá-lo ou defendê-lo, inclusive em face dos demais sujeitos participantes do negócio. A renúncia de direito da personalidade extrapatrimonial não tem nenhuma validade ou eficácia. Note-se que o titular de qualquer direito, inclusive os da personalidade, pode deixar de exercê-lo se entender que isso lhe convém. Não se pode obrigar ninguém a exercitar o direito que titulariza contra a sua vontade. Isso, porém, não tem o mesmo significado da renúncia. Quem renuncia a direito, assume uma obrigação, a de não exercê-lo, podendo vir a ser responsabilizado caso a descumpra. Quem deixa de exercer um direito, ao contrário, pratica ato que não o obriga, e pode, enquanto não extinto o direito em função do decurso do tempo (prescrição ou decadência), voltar a exercê-lo, sem que isso caracterize descumprimento de obrigação.

Os direitos da personalidade são absolutos (oponíveis erga omnes*) e vitalícios. Na sua maioria, são extrapatrimoniais, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e intransmissíveis.*

Sob o signo de "direitos da personalidade", agrega a tecnologia civilista um número cada vez maior de direitos subjetivos. Assim, o direito à vida, integridade física, saúde, verdade, respeito e outros tantos tem sido estudado nessa categoria. É recorrente, aliás, a lembrança da tutela da criação intelectual do autor como proteção a direitos desse gênero (Miranda, 1965, 7:32). Na verdade, os direitos da personalidade são um *catálogo* de faculdades jurídicas cuja extensão varia de acordo com o tecnólogo e suas preferências (parece, por vezes, que alguns competem na busca de novos itens para o cardápio). Neste *Curso,* centra-se o exame nos direitos da personalidade disciplinados pelos arts. 13 a 21 do CC e nalguma legislação extravagante: nome, privacidade, corpo, imagem e honra.

4.1. Direito ao nome

O nome é a identificação da pessoa natural. É o principal elemento de individuação de homens e mulheres. Tem importância não apenas jurídica, mas principalmente psicológica: é a base para a construção da personalidade.

"Toda pessoa tem direito ao nome", enuncia a lei (CC, art. 16). Ele será composto de prenome e sobrenome; este identifica a família e aquele, um membro desta. A pessoa, assim, tem direito de ser identificada por expressão que a individue (prenome) entre os integrantes de sua família (sobrenome). Esta é a regra geral, embora haja ainda quem veja sentido em dar ao filho o mesmo prenome do pai ou avô, opção que obriga agregar-se ao nome expressão individualizadora do tipo "júnior", "neto" e outras (são os *agnomes*).

Quem atribui o prenome à pessoa são os seus pais, em conjunto, ou qualquer um deles, quando falecido o outro na época do registro de nascimento. Sendo desconhecido ou ausente o pai, a escolha cabe naturalmente à mãe. Há plena liberdade de escolha, podendo os pais optar por expressões mais ou menos usuais ou incomuns na designação de pessoas, segundo seu desejo. Vedam-se apenas os prenomes suscetíves de expor ao ridículo a pessoa (Lei n. 6.015/73, art. 55, parágrafo único). Assim, se os pais querem chamar filho homem por nome tipicamente feminino, ou o inverso, caberá ao oficial recusar o registro. Se os pais não masculinizarem o nome feminino (ou não feminizarem o masculino)

e insistirem na solução anterior, que exporá o filho ou filha ao escárnio, o oficial deve suscitar dúvida perante o juiz, que decidirá se o prenome pretendido pelos pais pode ou não ser registrado. Afora a hipótese de exposição ao ridículo, a escolha dos pais é livre e não pode ser recusado o registro pelo cartório ou pelo juiz.

O nome compreende o prenome (que identifica o indivíduo dentro do núcleo familiar) e o sobrenome (que identifica a família). O prenome é livremente escolhido pelos pais e o sobrenome é composto por estes com aproveitamento de uma ou mais expressões de seus sobrenomes.

A mesma liberdade na definição do prenome não existe na composição do sobrenome. Este identifica a família, e, portanto, deve reproduzir, ainda que em parte, o sobrenome dos pais. O mais comum, na tradição brasileira, é colher-se a última das expressões componentes do sobrenome da mãe e acrescer-lhe a última das componentes do sobrenome do pai. Se *Antonia Silva Barros* e *Benedito Costa Pereira* têm um filho, e for observada a tradição dos patronímicos adotada no Brasil, irão chamá-lo de *Carlos Barros Pereira*. Nada impede, porém, outras escolhas, desde que com o necessário aproveitamento de um dos sobrenomes: *Carlos Silva Barros da Costa Pereira*, *Carlos Barros da Costa Pereira*, *Carlos Pereira Barros* etc. Apenas se os pais não indicarem o nome completo, o oficial do registro comporá o sobrenome, observando o critério da lei: será, em princípio, o sobrenome do pai; na falta deste, será o da mãe (Lei n. 6.015/73, art. 55).

4.1.1. Alteração do nome

A escolha do prenome e a composição do sobrenome pelos pais são, em princípio, definitivas. O nome, integrado pelo prenome escolhido pelos pais e pelo sobrenome composto por eles, não pode ser alterado a não ser nas hipóteses legalmente estipuladas. Note-se que não se está tratando, aqui, da *retificação* do nome (por exemplo, em razão de erros de grafia ou de outra natureza), que pode ser feita a qualquer tempo e, em regra, independentemente de sentença judicial (Lei n. 6.015/73, art. 110). A mutação do nome diz respeito a substituição ou acréscimo de expressões. A regra, pois, é a da definitividade do nome. Em casos específicos, porém, é possível sua mudança, a saber: *a*) vontade do titular, no

primeiro ano seguinte ao da maioridade civil; *b*) decisão judicial que reconheça motivo justificável para a alteração; *c*) substituição do prenome por apelido notório; *d*) substituição do prenome de testemunha de crime; *e*) adição ao nome do sobrenome do cônjuge; *f*) acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta; *g*) adoção. Examine-se um a um.

Pode verificar-se a mudança no prenome, por ato de vontade da pessoa, manifestada no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil (Lei n. 6.015/73, art. 56). O prenome pode ser alterado, livremente, por qualquer outro do agrado do interessado, mas o sobrenome deve ser preservado. Admite-se, porém, o acréscimo de expressões componentes do sobrenome de antecedentes remotos, como avós, bisavós etc.

Embora a lei não condicione essa primeira hipótese de alteração do nome a qualquer justificativa, sendo suficiente a vontade de adotar prenome diverso ou ampliar o sobrenome, a jurisprudência tem afirmado que a mudança deve ser excepcional e motivada (*RT, 836*:147). De qualquer modo, deve o interessado ser informado, o mais completamente possível, de todas as dificuldades que poderão advir de sua decisão. Quer dizer, nos primeiros dezenove anos de vida, todos os registros escolares, documentos, laudos médicos, assentamentos de saúde e outros elementos especificamente destinados a essa pessoa foram emitidos com uma identificação. Serão convenientes (e em alguns casos necessários) novos assentamentos, emissões, averbações e publicações; uma série de formalidades, enfim, cuja implementação pode não compensar o proveito na mudança do prenome. Em outros termos, o exercício da faculdade de mudança do prenome no primeiro ano seguinte ao da maioridade deve ser justificável nesse sentido.

Após o decurso do prazo assinalado, isto é, a partir dos 19 anos completos, qualquer alteração do nome (prenome ou sobrenome) só pode ser decretada pelo juiz havendo motivo que a justifique e ouvido o Ministério Público. Caso bastante comum dessa hipótese é a alteração do nome para evitar os dissabores e prejuízos associados à homonímia. Se a pessoa tem nome extremamente comum, como *José da Silva*, por exemplo, será de seu interesse alterá-lo para se distinguir de outras milhares de pessoas, muitas delas com títulos protestados, ficha criminal desabonadora etc. Na alteração para eliminar a homonímia, costuma-se trazer para o sobrenome elementos do patronímico de avós ou bisavós.

Outra hipótese de alteração de nome por decisão judicial diante de motivo justificável é a dos transexuais. Apesar das hesitações da jurisprudência (Lotufo, 2002:68/69), as pessoas que alteram cirurgicamente o sexo têm direito a

prenome compatível com a aparência sexual que passam a ostentar. Esse direito tem sido mais facilmente reconhecido em juízo quando demonstrado que a pessoa sofre de distúrbio psíquico ou fisiológico, em razão do qual a medicina recomenda a mudança cirúrgica do sexo. Mas também deve ser reconhecido o mesmo direito àqueles que optam pela inversão do sexo para serem mais felizes. A mudança do nome do transexual é, a rigor, um ajuste e deveria ser concedida pela mera inversão do gênero do prenome (*Roberto* para *Roberta*, por exemplo).

Admite a lei, também, quando útil aos interesses da pessoa, a substituição do prenome pelo apelido notório, ou mesmo o acréscimo deste àquele (Lei n. 6.015/73, art. 58). Exemplo muito conhecido é o do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que acrescentou o apelido "Lula" ao nome "Luiz Inácio da Silva" assim que começou a se projetar na política nacional. Ao admitir essa forma de mudança, reconhece-se legitimidade ao interesse que determinadas pessoas passam a ter, pelas mais variadas razões, de se fazerem conhecer *de direito* pelo mesmo nome por que são conhecidas *de fato*. A substituição do prenome também pode ser judicialmente autorizada para proteger testemunha que tenha colaborado na apuração de crime. Presume-se que, mudado o nome, dificulta-se alguma vingança que o condenado possa vir a praticar contra ela.

A regra é a da definitividade do nome. São definitivas a escolha do prenome e a composição do sobrenome pelos pais. Contempla, entretanto, a lei algumas exceções, em que admite a substituição do prenome (pelo apelido notório, por exemplo) ou o acréscimo de elementos ao sobrenome (para desfazer a homonímia, por exemplo).

Autoriza a lei que a pessoa, com o casamento, possa mudar o nome, agregando-lhe o sobrenome do cônjuge (CC, art. 1.565, § 1º). Não se exigem maiores formalidades, a não ser a declaração dessa vontade pelo nubente interessado, no ato de celebração do casamento. O acréscimo independe da anuência do outro cônjuge, ou de seus familiares.

O enteado pode requerer ao juiz a averbação ao seu assentamento de nascimento do sobrenome de seu padrasto ou madrasta. A lei sujeita esse pedido à existência de motivo ponderado e à concordância do padrasto ou madrasta. Não basta, assim, a vontade do enteado, devendo provar-se vínculo afetivo entre eles suficientemente forte para justificar a medida excepcional (Lei n. 6.015/73,

art. 57, § 8º, acrescido pela Lei n. 11.924/2009). Note-se que os dicionários, atualmente, ao definirem “padrasto” e “madrasta”, não mais se referem ao falecimento respectivamente do pai e da mãe como pressuposto; e é nesse sentido que a lei deve ser aplicada. Vale dizer, mesmo que vivo ainda o pai (ou a mãe), se alguém quiser incorporar ao seu o sobrenome do novo marido da mãe (ou nova mulher do pai), havendo vínculo afetivo especial entre eles, o juiz deve autorizar a averbação.

Em qualquer mutação de nome, nos casos até aqui examinados, o núcleo do sobrenome deve ser preservado. Se o prenome pode ser inteiramente substituído, nas hipóteses legalmente autorizadas, em relação ao sobrenome faculta-se unicamente o acréscimo de outras expressões (como o apelido notório, elementos do patronímico de ascendentes indiretos ou o sobrenome do cônjuge, do padrasto ou madrasta).

Finalmente, também altera o nome a adoção. O adotado passa a ter, no nome, o sobrenome do adotante em substituição ao que ostentava anteriormente. Além disso, a pedido do adotante e com a concordância do adotado, pode também ser mudado o prenome pelo juiz que conceder a adoção (ECA, art. 47, § 6º).

4.1.2. Proteção do nome

Houve tempo em que a proteção jurídica do nome era feita sob a inspiração do direito de propriedade. O nome civil era, naquele contexto, protegido à semelhança de um bem do patrimônio do titular. No campo do direito civil, a aproximação das regras tutelares do nome às do direito de propriedade foi descartada ainda em meados do século XX (Planiol-Ripert, 1952:140/142), com o crescente prestígio da teoria dos direitos da personalidade (França, 1958:150/174). Note-se que, no campo do direito comercial, o nome empresarial, pelo qual o empresário se faz conhecer em suas relações econômicas, é considerado bem integrante do estabelecimento. É, em decorrência, protegido por regras próprias (Coelho, 1998, 1:175/183). A diferença de enfoque se explica: enquanto o nome civil em geral não tem valor de mercado, o inverso se pode verificar com o nome empresarial.

A proteção do nome como direito da personalidade confunde-se com a da imagem do seu titular. São indissociáveis os dois atributos, já que quem diz o nome de alguém invoca necessariamente a imagem associada a essa pessoa, existente ou por construir. De fato, se já é conhecida, a imagem que o interlocutor traz da pessoa pode ser comprometida pelo que se está ligando ao nome dela; se desconhecida, constrói-se a imagem a partir das informações

transmitidas junto com o nome. As duas garantias legais que titularizam as pessoas físicas em relação ao seu nome, em decorrência, completam-se pela proteção mais ampla concedida à imagem.

A primeira regra tutelar do nome como direito da personalidade coíbe sua menção por terceiros, em publicações ou representações, sempre que dela puder decorrer a exposição da pessoa nomeada ao desprezo público (CC, art. 17). Se, por qualquer meio de comunicação ao qual possam ter acesso pessoas indistintas (livros, páginas na internete, jornais, revistas, programas de TV, obras artísticas etc.), o nome de um homem ou mulher é empregado de tal modo que possa despertar sentimentos de desprezo em face do seu portador, tem ele direito de impedir o prosseguimento da exposição e exigir indenização por perdas e danos. Esse direito independe do intuito difamatório ou não de quem fez o uso ilegítimo do nome.

Note-se que a proteção da lei ao nome não deve circunscrever-se à específica situação do desprezo público. Com ênfase, muitas vezes a forma como é empregado o nome de alguém numa publicação ou representação não chega a despertar um sentimento tão exacerbado no público, mas, ainda assim, é lesivo à dignidade da pessoa que o porta. Basta que esta seja ridicularizada ou constrangida de qualquer maneira para a caracterização da ofensa aos seus direitos da personalidade. É evidente, assim, que o nome também está protegido mesmo quando o seu emprego pode levar o titular a se envolver em outras situações indesejadas (além da do desprezo público), de efeitos meramente vexatórios. Em outros termos, mesmo que a menção ilegítima do nome de alguém não desperte especificamente o *desprezo público*, ela pode ser impedida em defesa do direito à imagem.

A segunda regra de proteção do nome como direito da personalidade impede o seu uso em propaganda comercial sem autorização do titular (CC, art. 18). De início, convém assentar que o direito brasileiro, ao contrário de alguns estrangeiros, não distingue entre *propaganda* e *publicidade* (Benjamin, 1991:172/173). Desse modo, incluem-se no âmbito de incidência da norma jurídica em foco todos os anúncios destinados, direta ou indiretamente, a promover a venda de produtos ou serviços do anunciante. O veículo é irrelevante, podendo ser qualquer um: cartazes externos, publicações periódicas, TV, rádio, internet etc.

O objetivo da publicidade, todos sabem, é o de aumentar as vendas de produtos ou serviços que o anunciante oferece ao mercado. Mesmo quando a propaganda comercial é institucional (destinada a criar ou consolidar

determinada imagem positiva do anunciante junto aos consumidores) ou de promoção de certames (em que se premiam alguns consumidores), a intenção última é a de promover a venda de produtos ou serviços. Desse modo, a menção ao nome de uma pessoa em qualquer anúncio publicitário é feita sempre com vistas a ajudar no crescimento dos negócios do anunciante. Assim, seja a pessoa famosa ou não, é direito dela não ter o seu nome explorado na promoção de interesses exclusivamente econômicos de terceiros. Mesmo a pessoa premiada no certame promocional não poderá ter o seu nome divulgado pelo anunciante, a não ser que tenha autorizado expressamente a divulgação ou que as normas da premiação prevejam cláusula de autorização de uso do nome pela tão só adesão ao certame.

O nome de uma pessoa não pode ser empregado por terceiros em publicações ou representações que possam acarretar o seu desprezo público. Também não pode ser utilizado em propaganda comercial, salvo se autorizado pelo titular.

A proteção legalmente concedida ao nome estende-se ao pseudônimo e ao apelido notório.

Note-se que, mesmo tendo a pessoa dado autorização prévia ao uso do nome em propaganda comercial, não se admite qualquer prejuízo à imagem dela. Quem autoriza a veiculação de seu nome antes de poder conhecer detalhadamente as circunstâncias em que esta se dará, anuiu na expectativa de que nenhum agravo à sua imagem decorrerá da peça publicitária. Se, ao participar de um sorteio qualquer, a pessoa concorda antecipadamente com a veiculação de seu nome e imagem, está admitindo apenas a hipótese de se exibir como um consumidor (do produto ou serviço em promoção) afortunado pela sorte e nada mais. Se o contexto da divulgação acaba ligando o nome e imagem da pessoa a outras qualidades, vexatórias ou não, dignas ou indignas, estará ocorrendo o aproveitamento indevido do direito da personalidade do premiado.

A mesma proteção conferida ao nome, como direito da personalidade, é estendida ao pseudônimo adotado para atividades lícitas (CC, art. 19). O valor prestigiado, na tutela do nome, é o da própria identidade de uma pessoa, na maioria das vezes propiciada pelo nome. Alguns poetas, atores ou cantores, porém, são muito mais conhecidos pelo nome artístico (pseudônimo) que adotam do que pelo nome civil. Se o objetivo da lei é proteger os meios de identificar a

pessoa, e ela é mais conhecida pelo pseudônimo do que pelo nome, não há razão para dar a este importância superior àquele. Interessante ilustrar a passagem com o caso, narrado por Renan Lotufo (2003:76), do compositor conhecido pelo pseudônimo Geraldo Vandré. Durante a ditadura militar, o artista sumiu, chegando-se a atribuir ao seu desaparecimento o sentido de perseguição política. De fato, entre os confusos versos de sua música "Para não dizer que não falei das flores", frases como "quem sabe faz a hora, não espera acontecer" eram vistas como elaboradas mensagens antiditatoriais, tanto pela comunidade de repressão como pelos movimentos pró-democracia. Pois bem, durante seu desaparecimento, sua mulher ingressou com ação de desquite e a citação do compositor foi feita, naturalmente, por edital. O desquite foi decretado, mas posteriormente anulado por vício na citação. Do edital não havia constado o pseudônimo, mas apenas o nome do citado. Como era pessoa muito mais conhecida pelo nome artístico do que pelo civil, a Justiça considerou que o instrumento de citação editalícia não poderia deixar de omitir o pseudônimo.

A mesma proteção diferida ao nome deve também se estender ao apelido notório, pelas mesmas razões que a lei tutela o pseudônimo. Se a pessoa é conhecida mais por um apelido que por seu nome civil, não tem sentido desconsiderar a alcunha na proteção de sua identificação.

4.2. Direito à privacidade

A cada pessoa física liga-se não somente um nome, que a identifica, mas também um conjunto de informações. São dados que estimulam a composição da imagem da pessoa a que se referem. Não há homem ou mulher a que não se liguem informações pessoais, de maior ou menor interesse para os outros.

No conjunto de informações agregado a cada pessoa, algumas são públicas e qualquer um tem direito de acesso a elas. O nome dos pais e avós, data e local do nascimento, estado civil atual e pretérito são exemplos de informações constantes do registro civil público. Qualquer um pode ter amplo e irrestrito acesso a essas informações concernentes a qualquer pessoa. Se me torno sócio de uma sociedade empresária, assino um contrato social que é levado a registro na Junta Comercial. Tornam-se, em decorrência, públicas não só a informação de que tenho participação societária numa empresa, como também todas as demais informações lançadas naquele documento, como meu RG, CPF, domicílio, capital social que subscrevi, direitos e deveres que contraí perante os demais sócios etc.

Há, também, informações pessoais que, embora não sejam públicas, podem

ser acessadas por qualquer interessado legitimado. Quando ajuízo um processo, salvo nas causas resguardadas pelo segredo de justiça (CPC, art. 155), uma série de informações a meu respeito tornam-se disponíveis a outras pessoas, como a parte adversária, seus advogados e mesmo terceiros que demonstrarem, perante o juiz, interesse na consulta aos autos. Aliás, é prerrogativa profissional de todo advogado, mesmo sem ser procurador das partes em litígio, examinar os autos de qualquer processo não sujeito a sigilo e obter cópia de suas peças (Estatuto da Advocacia — Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIII). Desse modo, os fatos narrados em petições ou afirmados por testemunhas, os resultados de perícias técnicas e todos os demais elementos que o processo abriga são acessíveis a diversas pessoas, conhecidas ou estranhas às partes envolvidas na demanda.

Muitas outras informações ligadas à pessoa não são públicas. Têm direito de acesso a elas apenas algumas pessoas, em razão de contrato ou de faculdade legal expressa. Nesse conjunto incluem-se, por exemplo, o salário e demais rendimentos da pessoa. O quanto a pessoa ganha costuma ser informação reservada, muitas vezes sonegada até mesmo do cônjuge e filhos. O valor do salário, porém, também é conhecido do empregador e dos funcionários que elaboram a folha de pagamento. É conhecido também do gerente da agência bancária responsável pela conta em que se faz o depósito. Deve ser informado, por outro lado, à Receita Federal, no cumprimento das obrigações instrumentais da legislação do imposto de renda. Outro exemplo de informações pessoais não públicas é o referente ao patrimônio. Exceção feita, novamente, à Receita Federal, essas informações não precisam ser transmitidas a ninguém. Em algumas situações pré-contratuais, será conveniente à pessoa abrir, total ou parcialmente, a informação a terceiro, como na negociação do aluguel de imóvel em que o fiador deve demonstrar ter meios para responder pela fiança.

Também são informações não públicas os laudos médicos e prontuários escolares. Reúnem-se nesses arquivos dados específicos sobre o paciente ou o aluno, os quais não podem ser divulgados a terceiros. Evidentemente, mesmo nesses casos, as informações não são exclusivas da pessoa. Os médicos, enfermeiros e demais profissionais dos consultórios, clínicas ou hospitais, assim como os professores e funcionários das escolas, que prestaram serviços a determinada pessoa, têm naturalmente acesso às informações referentes à saúde e rendimento escolar dela.

Especial menção deve ser feita também às informações relacionadas aos hábitos de consumo da pessoa. A elas têm acesso não somente os empresários fornecedores de produtos e serviços e seus empregados, mas, em caso de

pagamento por meio de cartão de crédito, igualmente a respectiva administradora. Note-se como mesmo não sendo públicas, mas privadas, as informações pessoais raramente são *exclusivas* da pessoa interessada.

A cada pessoa corresponde um conjunto de informações. Algumas delas são públicas e a pessoa interessada não pode impedir o acesso de terceiros ou mesmo sua divulgação. Nesse caso se encontram os nomes dos pais e avós, data e local de nascimento e outras.

As demais são informações privadas, que se encontram em laudos médicos, prontuários escolares, faturas de cartão de crédito, contas de telefone etc. Cada pessoa tem o direito de manter reservadas as informações não públicas que quiser. Este é o direito à privacidade.

A lei protege, como direito da personalidade, o interesse que as pessoas têm de não ver divulgadas as informações privadas (sobre elas) que desejam manter em segredo. É o direito à privacidade.

Há quem distinga entre privacidade e intimidade, tomando esta como um dos desdobramentos daquela (cf. Farias, 2000:145; Ferraz Jr., 1993:442/443). Não vejo, porém, utilidade na distinção, em face do regime geral da proteção da vida privada. Privacidade e intimidade devem ser tomadas como expressões sinônimas. Convém, ademais, esclarecer que a inviolabilidade da vida privada não se confunde com a do domicílio. Se estou querendo ficar só em casa, lendo ou descansando, e alguém me perturba o sossego, não é minha vida privada que está sendo violada, mas meu domicílio.

4.2.1. Inviolabilidade da vida privada e seus limites

Vida privada é o conjunto de informações não públicas sobre determinada pessoa, as quais esta deseja não ver divulgadas a ninguém. Quem define se determinada informação pessoal integra ou não sua vida privada é exclusivamente o titular do direito. Cada pessoa tem, por certo, suas idiossincrasias e preconceitos, é mais ou menos tímida, preocupa-se em demasia com o julgamento alheio ou o desdenha. Não há nenhum critério objetivo que possa nortear quais seriam os dados integrantes da vida privada de todo e qualquer homem ou mulher, e por isso a solução é sempre subjetiva. A própria pessoa a respeito da qual versa a informação não pública decide se quer vê-la mantida em sigilo ou se não a incomoda a divulgação. Para uns, propagar que se realizou implante de cabelos é vexatório, enquanto para outros, indiferente.

Aqueles tenderão a considerar de sua vida privada a confirmação do fato, ao passo que estes últimos não se importarão em ver difundida a informação. Tempo houve em que se preferia ocultar uma doença grave, como câncer ou aids. Hoje em dia, essa atitude é menos comum. De qualquer modo, o enfermo que quiser manter em sigilo a informação privada sobre sua saúde tem esse direito.

Inviolabilidade da vida privada, assim, é o direito da personalidade que assegura à pessoa a faculdade de selecionar quais dados (não públicos) sobre ela podem ou não ser divulgados, e por que meios. Por ser um direito absoluto, todos indistintamente têm o dever de se abster de qualquer ato, público ou privado, que importe na divulgação não desejada da informação. Mesmo a pequena fofoca, por mais inocente que seja na superfície, pode ser coibida por ordem judicial, se a pleitear a pessoa cuja privacidade foi violada. A coibição se traduzirá tanto na suspensão da divulgação como na condenação do fofoqueiro em perdas e danos.

O direito à privacidade não é ilimitado. Ao contrário, não prevalece em prejuízo de interesses de maior envergadura jurídica, como os difusos, coletivos ou públicos. Em primeiro lugar, o direito à privacidade nunca é oponível perante ordem judicial. O juiz pode, de ofício ou em deferimento a pedido de parte, requisitar *qualquer informação* diretamente à pessoa envolvida, ou a terceiro que a possua. Se, para determinado processo, cível ou criminal, for relevante dado concernente à saúde de uma pessoa, o juiz pode requisitá-lo, por exemplo, da instituição hospitalar de cujos arquivos ele consta ou deveria constar. Na execução contra devedor que oculta seus bens, pode o juiz oficiar à Receita Federal para que lhe encaminhe cópia da última declaração patrimonial apresentada pelo devedor, ou aos bancos, para que informem os saldos das contas de depósito (essas comunicações com as instituições financeiras e o bloqueio de recursos depositados têm sido feitos por meio eletrônico, sendo por isso chamadas de “penhoras *on line*”).

O direito à privacidade é limitado. Não pode ser arguido, por exemplo, como fundamento para desobediência a ordem judicial. Também não pode servir de escudo a sonegadores de tributos. Cede, enfim, diante de imperativos de segurança da sociedade ou repressão penal.

A inviolabilidade da vida privada não existe também quando o acesso às informações pessoais mantidas reservadas, ou mesmo sua divulgação, atende a imperativos de segurança pública ou repressão penal. Aliás, a tendência é a de crescente redução dos círculos de privacidade das pessoas, em função da preservação da segurança da sociedade e da efetivação da punibilidade. Nos Estados Unidos, após o atentado de 11 de setembro de 2001, foi organizada uma grande agência destinada a centralizar a maior gama de informações possível sobre o maior número de pessoas, em especial as estrangeiras. Não é tecnicamente impossível concentrar, por exemplo, num gigantesco banco de dados central todos os movimentos financeiros, compras por meio de cartões de crédito ou de débito, deslocamentos por avião, matrícula em escola ou programas de treinamento, envio e recebimento de mensagens eletrônicas via internete e visitas às páginas mais frequentadas, telefonemas dados e recebidos etc. Espera-se que essa imensa gama de informações, quando devidamente articuladas e investigadas, possa fornecer pistas para a identificação e desarticulação de ações terroristas ou criminosas.

Também não pode ser considerada violação da vida privada a transmissão para a Receita Federal de informações sobre movimentação bancária e compras por cartões de crédito, acima de determinado valor, como medida de combate à sonegação de tributos. Ao direito constitucional à privacidade da pessoa sobrepõe-se o direito também constitucional do Estado de cobrar os tributos que instituir, já que o primeiro atende a interesse de natureza privada e este, de natureza pública. É cínica e se destina unicamente a preservar os sonegadores de suas responsabilidades fiscais (em detrimento de toda a sociedade) a tese da supremacia do direito à privacidade a impedir o envio de informações dos bancos e administradoras de cartões de crédito para a Receita Federal (cf. Ferraz Jr., 1993).

Particularmente delicada é a questão dos limites da inviolabilidade da vida privada e da liberdade de imprensa, correspondentes ambos a direitos de robustez constitucional. É delicada a matéria porque certas pessoas, por variadas razões, buscam alcançar notoriedade, valendo-se seja de atos que chamam a atenção de jornalistas e produtores de programas de rádio ou TV, seja de acordos mais ou menos explícitos para a transformação de sua vida em notícia. Qualquer que seja o expediente utilizado, a pessoa que busca, por ato de vontade, tornar-se pública, se o consegue, acaba expondo-se ao risco de ter dificuldades em circunscrever o âmbito de sua vida privada. Normalmente a busca está associada a atividades profissionais, como no caso de políticos, artistas ou modelos, mas

não se pode desconsiderar a movida por meros impulsos da vaidade. Pois bem, uma vez alcançada a notoriedade, qualquer fato ligado à vida dessas pessoas pode ter interesse jornalístico: aonde foi durante as férias, se deixou de ser convidada para um evento social, o início ou o fim de namoros etc. Para a pessoa afamada, trata-se de invasão de privacidade; mas, para o profissional da imprensa, se a pessoa se tornou pública por sua própria vontade, assumiu o risco de se expor completamente.

A solução desse conflito, na verdade, não é simples. Se todos os homens e mulheres titularizam o direito de inviolabilidade da vida privada, os que buscaram, por qualquer razão, a notoriedade, tê-lo-iam perdido em razão disso? Penso que, tal como se verifica com as anônimas, a pessoa a quem as informações se referem é a única titular do direito de decidir se lhe convém ou não a divulgação, qualquer que seja a fama de que goza. Em decorrência, os veículos de imprensa e mesmo os repórteres autônomos podem ser coibidos pela violação ao direito da personalidade, suspendendo-se registros jornalísticos e sua divulgação, bem como penalizando-os com o dever de indenizar os danos decorrentes. A matéria, contudo, é controversa.

4.2.2. Privacidade na internete

Uma das preocupações despertadas pela difusão do hábito de se conectar à rede mundial de computadores (internete) diz respeito aos riscos a que se expõe a vida privada do usuário. Por meio de certas tecnologias (arquivos *cookies* ou de *logs*, por exemplo), armazenam-se informações pessoais sobre o internetenauta. Basicamente, o que se procura identificar, a partir dessas informações, são os seus hábitos de consumo. Quantas vezes acessou determinada página, quanto tempo demorou num ou noutro produto, se manifestou interesse somente pelos mais caros ou se se concentrou nos mais baratos, que itens têm sido adquiridos com maior frequência — informações dessa natureza ajudam a compor o perfil de cada usuário em particular. O objetivo é, normalmente, claro e impessoal: localizar homens ou mulheres que, pelos hábitos revelados, estariam em tese mais predispostos a adquirir os produtos ou serviços que determinado empresário oferece ao mercado.

O aumento da eficiência das publicidades direcionadas a público mais propenso à aquisição de determinado produto ou serviço não foi, na verdade, constatado após a difusão do comércio eletrônico via internete. As administradoras de cartões de crédito, pela análise das seguidas faturas que emitem, sempre tiveram meios de identificar os hábitos de consumo de afiliados

ao sistema de pagamento que administram. A internete apenas criou as condições para alimentar a formação do perfil do consumidor com informações em quantidade e qualidade significativamente maiores. Se certa pessoa aprecia vinhos, é muito provável que as faturas de seu cartão de crédito apresentem despesas com a compra desse produto em frequência superior à média. Com essa singela informação, a administradora do cartão de crédito pode constituir uma mala direta apenas com os seus afiliados que apresentam essa predileção. Certamente, os importadores de vinho terão interesse em adquirir essa mala. Já os dados armazenados em *cookies* ou em arquivos de *log* podem revelar que determinado internetenauta tem apreço particular pelos vinhos franceses. Em horas de lazer, muitas vezes visitou páginas de vinícolas das regiões produtoras da França, adquiriu na livraria eletrônica livros sobre o tema, lançou em buscadores as denominações controladas para pesquisar novas páginas etc. Essas informações constroem um perfil muito mais detalhado dos hábitos de consumo da pessoa e podem ser vendidas a um importador que, por mensagem eletrônica, estará em condições de fazer chegar àquele consumidor em particular, por exemplo, a lista de todas as garrafas de vinho francês que possui em estoque, com preço e condições de pagamento.

Um dos conjuntos de informações ligados a cada pessoa reúne as indicações de seus hábitos de consumo. São úteis tais informações ao direcionamento da publicidade e, por isso, têm valor de mercado. Os fornecedores dos produtos ou serviços que determinado consumidor está habituado a adquirir têm interesse em dirigir sua mensagem publicitária personalizada diretamente a essa pessoa. A consolidação de informações desta natureza, bem como sua comercialização, pode ser ofensiva à privacidade do consumidor, se este não desejar receber publicidades direcionadas.

A utilização das informações sobre os hábitos de consumo de determinada pessoa com o objetivo de oferecer-lhe os produtos ou serviços pelos quais ela demonstra ter predileção, em princípio, atende tanto aos interesses dos fornecedores como dos consumidores. À medida que passa a receber mensagens publicitárias cada vez mais direcionadas de acordo com seus hábitos de consumo, o consumidor também é beneficiado. Desse modo, a reunião de informações que se consolidam numa lista de hábitos de consumo de certa pessoa, bem como o seu emprego na publicidade direcionada, não representa, necessariamente, uma violação da vida privada.

Mas não se pode esquecer que a própria pessoa cujos hábitos de consumo estão sendo delineados e comercializados é a única com a prerrogativa de definir quais informações pessoais devem ser mantidas reservadas e quais podem ser divulgadas. Se uma pessoa quer se manter excluída da mira de qualquer publicidade direcionada (ou mesmo da de um produto ou serviço em particular), é direito dela preservar-se tanto da consolidação das informações sobre seus hábitos de consumo quanto da comercialização. Em outros termos, as páginas da internete devem sempre ostentar ícone que permita ao internetenauta manifestar sua decisão. As páginas das empresas eletrônicas mais conceituadas, aliás, já trazem explícita sua *política de privacidade*, em que informam os procedimentos adotados para respeito a esse direito da personalidade do internetenauta.

4.3. Direito sobre o corpo

Assim como a cada pessoa associam-se necessariamente um nome e um conjunto de informações públicas ou privadas, também se associa um corpo. Não há pessoa física sem corpo, sem corpo humano. A noção de direito sobre o corpo, aliás, é particularmente ilustrativa da grande proximidade entre sujeito e objeto, no campo dos direitos da personalidade.

Curiosamente, para garantir o direito sobre o corpo, a ordem jurídica restringe consideravelmente os efeitos da vontade da pessoa sobre ele. As normas jurídicas atinentes à matéria não asseguram ampla liberdade para cada homem ou mulher decidir sobre o que fazer com o seu próprio corpo; ao contrário, restringem-na enormemente. As disposições normativas aplicáveis à matéria estabelecem proibições genéricas e abrem umas poucas exceções permitindo certos atos de disposição sobre o corpo. A começar pela proibição, no plano constitucional, de qualquer tipo de *comercialização* de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Para assegurar que as pessoas vão usufruir de seus corpos, proíbe-se a venda de órgãos e partes destes. Se dificuldades financeiras ou econômicas de uma pessoa ou de seus dependentes pudessem ser atenuadas ou solucionadas com a receita gerada pela venda de um rim ou córnea, ela estaria sendo constrangida a dispor exatamente daquilo que o direito quer-lhe assegurar. Toda e qualquer disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, portanto, só pode ser feita de modo *gratuito*.

Além de não ser admissível nenhuma comercialização na disposição do próprio corpo, a lei também a proíbe quando dela resulta diminuição permanente da integridade física ou se contrária aos bons costumes, *salvo* se por exigência médica (CC, art. 13). Desse modo, a ordem positiva nega eficácia à vontade do

sujeito que pretenda, por exemplo, automutilar-se numa *performance* artística. Diante do anúncio de tal intento, o juiz pode, a pedido do Ministério Público ou de parente, sustar o evento. A vontade da pessoa não é juridicamente eficaz para decidir sobre a disposição do corpo nessas situações (comprometimento definitivo da integridade física ou atentado aos bons costumes).

Para assegurar o direito sobre o corpo, nega-se eficácia jurídica a certos atos de disposição voluntária de suas partes. Só se admite, assim, a disposição gratuita de órgãos, tecidos ou partes do corpo para fins científicos ou altruísticos.

Também se limitam legalmente os atos de disposição do corpo ou de suas partes segundo a finalidade que os motiva. Legalmente, eles só podem ter finalidade científica ou altruísta (CC, art. 14). Desse modo, a pessoa só está permitida a dispor de parte de seu corpo quando destiná-la ao desenvolvimento de pesquisa acadêmica, no campo das ciências naturais ou médicas, ou para transplante e tratamento de outra pessoa.

4.3.1. Transplantes

Matéria ligada ao tema do direito sobre o corpo é a dos transplantes de órgãos, tecidos ou partes permitida pela Lei n. 9.434/97. Como é constitucionalmente vedada a comercialização de partes do corpo, costuma-se referir à disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo para fins de transplante e tratamento como “doação”.

Distinguem-se duas hipóteses de disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento: a doação para retirada *post mortem* e a doação para retirada em vida.

No primeiro caso, a pessoa doadora sofreu morte encefálica e, por isso, muitos de seus órgãos (rins, fígado, coração, córnea etc.) conservam temporariamente a funcionalidade e podem ser aproveitados no tratamento de outras pessoas (receptoras). Em 1997, aprovou-se regra legal de extrema importância para a redução da fila dos pacientes à espera de órgãos para transplantes, segundo a qual a doação estava presumivelmente autorizada. Desse modo, os órgãos apenas não poderiam ser retirados do corpo da pessoa com morte encefálica, para aproveitamento no tratamento de pacientes, se ela, em

vida, tivesse expressado vontade em contrário. Em outros termos, todos foram legalmente considerados como presumivelmente doadores. A sociedade, porém, e mesmo os médicos profissionalmente dedicados às remoções e transplantes não se mostraram culturalmente afinados com a solução da lei. A resistência à aplicação da norma foi tamanha que, quatro anos após, foi substituída. Vigora, hoje, assim a regra de que depende a doação de autorização de pessoa da família (Lei n. 9.434/97, art. 4º).

Qualquer pessoa, em vida, pode manifestar a expressa vontade de *não ser doadora*, hipótese em que a retirada dos órgãos, tecidos ou partes não se realizará nem mesmo com a autorização do familiar. A lei reconhece plena eficácia a esse ato, apesar do egoísmo ímpar. De qualquer modo, se era casado o morto que não havia, em vida, expressamente se recusado a doar órgãos, tecidos ou partes, a autorização para a retirada compete ao cônjuge. Se menor, a ambos os pais, ou a qualquer um deles, se falecido o outro. Falecidos os dois pais do menor, ou decaídos do poder familiar, a autorização compete ao tutor. De qualquer modo, não estando essas pessoas vivas, poderá dá-la o parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

> *Destinados a transplantes, os órgãos, tecidos ou partes do corpo podem ser doados para retirada* post mortem *ou "*em vida*".*
>
> *No primeiro caso, a autorização compete a familiar da pessoa que sofreu morte encefálica e o órgão, tecido ou parte do corpo é destinado ao tratamento da pessoa que se encontrar em primeiro lugar na fila única de espera.*

A doação para a retirada em vida só se admite em hipóteses específicas, sujeitas a quatro requisitos: *a*) capacidade do doador; *b*) autorização judicial; *c*) justificativa médica; *d*) vínculo familiar específico entre doador e receptor. Examine-se cada requisito.

Só a pessoa capaz pode doar órgãos, tecidos ou partes do próprio corpo. Se o organismo vivo de que se vai retirar o órgão, tecido ou parte é de menor absolutamente incapaz, por exemplo, a doação é juridicamente impossível. O menor relativamente incapaz, para ser doador, deve ser antes emancipado pelos pais. Mas a decisão sobre a doação não compete aos pais porque, uma vez alcançada a capacidade, passa a ter o menor inteira liberdade para doar ou não.

Os pais não podem condicionar a emancipação à disposição de parte do corpo pelo filho. Contempla a lei apenas uma exceção em que o incapaz pode ser doador — é a hipótese de transplante de medula em caso de comprovada compatibilidade imunológica (Lei n. 9.434/97, art. 9º, § 6º). Imagine-se que uma criança seja acometida de doença letal, cujo tratamento dependa de transplante de medula. Na família, a única pessoa imunologicamente compatível para doar o tecido é incapaz (um irmão menor de idade ou uma tia amental interditada). Nesse caso, mediante autorização dos responsáveis (isto é, os pais, tutor ou curador) e autorização judicial, e desde que não haja risco de saúde para o doador, o transplante pode ser realizado. No Brasil, portanto, pais de uma criança nessas condições não são desestimulados a ter novo filho, na desesperada tentativa de gerar um ser imunologicamente compatível, para que, atendidos os demais requisitos específicos, seja feito o transplante.

Além da capacidade do doador, exige a lei autorização judicial. O potencial doador deve, por meio de advogado, requerer ao juiz que o autorize a praticar o ato. O requisito da autorização judicial só é legalmente dispensado na hipótese de transplante de medula óssea, quando capaz o doador. Nos demais casos, porém, a autorização judicial não pode ser negada, a não ser que reste comprovado o desatendimento de algum requisito legal. Em outros termos, se demonstrada a capacidade do doador, a justificativa médica e o vínculo familiar específico — e inexistindo qualquer particularidade que a lei trate como exceção, como, por exemplo, a gravidez da mulher doadora —, o juiz não pode deixar de autorizar a doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo para retirada em vida.

O requisito da justificativa médica diz respeito ao objeto da doação. Em primeiro lugar, a doação só pode ser feita de órgãos duplos ou de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não cause a morte ou qualquer prejuízo à saúde do doador. Impede a lei a doação se o organismo do doador não puder continuar vivendo sem risco para a sua integridade ou se a retirada importar grave comprometimento das suas aptidões vitais ou da sua saúde mental. Exige-se, ademais, que a mutilação ou eventual deformação derivada do ato seja aceitável e atenda este a necessidade terapêutica indispensável ao receptor. O preenchimento dos requisitos relacionados ao objeto comprova-se por meio de declaração de um médico. Se a retirada da parte do órgão não terá os efeitos lesivos ao doador e atenderá às necessidades do receptor é matéria técnica que apenas os especialistas em ciência médica podem atestar.

Finalmente, a doação para retirada em vida está condicionada à existência,

entre doador e receptor, de um vínculo familiar específico. Trata-se de requisito que visa a impedir a comercialização de partes do corpo. Caso não existisse essa restrição legal, qualquer um poderia vender órgãos e alegar que estava fazendo doação. Seria impossível o controle da veracidade da alegação. Presume-se que o vínculo familiar entre doador e receptor assegura a natureza altruística do ato e afasta a eventualidade da comercialização. Desse modo, permite a lei a doação para retirada em vida apenas se o receptor for cônjuge ou parente consanguíneo até o 4º grau, inclusive, do doador (Lei n. 9.434/97, art. 9º). Devem-se considerar, na aplicação da norma, os objetivos que nortearam sua edição. Quer dizer, se elementos de fato forem suficientes à demonstração de que *não* está havendo comercialização de partes do corpo, o juiz pode autorizar a retirada para fins de transplantes mesmo quando o vínculo entre doador e receptor, familiar ou de particular amizade, for diverso do referido no preceito legal. Se provado que doador e receptor são amigos de longa data e que a condição financeira e econômica do primeiro não sugere que ele estaria disponibilizando seu corpo a troco de dinheiro, pode o juiz autorizar o transplante dando à norma legal em referência interpretação teleológica e extensiva.

A doação para retirada em vida está, em princípio, sujeita a quatro condições: a*) capacidade do doador;* b*) vínculo familiar específico entre doador e receptor;* c*) justificativa médica; e* d*) autorização judicial.*

Em situações excepcionais, admite-se a doação para retirada em vida sem o atendimento estrito dos dois primeiros pressupostos.

Em relação ao receptor, assegura-lhe a lei o direito de não se submeter ao transplante, na medida em que o procedimento está condicionado ao seu consentimento expresso, após aconselhamento médico sobre sua excepcionalidade e riscos. Sendo ele incapaz, ou não tendo condições de saúde para expressar a vontade, os pais ou responsáveis legais poderão consentir no transplante. Quando a doação é feita para retirada *post mortem*, o receptor não é conhecido do doador. O ato altruístico beneficiará o paciente que se encontra em primeiro lugar na fila única de espera. Poderá ser, até mesmo, um desafeto da pessoa morta. O receptor só é conhecido necessariamente do doador quando feita a doação para retirada em vida.

4.3.2. Esterilização

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer; especificamente, o interesse de tratar separadamente essas dimensões com o objetivo de neutralizar a primeira e otimizar a outra. Quem deseja usufruir o prazer sexual sem correr o risco de procriar pode submeter-se a procedimentos cirúrgicos de esterilização. São admitidas a vasectomia, para os homens, e a laqueadura tubária, para as mulheres, bem assim qualquer outro método que venha a ser cientificamente desenvolvido. Veda-se, de modo expresso, a extirpação do útero (histerectomia) ou dos ovários (ooforectomia).

A exemplo das demais normas atinentes ao direito sobre o corpo, também se restringem legalmente as hipóteses em que a esterilização voluntária está permitida. Em primeiro lugar, para se esterilizar, a pessoa deve ser capaz ou, se incapaz, ter a incapacidade restrita aos atos de conteúdo patrimonial (por exemplo, o pródigo ou, dependendo dos termos da interdição, o viciado ou o ébrio habitual). A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes depende de autorização judicial, prevendo-se uma regulamentação legal específica desses casos.

Além de capaz, a pessoa que busca a infertilidade deve ter no mínimo 25 anos ou pelo menos dois filhos vivos. Considera-se que, atendida uma ou outra dessas condições, ela já pode sopesar convenientemente seu interesse na neutralização da função sexual de procriação. É particularmente importante o amadurecimento da decisão, tendo em vista não só os seus desdobramentos psicológicos e sociais, mas também as dificuldades de reversão (e, em alguns casos, até mesmo a irreversibilidade) da esterilização feita pelos procedimentos atualmente conhecidos. Não se considera, assim, válida a vontade manifestada em ocasiões nas quais o discernimento da pessoa estava alterado por influência de álcool, drogas ou emoções.

A esterilização voluntária só pode ser feita em pessoas capazes que tenham 25 anos de idade ou pelo menos dois filhos vivos. Entre a manifestação da vontade, a ser feita por escrito, e o ato cirúrgico devem transcorrer sessenta dias, tornando-se, nesse prazo, acessível ao interessado o aconselhamento multidisciplinar destinado a desestimular a esterilização precoce.

A vontade de se tornar infértil deve ser manifestada por escrito, após a pessoa interessada ser devidamente informada a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de métodos contraceptivos reversíveis. Ademais, se a pessoa que pretende esterilizar-se for casada, é obrigatória também a autorização do cônjuge.

Finalmente, entre a manifestação da vontade e a realização do ato cirúrgico, deve transcorrer o prazo de sessenta dias, no mínimo, durante o qual a pessoa interessada poderá ter acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo o aconselhamento destinado a desencorajar a *esterilização precoce* (Lei n. 9.263/96, art. 10).

4.3.3. Mudança de sexo

Questão diretamente ligada ao âmbito de incidência da proibição de disposição voluntária do corpo com diminuição permanente da integridade física ou atentado aos bons costumes (CC, art. 13) é a dos transexuais, ou seja, das pessoas que têm a aparência sexual externa mudada por meio de cirurgia.

Para compreendê-la, devem-se distinguir duas situações. De um lado, há pessoas que sofrem profundo distúrbio psicológico em razão do sexo que externamente ostentam. Possuem, por exemplo, órgãos sexuais externos masculinos, mas não se conformam em se comportar como homens; ou o inverso, possuem os órgãos sexuais externos femininos, mas comportarem-se como mulheres é psicologicamente agressivo. São consideradas enfermas porque não conseguem, em razão da perturbação psicológica, ter uma vida afetiva estável ou mesmo profissionalmente produtiva. A retórica forense os qualifica de “homens em corpo de mulheres” ou vice-versa. Nesses casos, não há dúvidas quanto à legalidade da operação de mudança de sexo, já que decorre de exigência médica no tratamento da enfermidade, hipótese expressamente ressalvada pelo art. 13 do CC.

Tem-se tolerado a mudança cirúrgica de sexo nas hipóteses em que é de tal monta a dissonância entre os órgãos sexuais externos da pessoa e o gênero a que ela gostaria de pertencer que se configura enfermidade. Se a pessoa tem vida afetiva, sexual (homossexual) e profissional regulares, e apenas quer a mudança para ser mais feliz, a jurisprudência não se revela tão tolerante. Não há, contudo, razões para a discriminação.

De outro lado, há pessoas simplesmente com vontade de mudar de sexo — isto é, de verem cirurgicamente substituídos os órgãos sexuais externos que possuem pelos do sexo oposto. Não são considerados enfermos, já que a distância entre o sexo externamente apresentado e o desejado não as impede de ter vida afetiva e sexual (homossexual) regulares, profissão produtiva, convívio social e tranquilidade psicológica. A jurisprudência não tem sido muito simpática a essas pessoas, negando-lhes, por exemplo, o direito de ajuste no nome. Não há justificativas para a discriminação, porém. A operação de mudança de sexo por mera vontade da pessoa não está proibida na lei, já que não compromete a integridade física do paciente, nem ofende os bons costumes. Considerar-se que a substituição dos órgãos sexuais externos representaria diminuição permanente da integridade física pressupõe reputar pelo menos um dos sexos (ou o masculino ou o feminino) como fisicamente não íntegro — o que não tem sentido. A lei proíbe, no campo dos atos de disposição voluntária do corpo, a castração, por exemplo, mas não veda a *troca* dos órgãos sexuais.

Como destaca Ricardo Luis Lorenzetti, a questão da mudança de sexo é um daqueles "casos difíceis" do direito privado da atualidade que deve ser resolvido pela aplicação do princípio *in dubio pro libertatis* (na dúvida, adota-se a solução que prestigia a liberdade das pessoas). Quer dizer, deve-se deixar a cada um a livre disposição de si mesmo (1995:412).

4.4. Direito à imagem

O direito à imagem, inicialmente, tinha por objeto o retrato da pessoa em suporte estático (fotografia, desenho, pintura etc.) ou dinâmico (filme, transmissão televisiva etc.). Por meio desse direito, tem sido assegurada ao retratado a prerrogativa de impedir a reprodução ou veiculação da imagem, dentro de certos limites. O objeto desse direito da personalidade, porém, tem sido alargado para abarcar, também, o conjunto de ideias e conceitos de vida associado às pessoas. Notadamente em relação às pessoas famosas, a limitação do direito à imagem aos seus retratos é insuficiente para a proteção dos interesses patrimoniais que, hoje, o tema desperta. De fato, para alcançar esse desiderato, a noção de honra objetiva nem sempre é suficiente, já que o contexto em que se explora indevidamente a imagem de pessoa pública normalmente a prestigia. A ofensa à honra da pessoa cuja imagem se pretende usar na promoção de ideias, partidos políticos, produtos ou serviços seria, com efeito, um contrassenso.

A tecnologia, então, passou a distinguir entre *imagem-retrato* e *imagem-atributo* (Diniz, 2002:126; Araujo, 1996:27/32). A imagem-retrato é a representação do corpo da pessoa por pelo menos uma das partes que a identifica (o rosto de frente, por exemplo), ao passo que a imagem-atributo é o conjunto de características associadas a ela pelos seus conhecidos (ou, sendo famosa, pelo imaginário popular). A imagem, nas duas espécies, *serve* à sua identificação, *auxilia* sua individuação. Distingue-se assim do nome, que a *identifica*. Estão sempre ligados esses dois atributos da personalidade: quando se diz o nome de alguém, quem o conhece logo traz à consciência a imagem que tem dele; não se associam, por outro lado, características a uma pessoa específica sem a nomear.

Conforme a condição da pessoa, famosa ou anônima, o direito à imagem pode ser patrimonial, isto é, quantificável em dinheiro, ou não. A imagem de pessoa conhecida é fonte de receita proporcional à fama e aos atributos associados a ela pelo imaginário popular.

4.4.1. Direito extrapatrimonial à imagem-retrato

A titularidade do direito extrapatrimonial à imagem não depende da condição de fama da pessoa. Todos têm protegido o interesse de não ver sua imagem impressa em periódicos, estampada em páginas da internete ou aparecendo na televisão contra a vontade. Considera-se a representação da pessoa uma expansão dela. Quem a utiliza, está de modo particular envolvendo o retratado na utilização.

A imagem, para ser objeto de proteção como direito da personalidade, deve possibilitar a imediata identificação do titular do direito. Assim, o retrato do rosto, de frente ou de perfil, normalmente encontra-se sob a tutela do direito à imagem. Reprodução de outras partes do corpo também pode ser objeto de proteção *desde* que, por meio dela, se possa identificar a pessoa. Se determinada curva do dorso de uma mulher é a única parte figurada na imagem, não sendo possível saber a quem pertence, não haverá lesão nenhuma a direito da personalidade em sua reprodução ou divulgação.

Como todo direito da personalidade, encontra limites na primazia de interesses de maior envergadura (difusos, coletivos ou públicos). Desse modo, não há proteção à imagem quando a exposição do retrato em qualquer suporte for necessária à administração da justiça ou manutenção da ordem pública (CC, art. 20). As pessoas procuradas pela polícia, por exemplo, não podem impedir que sua imagem seja veiculada em programa de televisão. Trate-se de fotografia, retrato falado, vídeo caseiro ou qualquer outro recurso de captação da imagem,

independe a sua divulgação de anuência da pessoa procurada.

Também não há óbice à exposição de imagem na hipótese de participação em evento de inegável alcance jornalístico. Caracteriza-se este quando a notícia de sua verificação desperta o interesse de considerável quantidade de pessoas indistintas. O jogador de futebol não pode impedir que os cadernos esportivos dos jornais impressos veiculem a sua imagem no momento em que marcou o gol, praticou o pênalti, comemorou a vitória etc. A pessoa que ficou refém do assaltante do banco; presenciou o desfile do dia da independência; tomava banho de mar no feriado prolongado durante o verão, comemorou a chegada do ano novo em público ou foi uma das primeiras a se utilizar da nova estação do metrô participou de eventos jornalísticos. O interesse de todos em ter notícias (e imagens) desses acontecimentos sobrepõe-se ao do indivíduo retratado.

Note-se que há limites na permissão para a divulgação de imagens para atendimento ao interesse geral por notícias. De fato, como quem interpreta que evento desperta interesse jornalístico são os profissionais da imprensa, e estes muitas vezes se veem, no fim de um dia em que nada de diferente ocorreu, diante de uma folha em branco (ou de espaços claros na transmissão televisiva) para preencher, pode ocorrer de eventos desinteressantes serem transformados em notícias unicamente para atender às necessidades do meio de comunicação, e não exatamente à curiosidade do público destinatário. Nesses casos, divulgada a imagem de pessoa identificável, mas não referente a evento de interesse geral, ocorre desrespeito ao direito do retratado.

O direito à imagem-retrato, em seu feitio extrapatrimonial, submete a divulgação do retrato de uma pessoa, em suporte estático (fotografia, desenho, pintura) ou dinâmico (filme, televisão), ao seu consentimento. O direito à imagem não existe: a*) no atendimento às necessidades da administração da justiça ou manutenção da ordem pública;* b*) na divulgação de fatos de interesse jornalístico;* c*) nos eventos sociais tornados públicos pelo organizador.*

Em relação aos eventos sociais (festas, inaugurações, exposições de arte etc.), dependendo da natureza que lhes conferiu o anfitrião, a veiculação de imagens das pessoas que a eles comparecem pode ou não ficar condicionada à anuência dos que, por meio delas, são identificáveis. Assim, se a pessoa está participando de evento social tornado público pelos seus organizadores, não pode opor-se aos registros de imagem e sua divulgação, desde que não prejudiciais a outro direito da personalidade (à honra, por exemplo). Se, porém, participa de evento social

não tornado público pelos seus organizadores, a divulgação não autorizada de imagens em que pode ser identificada significa violação a seu direito da personalidade.

O direito extrapatrimonial à imagem, como dito, é titularizado por todos, homens e mulheres, e não apenas os famosos. Há, contudo, ofensas a esse direito que não atingem os anônimos. Nos mais elevados níveis de notoriedade, aliás, fotógrafos (os *paparazzi*) perseguem a pessoa por onde quer que ela vá, espreitando-a à espera de oportunidades para registrarem situações ou encontros que possam repercutir nos meios de comunicação em massa. Imagens em ambientes privados ou mesmo em eventos sociais não tornados públicos por seus anfitriões, porém, não podem ser colhidas ou divulgadas sem a anuência do retratado.

Menciona a lei que a imagem não pode ser publicada, exposta ou utilizada *se* atingir "a honra, a boa fama ou a respeitabilidade" da pessoa retratada (CC, art. 20, *in fine*). Não se deve interpretá-la, entretanto, restritivamente. O direito da personalidade à imagem não se confunde com o direito à honra. Assim, mesmo que não prejudique a reputação do retratado, se ele pode ser identificado e não se configura nenhuma das hipóteses de limitação ao exercício do direito à imagem, este merece a tutela do art. 12 do CC (cessação da ameaça ou lesão e indenização dos danos morais).

4.4.2. Direito extrapatrimonial à imagem-atributo

Todas as pessoas têm uma imagem que corresponde ao conjunto de características a elas associadas pelos seus conhecidos (imagem- -atributo). A pessoa pode ser vista como expansiva ou retraída, generosa ou parcimoniosa, fiel ou infiel, educada ou grosseira. Quer dizer, verdadeiros ou falsos, atributos são normalmente associados a cada um de nós pelas pessoas dos nossos círculos de amizade, profissão, vizinhança.

Todas as pessoas têm direito de preservar a imagem justificadamente cultivada em torno dela. Se um educador passa a ser visto como pedófilo, isto comprometerá profundamente a sua imagem. Para os conhecidos, passará a ser desprezível; em geral, mesmo os seus atributos verdadeiramente positivos serão corroídos pela nova característica que estão associando a ele. Se a pecha de pedófilo tiver fundamento, ou seja, for, por assim dizer, verdadeira, o processo de corrosão da imagem não poderá ser juridicamente estancado. Se, contudo, for infundada, o educador poderá defender a imagem de que desfrutava anteriormente.

Quando a imagem-atributo se reveste de natureza extrapatrimonial, confunde-se esse direito da personalidade com o relativo à honra objetiva.

A imagem-atributo dos anônimos confunde-se com um dos aspectos da honra. O conjunto das características associadas a certa pessoa por quem a conhece é a *reputação* dela, sua honra objetiva (item 4.5). A imagem-atributo dos famosos tem contornos especiais, que transcendem a proteção à honra, em razão de sua natureza de direito patrimonial (item 4.4.3). Desse modo, o direito extrapatrimonial à imagem-atributo não comporta exame em separado. Se o titular do direito é pessoa anônima, a proteção de seu interesse em preservar a imagem-atributo é, na verdade, a tutela da honra objetiva. Se famosa, além desse âmbito de proteção, é também tutelado o seu interesse patrimonial. Num caso ou noutro, sobrepõem-se diferentes direitos da personalidade.

4.4.3. Direito patrimonial à imagem

Contam que uma jornalista, ao entrevistar Marilyn Monroe, perguntou-lhe o que costumava usar para dormir; e a atriz respondeu: “uma gota de Chanel 5”. Contam, também, que em razão dessa resposta as vendas do perfume aumentaram. Não é improvável. Às pessoas famosas associa o imaginário popular um conjunto de qualidades, valores e conceitos que compõe a imagem-atributo delas. As características associadas a Marilyn Monroe — beleza, sensualidade, objeto de desejo, *glamour* — foram, com a provocativa resposta dada à entrevistadora, transmitidas ao perfume. A admiradora da atriz podia sentir-se um pouco mais bela, sensual, desejada e glamourosa, um pouco mais Marilyn Monroe, ao comprar um vidro de Chanel 5.

Naqueles tempos idos de 1960, a imagem dos famosos ainda não era tão institucionalmente valorizada, no mundo dos negócios, como é hoje. Não contam que Marilyn Monroe foi remunerada para dizer o que disse, e talvez não tenha sido, realmente. Hoje em dia, porém, nenhum famoso sugeriria, de graça, consumir produto de uma marca qualquer. Gisele Bündchen, famosíssima modelo brasileira, tem a imagem associada a características como juventude, beleza perfeita, riqueza e sucesso profissional. Viaja o mundo todo, namora homens belos, famosos e ricos. Chegou ao ápice da fama e riqueza dedicando-se

a uma profissão que, por não depender de educação formal, é vista como acessível a todas as garotas bonitas. Gisele, seu empresário, os publicitários e anunciantes sabem o quanto vale essa imagem. Milhões de mulheres, no mundo todo, conhecem-na e a admiram; querem ser Gisele Bündchen. Ao fazer, em 2002, a propaganda de lançamento de uma sandália, ela emprestou sua imagem ao produto, que vendeu no mercado nacional, naquele ano, três milhões de pares *a mais* do que o estimado. Cada centavo que cobra para associar sua imagem a um produto ou serviço é visto pelo empresário que o desembolsa como investimento de retorno certo.

Em consequência do valor de mercado que se lhe atribui, a imagem da pessoa famosa, além de protegida como direito extrapatrimonial da personalidade, é também objeto de direito patrimonial. Tem uma proteção específica, portanto, como bem do patrimônio de seu titular. Pode, assim, ser objeto de negócio jurídico ou renúncia eficaz e é transmissível por ato entre vivos ou falecimento.

O direito patrimonial à imagem é titularizado pelas pessoas famosas que forem associadas, pelo imaginário popular, a características positivas como beleza, competência profissional, boa forma física e outras.

Em razão da natureza patrimonial dessa manifestação do direito à imagem, deve a pessoa famosa administrá-la com alguns cuidados. Ao associar sua imagem a determinado produto ou serviço, a pessoa famosa expõe-se ao risco de ser prejudicada por eventuais acidentes de consumo. Uma atriz de renome nacional, Maitê Proença, participou de campanha publicitária de lançamento de um anticoncepcional chamado “Microvilar”. O produto também ficou famoso em razão do grave acidente de consumo que protagonizou. Durante os testes do processo de embalagem, faltou adequado controle de qualidade e cartelas acondicionando farinha no lugar da pílula anticoncepcional foram vendidas no mercado. Diversas consumidoras engravidaram. Claro, a associação da imagem da artista ao produto pode tê-la prejudicado, e é até mesmo provável que tenha perdido novas oportunidades de trabalho em razão do lamentável acidente. Por essa razão, sempre convém à pessoa famosa, ao contratar sua participação em campanhas publicitárias, negociar cláusulas que a protejam dos riscos de contaminação da imagem.

Como objeto do direito patrimonial à imagem deve ser considerado todo e

qualquer atributo que identifique a pessoa famosa. A voz, assim, quando suficiente para identificá-la, tem a mesma proteção do retrato, porque também evoca as características associadas a determinada pessoa pelo imaginário popular.

4.5. Direito à honra

Todos os homens e mulheres têm, a respeito de si mesmos, conceitos. Consideram-se pontuais, responsáveis, sociáveis, justos, interessados, caridosos, profissionalmente promissores etc. E a todos eles os conhecidos atribuem conceitos. São considerados desleixados, imprudentes, introvertidos, injustos, egocêntricos, egoístas, fracassados etc. Os conceitos *positivos* que cada um se atribui ou que são reconhecidos socialmente formam a honra da pessoa.

A honra desdobra-se naquelas duas dimensões. A primeira é chamada de honra subjetiva e reúne os conceitos que a pessoa tem de si mesma. É a estima que cada homem ou mulher nutre em relação à respectiva pessoa. A segunda, chamada de honra objetiva, em que se agrupam os conceitos que dela fazem os que a conhecem. Trata-se da reputação desfrutada pelo homem ou mulher no meio (social, profissional, científico etc.) em que vive e trabalha. Ambas as esferas da honra são juridicamente tuteladas. Ninguém pode atribuir a certa pessoa uma qualificação que lhe agrida a autoestima ou a reputação.

Em termos de regra geral de convivência, ao direito à honra corresponde o dever de reserva quanto às opiniões desabonadoras. Quer dizer, se desaprecio alguém por qualquer motivo, não devo manifestar o desapreço, por maiores que sejam as razões para nutrir a impressão desfavorável. A ordem jurídica trata de impedir o trânsito de opiniões negativas sobre quem quer que seja, abstraindo os seus fundamentos. Só podem ter curso, para proveito de todos, as opiniões positivas que temos cada um em relação aos demais. Mas não são apenas as opiniões alheias o objeto da proteção do direito à honra. Também a narrativa de fatos pode agravar a estima ou reputação das pessoas.

A opinião representa um conceito que se tem de alguém, uma adjetivação. Ela só deve ser expressada quando puder contribuir para o aumento da estima ou da reputação da pessoa sobre quem se fala. Se não for esse o caso, desinteressa à convivência harmônica em sociedade sua difusão. Assim, se acho fulano um chato, não devo expressar esse conceito para ninguém, porque isso é potencialmente agressivo à estima que fulano deve ter por sua própria pessoa. Já a narração de fatos não é, em si, uma qualificação, mas uma descrição de condutas. Ela pode envolver uma opinião manifesta ou limitar-se a apontar o

acontecido. Se combinei com fulano uma hora certa para nos reunirmos e ele não chegou ao compromisso no tempo combinado, é possível referir-se a esse fato apenas narrando-o (“fulano não foi pontual comigo”) ou também avaliando (“fulano é uma pessoa impontual”). Devo, na verdade, abster-me de narrar o fato, com ou sem adjetivação, porque tanto uma como outra alternativa são potencialmente lesivas à autoestima e reputação de fulano.

A honra subjetiva (a estima que cada pessoa nutre por si mesma) e a objetiva (a reputação de que goza cada pessoa entre os seus conhecidos) não podem ser prejudicadas por opiniões ou narrativas de outras pessoas. Em princípio, mesmo que as opiniões sejam fundamentadas ou as narrativas verdadeiras, preserva-se, em nome da boa convivência, a honra da pessoa de quem se fala. O direito à honra só é limitado pela "exceção da verdade" se a narrativa imputa à pessoa a prática de crime. Nesse caso, o interesse público na apuração dos fatos e punição do criminoso transcende o interesse privado de proteção da honra.

A narração de fatos só é do interesse público quando pertinentes a delito que a lei tipifica como crime. Nessa hipótese, o agravo à honra da pessoa sobre quem se fala é desconsiderado e se privilegia o interesse público na efetivação da repressão penal. Se sei que fulano estuprou beltrana, convém não comentar o fato entre conhecidos comuns ou estranhos, porque isso é potencialmente lesivo à reputação dele, mas posso levá-lo ao conhecimento da autoridade policial, para que o Estado o investigue e, se for o caso, puna o estuprador. O interesse público na apuração de fatos criminosos e na punição do agente *limita* o direito à personalidade deste. Em outras palavras, quando a estima ou reputação de alguém pode ser prejudicada pela difusão de fato característico da prática de crime, o direito à honra é *limitado* pela exceção da verdade (*exceptio veritatis*).

Em síntese, a pessoa que tem sua estima (honra subjetiva) ou reputação (honra objetiva) atingidas pela opinião difundida por outra pessoa pode defender-se obtendo ordem judicial de cessação da *injúria*, bem como indenização dos danos materiais e morais que tiver sofrido. É irrelevante se a opinião injuriosa tem ou não fundamento. Além disso, a pessoa que tiver sua honra atingida pela narração de fatos que não lhe imputam crime tem os mesmos direitos de fazer cessar a *difamação* e de ser indenizada pelo difamador. É igualmente irrelevante, aqui, se os fatos difamantes são verdadeiros ou falsos. Finalmente, a pessoa lesada em sua honra em virtude da narração de fatos que lhe imputam a prática de crime pode obter contra a *calúnia* a mesma tutela,

exceto se forem verdadeiros os fatos narrados.

5. A MORTE

A morte é o fato jurídico que importa o término da pessoa física (CC, art. 6º). Ao morrerem, homens e mulheres deixam de ser pessoas e sujeitos de direito. Depois de pagas todas as dívidas pendentes, seus bens serão transmitidos aos sucessores, herdeiros ou legatários. E, embora alguns dos interesses extrapatrimoniais nutridos em vida ainda continuem sob tutela, como o direito ao nome ou à imagem, não lhes poderá ser imputada a titularidade de novos direitos ou obrigações. Para o direito, note, a morte não é um fato biológico (cessação das funções vitais do ser), mas uma declaração de que esse fato aconteceu. Tanto que o ausente pode estar morto biologicamente, mas, como ninguém tem conhecimento disto (ou melhor, como ninguém declarou este acontecimento pela forma juridicamente adequada), ele ainda é vivo para o direito.

A morte pode ser natural ou violenta, de acordo com a causa que desencadeia o fim das funções vitais do organismo. Natural é a morte derivada de enfermidade ou idade do homem ou mulher. Todo ser vivo um dia perece; morrer é de sua natureza. Ao extinguir-se a vida, cumpre-se o ciclo biológico do ser que vivia. Violenta, por sua vez, é a morte do homem ou mulher que, em certo sentido, interrompe esse ciclo. Causam-na eventos naturais (afogamento em inundações, soterramento em avalanches, ataque por feras etc.) ou a ação de outras pessoas (assassinato, erro médico, acidentes de trânsito etc.).

Pelas circunstâncias muitas vezes complexas em que se verifica e pelos significativos efeitos que produz, a *morte* deve ser documentada com a observância de cautelas legais. Em geral, para os brasileiros moradores em meio urbano, a morte natural costuma acontecer num hospital. Nesse caso, o médico que trabalha na instituição hospitalar em que se encontrava internada a pessoa, valendo-se de critérios e métodos técnicos desenvolvidos pela medicina, atestará o óbito. Quando morre naturalmente em casa, se não houver médico contratado pela família que ateste o falecimento, este deverá ser feito pelo médico legista do serviço público de necropsia, após exame para definição da causa. Em caso de morte violenta, o corpo é levado obrigatoriamente a esse serviço. No meio rural ou nas pequenas cidades em que não há médico, a morte normalmente é atestada por duas pessoas qualificadas que a tiverem presenciado ou verificado (Lei n. 6.015/73, art. 77).

Em seguida, uma pessoa da família, exibindo o *atestado de óbito*, fará a

declaração do falecimento perante o oficial do registro civil do lugar. A partir da declaração e do atestado, o oficial desse registro faz o assentamento do óbito no livro próprio e expede a *certidão*, que é o documento comprobatório da morte da pessoa, para todos os efeitos. Veja a diferença entre o *atestado* e a *certidão de óbito*: aquele é firmado pelo médico (ou duas pessoas qualificadas), enquanto este é expedido pelo cartório de registro civil.

A morte implica o fim da pessoa natural. A partir desse fato jurídico, nenhum novo direito ou dever pode ser-lhe imputado. Após a solução de suas dívidas, os bens são transmitidos aos sucessores, herdeiros ou legatários. O registro e documentação desse fato, assim, são cercados de formalidades e cautelas.

O sepultamento do cadáver só se pode fazer, em regra, após a expedição da certidão de óbito, ou pelo menos de seu protocolo. Se a pessoa havia, em vida, manifestado a vontade de ter o corpo cremado, determina a lei que a morte seja atestada por dois médicos ou por um médico legista, exigindo-se também a autorização judicial na hipótese de morte violenta.

Para que a morte, natural ou violenta, seja atestada por médico, dando início às providências tendentes à sua documentação, um pressuposto deve estar atendido: *a existência do cadáver*. Se o médico não estava acompanhando a evolução da enfermidade que matou a pessoa ou, de qualquer modo, não presenciou a morte, ele precisa fazer um exame necrópsico para pesquisar a causa. Quando o atestado, por falta de médicos no lugar do falecimento, é assinado por duas pessoas qualificadas, exige a lei que tenham presenciado ou verificado a morte. Em qualquer uma dessas hipóteses, portanto, o atestado de óbito é feito por quem tem, à vista, um cadáver.

Nem sempre, porém, essa condição de fato se apresenta. Há pessoas que morrem em situações excepcionais, quando as formalidades e cautelas próprias à documentação do evento simplesmente não se podem adotar. Nesses casos, a ordem jurídica *presume* a morte da pessoa. A *morte presumida* é sempre declarada pelo juiz, após se convencer, pelas provas reunidas pelos interessados no processo judicial, que estão presentes os requisitos legalmente estabelecidos para considerar alguém morto, mesmo sem saber do paradeiro do cadáver.

No direito brasileiro, presume-se a morte em três hipóteses: *a*) abertura da sucessão definitiva do ausente (item 6); *b*) extrema probabilidade de morte de

quem se encontrava em perigo de vida; *c*) desaparecimento em campanha ou aprisionamento, se não for encontrada a pessoa até dois anos após o término da guerra (CC, arts. 6º e 7º).

Em circunstâncias excepcionais, a morte pode ser reconhecida diretamente pela lei. Trata-se não propriamente de morte presumida, mas reconhecida pelo ordenamento em vigor. É o caso, por exemplo, das pessoas que participaram ou foram acusadas de participar de atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que por esse motivo foram detidas por agentes públicos, desaparecendo desde então sem que haja delas notícias. Essas pessoas são legalmente *reconhecidas* como mortas porque foram perseguidas pelo aparelho repressor do Estado, numa época de extrema fragilização da democracia brasileira (Lei n. 9.140/95). Tendo sido detidas sob acusação de participação em atividades políticas e estando desaparecidas desde então, sem que haja notícias a seu respeito, é muito grande a probabilidade de terem sido mortas pelos agentes do Estado que as detiveram.

No caso de reconhecimento legal da morte, dispensa-se a declaração judicial exigida para a morte presumida. Basta que se comprove, perante autoridades administrativas, que determinada pessoa se põe no âmbito de incidência da norma que estabeleceu as condições para o reconhecimento da morte para que se operem todos os efeitos jurídicos do falecimento dessa pessoa.

5.1. Comorientes

Os efeitos da morte, em especial a sucessão nos bens da pessoa falecida, verificam-se imediatamente. Por essa razão, a hora em que a morte ocorreu deve, sempre que possível, ser atestada pelo médico, para constar do assento e da certidão de óbito. Diferentes direitos sucessórios decorrem da *ordem temporal* em que se verifica a morte de duas pessoas ligadas por vínculos de parentesco.

Imagine que *Antonio* é casado, em segundas núpcias, pelo regime de comunhão universal de bens, com *Benedita* e tem, do primeiro casamento, um filho, *Carlos*. Considere, ademais, que a mãe de *Benedita*, *Darcy*, é viva. Para simplificar, essas pessoas não têm nenhum outro descendente ou ascendente vivo. Pois bem, falecendo *Antonio* antes de *Benedita*, metade dos bens do casal caberá a ela em razão do regime de bens do casamento, e a outra metade será transmitida por sucessão aos herdeiros dele. No caso, como o falecido deixou um filho, é ele que passará a titularizar os bens transmitidos pela morte de *Antonio*. Em consequência, do patrimônio originalmente em nome do casal, *Benedita* ficará com 50%, correspondente à sua meação, e *Carlos*, com os restantes 50%.

Vindo *Benedita* a falecer em seguida, todo o seu patrimônio será transmitido à única herdeira, sua mãe *Darcy*.

Veja como se alteram os direitos sucessórios, caso *Benedita* morra antes de *Antonio*. Se assim for, metade dos bens do casal caberá a *Antonio*, em razão do regime do casamento, e a outra metade será transmitida por sucessão aos herdeiros de *Benedita*. Como a falecida não deixou descendentes, a mãe e o cônjuge viúvo são herdeiros concorrentes. Cada um ficará com metade dos bens transmitidos pela morte de *Benedita*. Desse modo, do patrimônio originalmente em nome do casal, *Antonio* ficará com 75% (50% de sua meação e mais 25% como herança) e *Darcy*, com 25%. Vindo a morrer, depois, *Antonio*, todo o seu patrimônio será transmitido ao único herdeiro, o filho *Carlos*.

Em suma, morrendo *Antonio* e *Benedita* em momentos distintos, os direitos sucessórios de *Carlos* e *Darcy* alteram-se substancialmente dependendo de quem falecer antes. Sendo *Antonio* o primeiro a falecer, *Darcy* terá, após a morte de *Benedita*, metade do patrimônio originalmente em nome do casal, e *Carlos*, a metade restante. Mas, sendo *Benedita* a primeira a morrer, *Carlos* terá, após o passamento de *Antonio*, ¾ do patrimônio originalmente em nome do casal e *Darcy*, o quarto restante. Ainda que os eventos ocorram com poucos minutos de diferença, a ordem em que se derem será decisiva para a definição dos direitos sucessórios.

E se *Antonio* e *Benedita* faleceram ao mesmo tempo? Estavam, admita-se, viajando de avião, e o aparelho caiu provocando a morte de todos os seus ocupantes. Nesse caso, *Antonio* deixa a metade que lhe cabe no patrimônio do casal para o seu único herdeiro, o filho *Carlos*; e *Benedita* deixa a sua metade para sua única herdeira, a mãe *Darcy*.

Código Civil:

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

Vê-se, portanto, pelas variações do exemplo indicado, que a definição exata da hora da morte é relevantíssima em determinadas hipóteses. Por meio dessa definição é que se encadeia a sucessão de cada um dos falecidos, transmitindo-se os bens, inclusive os que acabara de receber por sucessão, aos respectivos

sucessores.

Pois bem, como proceder então em caso de comoriência, quando não for possível definir exatamente o momento da morte de cada pessoa? Comorientes são os que falecem na mesma ocasião: acidente do carro em que viajavam juntos, afogamento na mesma inundação, soterramento no desabamento do prédio em que ambos se encontravam etc. Se não se consegue fixar (por perícia ou testemunhas) qual dos comorientes teria morrido antes, deve-se adotar um critério para a disciplina das questões sucessórias. A solução do direito brasileiro é simples: não sendo possível averiguar se uma das mortes antecedeu a outra, considera-se que as pessoas faleceram simultaneamente (CC, art. 8º).

5.2. Direitos do falecido

Com a morte, a pessoa física se extingue. Acaba a personalidade e ela deixa de ser, também, sujeito de direito. Qualquer fato posterior ao falecimento de um homem ou mulher não pode, por isso, gerar-lhe um novo direito ou obrigação. Em relação aos fatos anteriores, também descabe a imputação ao falecido de direitos e obrigações. Na verdade, as pendências obrigacionais que houver deixado (débitos ou créditos), bem como a administração dos bens de seu patrimônio, enquanto não ultimada a partilha entre os sucessores (herdeiros ou legatários), cabem a um sujeito de direito despersonificado, o *espólio*, que se representa pelo *inventariante* nomeado pelo juiz.

Desse modo, a expressão “direitos do falecido” só pode ser uma referência à proteção *post mortem* de determinados interesses extrapatrimoniais que a pessoa tinha *enquanto vivia*. São alguns dos direitos da personalidade cujos efeitos se projetam para além da morte do titular. Quando alguém ofende, por exemplo, a honra de um falecido, pode ser responsabilizado. Titular do direito ofendido, nesse caso, só pode ser a pessoa morta, não porque esteja ainda em condições de adquirir direitos (que, realmente, não está), mas porque, enquanto era vivo, tinha o interesse correspondente juridicamente protegido como tal.

A lei legitima algumas pessoas para a defesa desses direitos da personalidade que o morto titularizava. Note-se que os legitimados não são representantes do falecido, porque este já não pode mais ser representado, no sentido técnico da expressão. Não são, também, os titulares do direito, por não serem estes transmissíveis. São, a rigor, pessoas que presumivelmente gostariam de ver respeitados os direitos do morto e às quais, por isso, a lei atribui legitimidade para agir.

Estão, desse modo, legitimados à proteção dos direitos da personalidade da

pessoa falecida o cônjuge sobrevivente e qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau (CC, art. 12, parágrafo único). Qualquer um deles pode agir em defesa do nome, da vida privada ou da honra da pessoa falecida. Quando, porém, a ofensa alcança o direito à imagem do morto, a lei legitima apenas o cônjuge, ascendentes e descendentes (CC, art. 20, parágrafo único). A razão da discriminação do direito à imagem é, simplesmente, incompreensível e deve-se debitá-la à falta de rigor sistemático do texto codificado. De qualquer forma, ocorrendo desrespeito à memória de uma pessoa, o filho do morto, por exemplo, tem as mesmas ações que o pai teria em vida para a proteção do direito à imagem. Isto é, poderá obter em juízo uma ordem de cessação da ofensa e a indenização pelos danos (morais) decorrentes.

Depois do falecimento, o ser humano perde a personalidade e deixa de ser sujeito de direito. Não titulariza mais direitos e obrigações.

Quando se fala, assim, em direitos do falecido, está-se referindo à proteção post mortem *de determinados interesses extrapatrimoniais que a pessoa morta tinha enquanto vivia. São os interesses protegidos como direito ao nome, vida privada, imagem e honra.*

A lei legitima o cônjuge e alguns parentes próximos para a ação destinada à tutela desses direitos que o morto titularizava.

Como a pessoa legitimada para a defesa do nome, privacidade, imagem ou honra do morto não é a titular do direito ofendido, a indenização a que for condenado o ofensor não lhe pertence. O direito do legitimado se limita à recuperação dos valores despendidos com a contratação de advogado, custas processuais e outras despesas incorridas na defesa da memória do falecido. Descontados esses valores do importe pago a título de indenização, o saldo deverá, a rigor, ser entregue aos sucessores da pessoa morta. Considerar-se que o legitimado à defesa do direito à personalidade de pessoa falecida é a credora do valor correspondente à indenização pelos danos morais significaria promovê-la à condição de verdadeira titular do direito ofendido. Isto só seria assim, a rigor, se o direito extrapatrimonial da personalidade fosse transmissível, o que decididamente não é.

A legitimação estabelecida nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 dizem respeito aos direitos extrapatrimoniais da personalidade. O direito à imagem de pessoa famosa, como vimos, pode ter conteúdo patrimonial e, nesse caso, é

transmissível. Se a lesão alcança o direito de explorar economicamente a imagem de pessoa falecida, sua defesa cabe exclusivamente ao sucessor a quem esse direito foi atribuído no processo de inventário. Nesse caso, a indenização por danos materiais e morais será devida apenas ao sucessor a quem o direito patrimonial for atribuído como herança ou legado, ainda que obtida por ação promovida por outra pessoa legitimada.

6. AUSÊNCIA

Quando uma pessoa desaparece, o direito se preocupa, inicialmente, mais com os interesses dela do que com os de terceiros (familiares, credores etc.). Prevê, em decorrência, que uma pessoa, nomeada pelo juiz, passará a administrar os bens do desaparecido para que, ao retornar, não venha este a sofrer prejuízo. Não quer a lei que os interesses de alguém desaparecido, muitas vezes involuntariamente, fiquem ao desamparo. Após algum tempo, continuando desaparecida a pessoa, inverte-se a primazia dos interesses tutelados. Em atenção aos direitos de terceiros, a lei autoriza a presunção da morte do desaparecido, para que se proceda à solução das pendências obrigacionais e à transmissão de seus bens a sucessores. Mas não deixa, mesmo assim, de continuar atenta aos interesses da pessoa presumivelmente morta, já que não está de todo afastada a hipótese de ela retornar a qualquer momento.

São três etapas sucessivas desencadeadas pelo desaparecimento de uma pessoa: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva. Na primeira, privilegiam-se os interesses do desaparecido sobre o de terceiros. Na segunda, equiparam-se esses interesses, atendendo-se ao direito dos credores e imitindo os sucessores na posse dos bens do ausente. Na terceira etapa, os interesses privilegiados são os de sucessores, herdeiros ou legatários. Note-se, porém, que nas duas últimas, inclusive na etapa da sucessão definitiva, opera-se a reversão de parte dos efeitos derivados da presunção da morte na hipótese de reaparecimento do ausente. Apenas depois de transcorrido mais tempo (dez anos após a abertura da sucessão definitiva), os sucessores adquirem incondicionalmente seus direitos sobre os bens do presumivelmente morto.

O desaparecimento de uma pessoa desencadeia, em geral, três etapas sucessivas: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva. Os interesses em proteção são não apenas os do ausente, impossibilitado de administrar seus bens, como os de terceiros, credores ou sucessores.

O desaparecimento pode ser voluntário ou involuntário. A pessoa pode, por sua vontade, resolver redirecionar bruscamente sua vida, abandonando familiares, amigos, negócios e bens (desaparecimento voluntário), ou pode ter sido levada ao desaparecimento por fatores ou circunstâncias alheias à sua vontade (lesão da memória, naufrágio, sequestro etc.). Essa distinção é importante para a definição dos direitos dos sucessores na hipótese de reaparecimento do ausente (item 6.3).

6.1. Curadoria dos bens do ausente

A lei autoriza que o juiz declare ausente a pessoa desaparecida de seu domicílio. Quando, porém, se verifica esse fato jurídico, o desaparecimento? O desaparecimento não se caracteriza apenas pelo afastamento da pessoa do lugar em que reside, por mais prolongado que seja. Não basta, assim, que um homem ou mulher não tenha retornado à sua casa durante largo tempo para configurar-se o desaparecimento. Para que se considere alguém desaparecido, é necessário que se tenham perdido totalmente as notícias sobre ele. Desaparecer não é tanto uma questão espacial — ir para onde não é conhecido; é mais uma questão de informação — deixar de dar notícias. Desse modo, alguém está desaparecido quando não se têm mais notícias de seu paradeiro. A lei é, inclusive, redundante, ao dizer que será declarada a ausência da pessoa que desaparecer *sem dela haver notícia* (CC, art. 22).

Para que seja decretada a ausência de uma pessoa é necessário que o desaparecido não tenha *representante* ou *procurador* cuidando de seus negócios e bens. Ambos têm poderes de representação (CC, art. 115), mas são diferentes as origens.

O representante é investido *pela lei* nos poderes de representação. É o caso, por exemplo, do curador do deficiente mental absolutamente incapaz, quando do desaparecimento deste. Em princípio, não se declara o interdito ausente porque ele possui representante. Quer dizer, seus interesses não estão desamparados. Claro que, após o transcurso do prazo legal sem o reaparecimento do incapaz, cumprem-se os pressupostos de presunção da morte, para fins de abertura da sucessão, na defesa dos interesses de terceiros (sucessores, credores etc.).

O procurador, por sua vez, é investido nos poderes de representação pela *vontade* da pessoa representada (à frente, o conceito é aperfeiçoado: Cap. 10,

item 6). O instrumento contratual para a veiculação da vontade, nesse caso, é o mandato. Pois bem, se antes de desaparecer, a pessoa (*mandante*) havia outorgado a familiar, amigo ou mesmo a um profissional (*mandatário*) poderes para, em nome dela, praticar atos e administrar os bens e negócios, respeita-se sua vontade. Não é o caso de decretação de ausência, porque esta, como visto, destina-se a evitar o desarrimo dos interesses de desaparecidos. Se tais interesses já estão sob os cuidados de mandatário da estrita confiança do seu titular, não há razões para acionar o instrumento legal da declaração de ausência. Em consequência, para o juiz declarar a ausência de certa pessoa (para quem a lei não previu representante), é necessário que ela não tenha mandatário, seja porque não o nomeou antes de desaparecer (CC, art. 22), seja porque o outorgado não quer ou não pode exercer ou continuar a exercer o mandato (CC, art. 23).

Não exige a lei prazo mínimo para a caracterização do desaparecimento. Se a pessoa avisou que faria viagem ao exterior e retornaria em trinta dias. Transcorridos estes e mais um ou dois meses, sem nenhuma notícia dela, a despeito, inclusive, de diligências dos familiares e amigos destinadas a encontrá-la, já se pode considerar a pessoa desaparecida. Se empreenderia viagem mais extensa, por regiões inóspitas do planeta e sem prazo definido para regresso, a interrupção das notícias periódicas que enviava pode configurar, passado um tempo razoável, o desaparecimento. Note-se que as facilidades de comunicação hoje existentes, no mundo todo, reduzem os prazos a partir dos quais se pode, razoavelmente, considerar que não há mais notícias do paradeiro de uma pessoa.

Para a declaração de ausência não determina a lei que se diligencie a procura do desaparecido. Providências adotadas pelos familiares e amigos, porém, tendentes à localização de quem deixou de mandar notícias podem auxiliar na configuração do desaparecimento. O juiz deve sempre levar em consideração os hábitos que o desaparecido cultivava para identificar anormalidades. Sem estas, deve ser prudente e exigir dos interessados outros indícios do desaparecimento antes de declarar a ausência. Se a pessoa de quem não se têm notícias era dada a periódicos e prolongados isolamentos, isso deve ser considerado na ponderação sobre o seu desaparecimento.

Convencendo-se de que certa pessoa está realmente desaparecida e seus interesses encontram-se ao desamparo, o juiz, a pedido de qualquer interessado, declarará a sua ausência. A primeira consequência dessa declaração é a *arrecadação* dos bens do ausente. Trata-se de diligência que o juiz realiza, preferencialmente se deslocando até a residência do ausente, e da qual resulta a

relação dos bens de titularidade do desaparecido.

Ao declarar a ausência de uma pessoa, o juiz deve também nomear um curador para os bens dela. A extensão dos poderes do curador é fixada pelo juiz, em função das circunstâncias do caso. Se o desaparecido possuía, entre os bens, dinheiro aplicado em fundo de investimento bancário, numa instituição tradicional e sólida, o juiz pode, por exemplo, determinar que essa aplicação financeira deve ser conservada e, portanto, limitar os poderes do curador à administração dos demais bens do ausente. Também são fixadas pelo juiz as obrigações do curador. Ele pode estabelecer, por exemplo, que lhe deve prestar contas mensais. De qualquer modo, o curador passa a responder, nos limites da nomeação, pelos bens listados no termo de arrecadação.

A nomeação para o cargo de curador de bens deve recair, em princípio, sobre o cônjuge do ausente. Só não se legitima o cônjuge para o cargo se estiver separado do desaparecido, de fato, por mais de dois anos. Não sendo o ausente casado, ou não estando legitimado o cônjuge, a curadoria dos bens cabe aos pais ou a seus descendentes, nessa ordem, desde que não exista impedimento (se o ausente só possuía filhos menores, enquanto durar a menoridade, estão impedidos para o exercício do cargo de curador dos bens do pai). A nomeação de parente para o cargo de curador é irrecusável, exceto em situações de particular excepcionalidade, a critério do juiz (cf. Santos, 2001:204). Na falta dos parentes listados na lei, o juiz poderá escolher qualquer pessoa para o cargo de curador (CC, art. 25, § 3º). Normalmente, escolherá alguém de sua confiança, hipótese em que este não apenas poderá recusar o cargo, ou a ele renunciar, como terá direito à remuneração pelo trabalho que despender na administração dos bens do ausente.

A pessoa que desaparecer do seu domicílio, sem que dela se tenha notícias, será declarada ausente, a menos que tenha representante ou procurador encarregado de administrar seus bens e interesses.

Ao declarar uma pessoa ausente, o juiz arrecadará os bens dela e nomeará um curador para administrá-los, fixando seus poderes e obrigações.

O ausente, deve-se frisar, não é incapaz. A lei não o considera desprovido de discernimento suficiente para tratar dos seus interesses. Aliás, onde quer que esteja, poderá praticar atos e negócios jurídicos diretamente. Seu

desaparecimento do domicílio apenas recomenda que alguém passe a administrar, em nome dele, os bens, negócios e interesses que possui. Esse administrador, destaque-se, não é curador *do ausente*, mas *dos bens* dele.

6.2. Sucessão provisória e definitiva

Depois de transcorrido um ano da arrecadação dos bens da pessoa declarada judicialmente ausente, os legalmente tidos por interessados podem requerer ao juiz a abertura da sucessão, que, inicialmente, terá caráter *provisório*.

Também pode ser requerida a abertura da sucessão provisória da pessoa desaparecida que possuía representante ou procurador se o desaparecimento perdura há três anos. Isso porque, como já visto, na medida em que avançam os anos sem notícia de uma pessoa, o direito deixa paulatinamente de se preocupar com os interesses dela e passa a privilegiar os de terceiros, como herdeiros e credores. Se desaparece o interdito, ele deixa representante e, portanto, seus interesses não se encontram ao desabrigo. Não cabe, por esta razão, a declaração de sua ausência nos termos do art. 22 do CC. Passados três anos, porém, outros interesses além dos do incapaz desaparecido passam a ter maior proteção da lei. Já é considerável o tempo de desaparecimento e, portanto, convém que o representante ou procurador sejam dispensados de seus encargos e os sucessores do desaparecido entrem na posse dos bens. Para tanto, deve ser declarada a ausência do desaparecido nessas circunstâncias e aberta sua sucessão provisória.

A sucessão, inicialmente, é provisória em vista de três fatos que podem alterar a situação jurídica dos sucessores: *a*) retorno do ausente; *b*) descoberta de que está vivo (CC, art. 36); *c*) descoberta da data exata da sua morte (CC, art. 35). Nos dois primeiros casos, a situação provisória se desfaz porque não se verificou o fim da pessoa natural do desaparecido. Encontrando-se vivo quem se tinha por provavelmente morto, não há razões para continuarem os sucessores na posse de bens que não lhes pertencem. No terceiro caso, a sucessão provisória *pode* desfazer-se, caso sejam diversos os sucessores na data da sua abertura e na da morte da pessoa declarada ausente. Se *Antonio* desapareceu em 1999 e foi declarado ausente em 2000, teve os efeitos da abertura de sua sucessão provisória efetivados, por exemplo, em 2001. Imagine-se que era casado com *Benedita*, em regime de separação de bens e em segundas núpcias. Se *Benedita* faleceu em 2000, ela não será, em 2001, quando a abertura da sucessão provisória de *Antonio* produzir efeitos, sua sucessora. Os filhos do primeiro casamento são os únicos a concorrer à sucessão e nenhum direito sucessório no patrimônio de *Antonio* possuirão, por exemplo, os sucessores de *Benedita*.

Porém, se posteriormente é descoberto que, na verdade, *Antonio* havia falecido em 1999, *Benedita* deve ser considerada sua sucessora, porque ainda vivia na data da morte do marido. Os filhos do primeiro casamento de *Antonio* e os sucessores de *Benedita* concorrerão à sucessão nessa hipótese.

Estão unicamente legitimados para requerer a abertura da sucessão provisória da pessoa declarada ausente, após um ano da arrecadação (ou da desaparecida com representante ou procurador, depois de três anos do desaparecimento): *a*) o cônjuge; *b*) os herdeiros presumidos; *c*) os que tiverem sobre os bens do ausente direito condicionado à sua morte; *d*) os credores de obrigações vencidas e não pagas (CC, art. 27, I a IV); *e*) o Ministério Público, se não houver interessados (CC, art. 28, § 1º).

Depois de um ano da declaração de ausência (ou se transcorridos três anos do desaparecimento de pessoa que havia deixado representante ou procurador), pode ser aberta a sucessão provisória. Nela, o ausente preserva a propriedade de seus bens, mas a posse é dada aos seus presumíveis sucessores. O curador dos bens do ausente, assim como o representante e o procurador do desaparecido, é dispensado de suas funções e a responsabilidade pela administração dos bens passa a ser do titular do direito à posse provisória.

A declaração de abertura de sucessão provisória só produz efeitos depois de transcorridos cento e oitenta dias da sua publicação. Isto é, enquanto não transposto esse marco temporal, embora já autorize a lei determinadas providências no pressuposto da permanência da situação de fato, a sucessão somente se dará quando decorrido aquele prazo. Após o juiz declarar aberta a sucessão provisória, os interessados devem requerer, nos trinta dias seguintes, o inventário. Se o ausente havia deixado testamento, proceder-se-á também à sua abertura.

O principal efeito da sucessão provisória é a *imissão na posse* dos bens pertencentes ao ausente pelos seus presumíveis sucessores. José Antonio de Paula Santos Neto considera a hipótese como “usufruto legal” (2001:231/232). Note-se que durante a etapa provisória da sucessão do ausente não se transmite a *propriedade* dos seus bens. Estes continuam pertencendo ao ausente. A *posse* deles é que se dá aos presumíveis sucessores. Em decorrência da imissão na posse de quem provavelmente sucederá ao ausente, o curador dos bens do primeiro e o representante ou mandatário do segundo são desligados de suas funções. A responsabilidade pela administração de cada bem passa ao sucessor

que detiver a respectiva posse. O cônjuge, descendentes e ascendentes não precisam prestar caução para imitir-se na posse dos bens do ausente com sucessão provisória aberta, mas os demais titulares do direito à posse provisória devem oferecer garantia da restituição dos bens, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos seus quinhões (CC, art. 30 e § 2º).

Durante a fase da sucessão provisória, nenhum bem imóvel do ausente pode ser, como regra, alienado ou hipotecado. O objetivo da proibição da lei é impedir a perda dos bens. Embora estejam os presumíveis sucessores na posse destes, ainda não transcorreu tempo suficiente para operar-se a presunção da morte de seu proprietário. Convém, por isso, conservar-se a propriedade. Há duas exceções, contudo: o imóvel pode ser desapropriado (que é uma hipótese de alienação) ou pode ser alienado ou hipotecado, mediante autorização judicial, para evitar sua ruína. Em relação aos bens móveis, quando sujeitos a deterioração ou a extravio, o juiz pode ordenar sua venda e posterior emprego do valor obtido em investimento de perfil conservador, lembrando a lei de imóveis e títulos federais (CC, art. 29).

Depois de decorridos dez anos da abertura da sucessão provisória da pessoa declarada ausente, os interessados podem requerer ao juiz que abra a *definitiva*. Trata-se, normalmente, da etapa final que o desaparecimento de uma pessoa desencadeia. A sucessão definitiva, contudo, pode ser aberta independentemente de prévia abertura da sucessão provisória quando o desaparecido conta com 80 anos de idade e há pelo menos cinco anos não há notícias dele (CC, art. 38).

Presume-se a morte do desaparecido quando o juiz declara aberta a sucessão definitiva. Esta pode ter por fundamento o transcurso de dez anos da abertura da sucessão provisória, ou de cinco anos sem notícias da pessoa com 80 anos de idade.

A abertura da sucessão definitiva importa a presunção da morte do ausente ou desaparecido. Processa-se, portanto, como a sucessão de qualquer outra pessoa falecida. Pagam-se as dívidas pendentes, se ainda houver, e transmitem-se os bens à propriedade dos sucessores. Com a partilha, o antigo titular do direito de posse provisória não é mais administrador de bens alheios. Cada sucessor torna-se, para todos os efeitos, dono dos bens correspondentes aos seus quinhões.

6.3. O retorno do ausente

Se a pessoa declarada ausente retorna ao seu domicílio, variam os direitos que titulariza de acordo com o *momento* do reaparecimento.

Se regressa antes da abertura da sucessão provisória, encontrará seus bens, negócios e interesses sob os cuidados do curador nomeado pelo juiz. Assim, seu patrimônio foi administrado, durante a ausência, por uma pessoa com a responsabilidade de administrador. Quer dizer, o ausente terá direito de receber os frutos e rendimentos dos seus bens descontados unicamente o valor das despesas de administração e, quando for o caso, a remuneração do administrador. O curador de bens do ausente que administrar *mal* os interesses confiados a sua guarda responde pelos danos a que der causa. Se o administrador deixou, por exemplo, prescrever a ação de cobrança do aluguel de um imóvel, o ausente tem direito de ser indenizado pelo prejuízo derivado dessa negligência. Ao reassumir diretamente seus negócios e patrimônio, o ausente pode demandar a indenização pelos atos de má administração de seus bens. Aliás, aberta a sucessão provisória, os titulares do direito de posse também podem demandar o curador dos bens do ausente por atos de má administração.

Se o regresso do ausente dá-se depois de aberta a sucessão provisória, mas antes de aberta a definitiva, os frutos e rendimentos dos seus bens pertencem, totalmente ou em parte, ao titular do direito à posse provisória. Depende da natureza do vínculo de parentesco entre eles (ausente e possuidor provisório). Assim, o cônjuge, ascendente e descendente farão seus todos os frutos e rendimentos dos bens, mas os demais devem capitalizar a metade. Imagine-se que o ausente tem, no patrimônio, um imóvel comercial que se encontra alugado. Imagine-se, ademais, que sobre esse imóvel titularizam o direito à posse provisória sua esposa e um amigo contemplado em testamento. A parte do aluguel destinada à mulher é dela, podendo gastá-la com o que quiser. Não há contas a prestar desse fruto ou rendimento. Já da parte do aluguel cabível ao amigo, metade deve ser empregada num fundo de investimento (ou noutra alternativa de capitalização). Se restar comprovada que a ausência era involuntária, o ausente, ao retornar, terá direito a essa metade capitalizada (CC, art. 33, parágrafo único). Caso tenha sido voluntária, a totalidade dos frutos e rendimentos caberá ao sucessor.

Em suma, se o ausente retornar antes da abertura da sucessão definitiva, não poderá reclamar os frutos e rendimentos de seus bens do cônjuge, ascendente ou descendente titulares da posse provisória, mas poderá reclamar, *se a ausência foi*

involuntária, a metade deles dos demais possuidores provisórios.

O possuidor provisório, qualquer que seja o vínculo com o ausente, responde perante este por má administração. Se não renovou o seguro de imóvel, que o ausente invariavelmente contratava, e o bem se perdeu num incêndio, responderá o titular do direito à posse provisória pelo prejuízo do ausente.

Os direitos do ausente que reaparece variam segundo o momento de seu regresso. Se retorna antes da abertura da sucessão provisória, conserva não só o direito à propriedade de seus bens como a todos os frutos e rendimentos. Se depois da sucessão provisória, mas antes de aberta a definitiva, mantém o direito à propriedade dos bens, mas não à totalidade dos frutos e rendimentos destes. Se retorna após a sucessão definitiva, mas antes de transcorridos dez anos, tem apenas o direito à restituição dos seus bens no estado em que se encontram. Regressando depois de dez anos da sucessão definitiva, não tem mais direito aos seus bens.

Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, devem ser restituídos os bens no estado em que se encontrarem. Se um ou mais deles tiverem sido vendidos, após a partilha havida na sucessão definitiva, terá direito ao preço obtido na venda. Em caso de sub-rogação, ficará com o bem sub-rogado. Em nenhuma hipótese, porém, terá o ausente direito a fruto ou rendimento relativo ao tempo da sua ausência. Não terá perdido, contudo, eventual direito à indenização por má administração dos bens no período anterior à abertura da sucessão definitiva, salvo se verificada a prescrição. Vê-se, portanto, que a propriedade dos bens titularizada pelos sucessores, nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, é sujeita a condição resolutiva.

Após o decurso de dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, não terá o ausente nenhum direito sobre os bens que titularizava anteriormente ao seu desaparecimento.

7. DOMICÍLIO DA PESSOA FÍSICA

O domicílio é o lugar em que a pessoa pode ser encontrada para exercer direitos e responder por obrigações. Quando se trata de pessoa física, o domicílio é o lugar em que reside com ânimo definitivo. Quem possui mais de uma residência, em que viva alternadamente, tem em qualquer delas seu domicílio (CC, art. 71). Quem, por outro lado, não tiver residência habitual, tem o domicílio no lugar em que for encontrada (CC, art. 73). Nas relações pertinentes

à profissão, a pessoa física é domiciliada onde a exerce. Assim, o lugar em que se encontra o consultório do médico ou dentista, o escritório do advogado ou o estabelecimento do empresário individual é, para os assuntos profissionais dessas pessoas, o seu domicílio (CC, art. 72).

As pessoas são, em princípio, inteiramente livres para decidir o lugar em que fixarão o domicílio, e, por isso, o elemento mais relevante para identificá-lo é a intenção por elas manifestada. Exceto nas hipóteses de domicílio necessário, o lugar declarado como tal pela pessoa serve de domicílio. Ademais, querendo, a pessoa pode mudar seu domicílio, a qualquer tempo, bastando para isso que transfira a residência com a intenção manifesta de mudá-la (CC, art. 74). A lei menciona uma esdrúxula declaração "às municipalidades", como uma das provas da intenção de mudança do domicílio. O anacrônico ato não se consegue atualmente praticar, e não possui significado nenhum nas mudanças dentro da mesma cidade. Os cadastros mantidos pelas prefeituras têm fins fiscais e identificam os contribuintes de tributos municipais e não os domicílios. Aliás, eventual escrito endereçado à Prefeitura para os fins de manifestar a intenção de mudar o domicílio será simplesmente ignorado e arquivado. A prova da intenção de mudar o domicílio é feita, portanto, pela própria mudança.

Domicílio é o lugar em que a pessoa pode ser encontrada para responder por suas obrigações ou exercer os direitos que titulariza. A regra geral para a definição do domicílio é o da ampla liberdade.

Também em razão da extrema liberdade de que gozam as pessoas para definir seu domicílio, podem, ao celebrar um contrato qualquer por instrumento escrito, eleger o lugar em que serão exercidos os direitos e cumpridas as obrigações contratadas.

As hipóteses de domicílio necessário, que limitam a liberdade de definição que norteia a disciplina da matéria, são apenas cinco: *a*) o *incapaz* tem o mesmo domicílio de seu representante ou assistente; *b*) o *servidor público* é domiciliado no lugar em que exerce suas funções permanentemente; *c*) o domicílio do militar depende da Força a que pertence; sendo do Exército, será onde servir; sendo da Marinha ou da Aeronáutica, será o lugar do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; *d*) o *marítimo* domicilia-se no navio em que for matriculado; e *e*) o *preso*, onde estiver cumprindo pena (CC, art. 76).

Capítulo 8

A PESSOA JURÍDICA

1. INTRODUÇÃO

Para melhor nortear a solução de conflito de interesses em sociedade — que, imediata ou mediatamente, *sempre* envolve homens ou mulheres —, a lei atribui a titularidade de direitos e obrigações não apenas a seres humanos, mas também a seres não humanos de natureza ideal. São, por assim dizer, "realidades" puramente conceituais, que existem apenas para a disciplina dos interesses, em última instância, de homens e mulheres "reais". De fato, não existem esses seres não humanos, senão no plano dos conceitos jurídicos, e sua finalidade é servirem à melhor composição dos interesses das pessoas naturais que vivem em sociedade. Um desses seres, que será objeto de exame neste capítulo, é a *pessoa jurídica*.

Os alicerces da teoria da pessoa jurídica encontram-se na Idade Média, em noções destinadas a atender às necessidades de organização da Igreja Católica e preservação de seu patrimônio. Naquele tempo, o direito canônico separava a Igreja, como corporação, de seus membros (os clérigos), afirmando que aquela tem existência permanente, que transcende a vida transitória dos padres e bispos. Também por ser a Igreja uma corporação independente de seus integrantes, nem todos podem falar legitimamente por ela, mas, dependendo do assunto, apenas os membros de determinada hierarquia, consultando previamente, por vezes, alguns dos seus pares. Outra importante implicação do reconhecimento da Igreja como uma corporação inconfundível com os seus integrantes era pertinente aos bens. A afirmação da vida da Igreja em separado leva à distinção entre o patrimônio dela e o de cada membro do clero. Falecendo um padre ou bispo, os bens em sua posse não podiam ser transmitidos a sucessores por pertencerem à corporação.

Na época da Revolução Comercial, as grandes companhias organizadas para a exploração e colonização do novo mundo também eram consideradas entidades autônomas em relação aos fundadores e investidores que nelas aportavam capital. Mas não foi imediata a transposição da noção corporativa para as sociedades mercantis. Havia uma diferença significativa entre a separação patrimonial das empresas da Era Moderna e a noção de corporação do direito

canônico medieval. Enquanto a Igreja era vista como tendo existência transcendental à vida de seus membros, as sociedades comerciais geralmente se ligavam aos sócios (Lopes, 2000:108/110 e 411/418). Em outros termos, a generalização das noções de corporação (do direito canônico) e de separação patrimonial (do direito comercial) de que resultou o conceito de pessoa jurídica tem lugar apenas na segunda metade do século XIX, em reflexões desenvolvidas principalmente por doutrinadores alemães.

A justificativa do conceito de pessoa jurídica a partir de concepções antropomórficas, porém, enraizou-se no pensamento jurídico. Até meados do século XX ainda se encontram autores afirmando a existência por assim dizer "real" da pessoa jurídica. Para eles, a lei não teria propriamente *criado* um conceito para melhor tratar os conflitos de interesses entre os seres humanos, valendo-se da noção de "pessoa", mas limitado a *reconhecer* algo que, a exemplo dos homens e mulheres, teria uma existência anterior (cf., por todos, Oliveira, 1979). A literatura sobre o tema lista diversas teorias (*ficção, instituição, realidade técnica* e outras), que ora reforçam tais concepções, ora se distanciam delas. São teorias que ilustram, a rigor, as dificuldades que enfrentaram os tecnólogos do direito, no passado, para sustentar a titularidade de direitos e obrigações por seres não humanos. Seu estudo deixou, atualmente, de ter importância tecnológica. Passado mais de um século da configuração final da teoria da pessoa jurídica, e incorporados seus desdobramentos na generalidade dos direitos positivos, não há maiores dificuldades em sua operacionalização na solução de conflitos de interesses.

O instituto da pessoa jurídica é, enfim, uma técnica de separação patrimonial desenvolvida pelo direito para disciplinar os interesses de homens e mulheres. Existem outros institutos que também têm a mesma natureza e finalidade. Assim, os sujeitos de direito despersonificados, como o espólio, a massa falida ou o condomínio edilício (Cap. 6, item 5). É técnica de segregação patrimonial a administração contabilmente autônoma de determinados recursos alheios, como a dos fundos de investimento oferecidos pelos bancos. Além desses exemplos, também o tratamento excepcional liberado a certos bens do patrimônio de uma pessoa pode implicar a separação, como no caso do empresário individual casado que, independentemente do regime de bens do casamento, pode, sem autorização do cônjuge, alienar os imóveis empregados na exploração da empresa ou mesmo gravá-los de ônus reais (CC, art. 978). Em todas essas hipóteses de separação de patrimônio criadas pelo direito, a finalidade é sempre a de dispor sobre conflitos de interesses, de forma mais racional.

O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial. Os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto do correspondente aos direitos e obrigações imputados a cada membro da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado. Nenhuma outra das técnicas desenvolvidas pelo direito apresenta esse traço. No exame do conceito das pessoas jurídicas (item 2) discutir-se-á o significado dessa característica que a distingue das demais técnicas de separação patrimonial, bem como a mais importante de suas implicações, o princípio da autonomia das pessoas jurídicas.

2. CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA

Pessoa jurídica é o sujeito de direito personificado não humano. É também chamada de *pessoa moral*. Como sujeito de direito, tem aptidão para titularizar direitos e obrigações. Por ser personificada, está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil — comprar, vender, tomar emprestado, dar em locação etc. —, independentemente de específicas autorizações da lei. Finalmente, como entidade não humana, está excluída da prática dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto, como casar, adotar, doar órgãos e outros.

Em geral, é a pessoa jurídica constituída por outra ou outras pessoas. Ela começa a existir, assim, em decorrência da vontade de uma ou mais pessoas, identificadas como *membros*, *integrantes* ou *instituidores* da pessoa jurídica. Essa noção apenas não se ajusta inteiramente aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que são pessoas jurídicas derivadas da organização política independente da sociedade brasileira. As demais pessoas jurídicas sempre terão um ou mais membros; estes são necessariamente sujeitos de direito, podendo ser pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas.

A mais relevante consequência dessa conceituação das pessoas jurídicas é sintetizada no princípio da autonomia. *As pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas que a integram* — dizia preceito do antigo Código Civil. Em outros termos, a pessoa jurídica e cada um dos seus membros são sujeitos de direito autônomos, distintos, inconfundíveis. Desse modo, se *Antonio*, *Benedito* e *Carlos* contratam uma sociedade empresária designada *ABC Transportes Ltda.*,

dão nascimento a um novo sujeito de direito personificado. De três passam a quatro pessoas, cada uma com seus direitos e obrigações, seu próprio patrimônio. Assim como o direito de *Antonio* não pode ser exercido por *Benedito*, ou a obrigação de *Carlos* não pode ser cobrada de *Antonio*, porque são pessoas diferentes, também o direito de *ABC Transportes Ltda.* não pode ser exercido por *Carlos*, nem a obrigação dela pode ser imputada a *Benedito*.

Em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela mesma parte dos negócios jurídicos. Faz-se presente à celebração do ato, evidentemente, por meio de uma pessoa física que por ela assina o instrumento. Mas é a pessoa jurídica que está manifestando a vontade, vinculando-se ao contrato, assumindo direitos e contraindo obrigações em virtude do negócio jurídico. Se for necessário alugar imóvel para instalação do estabelecimento de *ABC Transportes Ltda.* (escritório, oficina, estacionamento etc.), será ela, pessoa jurídica, a locatária. *Antonio*, *Benedito* e *Carlos* decididamente não participam da relação contratual, são todos estranhos ao vínculo locatício. Nem mesmo o sócio que eventualmente vier a assinar o contrato de locação em nome da pessoa jurídica será parte do negócio.

Também em decorrência do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela, e não os seus integrantes, a parte legítima para demandar e ser demandada em juízo, em razão dos direitos e obrigações que titulariza. Não sendo pago, por exemplo, o aluguel do imóvel onde se instalou o estabelecimento, o locador tem ação contra a *ABC Transportes Ltda.* e não contra os seus sócios. *Antonio*, *Benedito* e *Carlos* são partes ilegítimas para o processo nesse caso, exatamente porque não são locatários, não devem o aluguel. Quem locou o imóvel e contraiu a obrigação de pagar os aluguéis foi uma outra pessoa, a sociedade.

Finalmente, e no seu desdobramento mais relevante, o princípio da autonomia importa, em regra, a impossibilidade de se cobrarem dos seus integrantes as dívidas e obrigações da pessoa jurídica. Condenada a pagar, judicialmente, determinado valor a título de aluguel, *ABC Transportes Ltda.* responderá com os bens do seu patrimônio. O locador não pode pretender a satisfação de seu crédito com a constrição judicial de bens de *Antonio*, *Benedito* ou *Carlos*, porque eles não são os devedores. A regra da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas estabelece que os seus integrantes não respondem por dívidas delas. Quem abre crédito para uma pessoa jurídica deve saber que não está garantido, em princípio, pelos bens do patrimônio dos membros desta. Apenas em situações excepcionais a lei autoriza a imputação da obrigação da pessoa jurídica a alguns ou todos os seus integrantes. Mesmo nessas situações, porém, a responsabilidade dos membros da pessoa jurídica é sempre *subsidiária*; ou seja, pressupõe o prévio

exaurimento dos recursos patrimoniais da pessoa jurídica. Desse modo, se o locador do exemplo acima tiver o direito de satisfazer seu crédito pela constrição judicial de bens do patrimônio de *Antonio*, só poderá fazê-lo se *ABC Transportes Ltda.* não titularizar mais nenhum bem.

> *Em decorrência do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela (e não os seus integrantes) que participa dos negócios jurídicos de seu interesse e titulariza os direitos e obrigações decorrentes. Também é ela quem demanda e é demandada em razão de tais direitos e obrigações. Finalmente, é apenas o patrimônio da pessoa jurídica (e não o de seus integrantes) que, em princípio, responde por suas obrigações.*

O princípio da autonomia das pessoas jurídicas, como dito, encontrava-se, no Código Civil anterior, expresso num dispositivo que afirmava não se confundirem elas com os seus integrantes. Na lei atual não se encontra reproduzido igual dispositivo. A autonomia, e suas implicações acima delineadas, porém, decorre da interpretação sistemática de diversas normas. O art. 46, V, por exemplo, estabelece que um dos elementos constantes do registro civil da pessoa jurídica é a existência ou não de responsabilidade subsidiária dos seus membros pelas obrigações dela; o art. 1.052 restringe a responsabilidade de cada sócio da sociedade limitada ao valor de suas quotas, e assim por diante. Diversos dispositivos do Código Civil reforçam a adoção, pelo direito civil brasileiro, do princípio da autonomia da pessoa jurídica. É exemplo, assim, de um princípio não expresso, revelado pela doutrina a partir dos dispositivos legais do ordenamento jurídico, para informar a interpretação e aplicação das normas que o compõem (Cap. 3, item 3).

3. CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

As pessoas jurídicas classificam-se de acordo com vários critérios. Três são os de maior interesse:

a) *Critério legal*. Pelo critério legal, subdividem-se, inicialmente, em pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. O que as distingue não é a origem dos recursos empregados em sua constituição (públicos ou de particulares), mas o regime jurídico a que se submetem. Cada uma dessas categorias de pessoa jurídica está sujeita a um *regime* específico. O de direito público caracteriza-se pela supremacia dos interesses titularizados pelas pessoas

a ele sujeitas. É o regime da desigualdade jurídica, que outorga prerrogativas às pessoas de direito público, subtraídas das de direito privado.

As prerrogativas do regime de direito público são os instrumentos para tutela dos interesses gerais, os quais, em virtude de um valor conquistado ao longo da trajetória da civilização, sempre devem prevalecer sobre os individuais. As pessoas jurídicas de direito público dispõem de tais prerrogativas, para a defesa dos interesses públicos. Tome-se um exemplo. A regra, no direito processual, é a de que a prova de um fato cabe a quem o alega. Isto é, quem afirma a ocorrência de certo fato (constitutivo do direito que pleiteia) tem o *ônus* de prová-lo. Em algumas situações, por medida de justiça, admite-se a *inversão do ônus da prova*. O fato constitutivo do direito não precisa ser provado por quem o pleiteia, mas cabe a quem se imputa o dever provar, para liberar-se da obrigação, que o fato não ocorreu. Pois bem, em favor das pessoas jurídicas de direito público milita a presunção de liquidez e certeza dos atos por elas praticados. Em outros termos, quando judicialmente questionada, a pessoa jurídica de direito público não tem o ônus de provar a ocorrência do fato que autoriza a prática do ato. É do particular o ônus de provar que esse fato não se verificou. Se recebo uma multa de trânsito por excesso de velocidade em rodovia estadual e resolvo questioná-la em juízo, não é o Estado que deve provar que eu, no dia e hora assinalados, encontrava-me correndo naquela estrada; mas cabe exclusivamente a mim o ônus de provar que esse fato não ocorreu. É uma prerrogativa necessária à prevalência do interesse público sobre o privado.

Pelo critério legal, as pessoas jurídicas são de direito público (interno ou externo) ou de direito privado. Estas últimas podem ser de três espécies: fundação, associação e sociedade.

Na fundação, alguns bens do instituidor são destacados de seu patrimônio e afetados a certas finalidades. Na associação e sociedade, pessoas com objetivos comuns unem seus esforços para realizá-los. Na fundação e na associação, os fins que motivam a formação da pessoa jurídica são não econômicos, enquanto na sociedade, são econômicos.

As pessoas jurídicas de direito privado, a seu turno, submetem-se ao regime da igualdade jurídica. Se a lei tratar diferentemente duas pessoas jurídicas de direito privado iguais, ela é inconstitucional por afronta ao princípio da isonomia. Quando a lei, assim, concede uma prerrogativa a determinada pessoa jurídica de direito privado, isto só tem validade se for o meio de estabelecer a

igualdade na relação. O exemplo acima, do ônus da prova, serve também aqui. O consumidor ao adquirir no mercado um produto qualquer encontra-se em situação de vulnerabilidade diante do fabricante. Ele é não só economicamente mais fraco, mas não dispõe das mesmas informações que o fabricante tem sobre o produto adquirido. Imagine-se que uma associação de caridade, mantenedora de uma creche, adquira um fogão. Considere-se que, em seus primeiros dias de uso, por causa de vazamento de gás do fogão, ocorre um incêndio na creche. Numa discussão judicial, em razão da vulnerabilidade da associação consumidora, é-lhe impossível provar que o defeito do fogão foi a causa do incêndio. Para o fabricante, porém, detentor de todas as informações sobre seus produtos, provar a impossibilidade de determinado desdobramento de um produto defeituoso dele não é difícil. Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor autoriza que o juiz, diante da verossimilhança das alegações do consumidor, decrete em favor deste a inversão do ônus da prova. Nessa hipótese, veja que a prerrogativa não é concedida, pela lei, para tornar a associação consumidora uma pessoa desigual, mais favorecida que o fabricante do fogão; pelo contrário, é concedida para torná-la igual ao fabricante. A desvantagem econômica (vulnerabilidade) é compensada pela vantagem jurídica (inversão do ônus da prova), igualando, na medida do possível, as pessoas jurídicas de direito privado titulares dos interesses conflitantes.

As pessoas jurídicas de direito público são classificadas, pela lei, em internas e externas (CC, art. 40). São de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias (por exemplo, OAB, INSS, Instituto Nacional da Propriedade Intelectual etc.), inclusive as associações públicas, e demais entidades de caráter público criadas por lei (por exemplo, as agências reguladoras ANATEL, ANP, ANEEL etc.) (CC, art. 41). Salvo disposição diversa da lei, uma pessoa jurídica de direito público interno se submete, *quanto ao funcionamento*, ao direito civil se, a despeito da natureza pública do seu regime jurídico, tiver a estrutura de pessoa jurídica de direito privado (CC, art. 41, parágrafo único). O estudo dessas pessoas, suas prerrogativas, direitos e obrigações, é feito pelos tecnólogos dedicados ao *direito administrativo*. Já as pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas regidas pelo direito internacional público (Igreja Católica, ONU, Organização Mundial do Comércio, Comunidade Europeia etc.) (CC, art. 42).

As pessoas jurídicas de direito privado são: fundação, associação, sociedade, organizações religiosas e partidos políticos. A fundação se distingue da

associação e da sociedade porque, ao contrário destas, não resulta da união de esforços de pessoas com o mesmo objetivo. Ela resulta da afetação de um patrimônio a determinada finalidade. Quando o jornalista Roberto Marinho instituiu a *Fundação Roberto Marinho*, ele destacou de seu patrimônio alguns bens e externou a vontade de que passassem a ser administrados com o objetivo de auxiliar a proteção do patrimônio histórico brasileiro, promover a difusão da educação pela TV etc. Em outros termos, afetou certos bens à realização de determinadas finalidades. A fundação só pode ter determinados fins não econômicos: religiosos, morais, culturais ou de assistência (CC, art. 62, parágrafo único).

Na associação e na sociedade, pessoas com objetivos comuns unem seus esforços para alcançá-los. Varia a espécie de pessoa jurídica de acordo com a natureza do objetivo perseguido. Na associação, pessoas se unem em torno de objetivos não econômicos (por exemplo, culturais, filantrópicos, sociais etc.), e nas sociedades, para explorar em conjunto uma atividade econômica. Desse modo, a sociedade se distingue da fundação e da associação pelo objetivo econômico (ganhar dinheiro) que motiva sua constituição.

As sociedades se dividem em *simples* e *empresárias*, segundo a forma como organizam a exploração da atividade econômica a que se dedicam. As sociedades empresárias, por sua vez, podem ser de cinco tipos: nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, limitada ou anônima.

As organizações religiosas e os partidos políticos têm a mesma estrutura que as associações e sociedades — resultam da união de esforços de pessoas com interesses comuns. Diferenciam-se destas em razão de seus objetivos peculiares: as organizações religiosas destinam-se à propagação de uma religião, congregando os que a professam; os partidos políticos, por sua vez, reúnem interessados em participar da vida política nacional, geralmente em torno de um ideário comum. São pessoas jurídicas regidas por normas específicas.

b) *Quantidade de fundadores e de membros*. As pessoas jurídicas podem ser *singulares* ou *coletivas*, de acordo com a quantidade de pessoas que as constituem. Singulares são as constituídas por uma só pessoa; coletivas, as constituídas por duas ou mais. As autarquias e as sociedades anônimas subsidiárias integrais são singulares. As associações e demais sociedades são coletivas. A fundação costuma ser instituída por uma só pessoa, mas há fundações criadas por dois ou mais instituidores. Quando a referência é à quantidade de membros ou integrantes das pessoas jurídicas, designam-se estas como *unipessoais* (um só membro) ou *pluripessoais* (dois ou mais membros).

Assim, a sociedade empresária deve necessariamente ser coletiva, em sua origem (exceto o caso especialíssimo da subsidiária integral, que pode ser constituída por um sócio apenas, desde que seja esse uma sociedade brasileira). Quer dizer, sua constituição pressupõe pelo menos dois sócios. Em decorrência, tende a ser uma pessoa jurídica pluripessoal. A lei, contudo, admite a unipessoalidade *temporária* da sociedade empresária quando, por qualquer motivo, a totalidade das quotas ou ações representativas de seu capital social se tornam da propriedade de uma só pessoa (CC, art. 1.033, IV; LSA, art. 206, I, *d*). As pessoas jurídicas resultantes da afetação de patrimônio (fundações) não possuem integrantes ou membros, e, por essa razão, não podem ser qualificadas como unipessoais ou pluripessoais.

Pelo critério concernente à quantidade de pessoas que a constituem, a pessoa jurídica pode ser singular (um só fundador) ou coletiva (dois ou mais fundadores). Pela quantidade de integrantes, pode ser unipessoal (um membro apenas) ou pluripessoal (dois ou mais membros).

c) *Modo de constituição*. Segundo o modo de constituição, as pessoas jurídicas classificam-se em *contratuais* ou *institucionais*. As primeiras são constituídas por um contrato entre os seus fundadores. Entre eles, por isso, estabelecem-se vínculos contratuais. Nessa categoria se enquadra a maioria dos tipos de sociedades (simples, nome coletivo, comandita simples e limitada). As pessoas jurídicas institucionais são constituídas por manifestação de vontade de seus fundadores, mas sem que se vinculem contratualmente. São institucionais as sociedades por ações (anônima ou comandita por ações), as associações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as fundações. Note-se que as pessoas jurídicas singulares são sempre institucionais, já que um contrato pressupõe pelo menos dois sujeitos contratantes.

O ato constitutivo da pessoa jurídica contratual chama-se *contrato social*, e o da institucional, *estatuto*. São os documentos disciplinares da organização da pessoa jurídica, bem assim das relações dela com os seus membros.

As pessoas jurídicas são classificadas, de acordo com o modo de constituição, em contratuais *e* institucionais. *O ato constitutivo daquelas denomina-se "contrato social" e o das institucionais, "estatuto".*

4. INÍCIO E TÉRMINO DA PERSONIFICAÇÃO

A existência legal das pessoas jurídicas, diz a lei, inicia-se com o registro do respectivo ato constitutivo no órgão próprio (CC, art. 45). Assim, as associações, fundações e sociedades simples devem ter seus atos de constituição levados ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, enquanto as sociedades empresárias são registradas nas Juntas Comerciais (CC, art. 1.150). Esse ato, portanto, é o legalmente estabelecido para marcar o início da personalidade da pessoa jurídica. Aliás, em relação às sociedades, a lei é expressa ao estipular que a aquisição da personalidade jurídica dá-se com a inscrição, no registro próprio, dos seus atos constitutivos (CC, art. 985).

Esta, porém, não é a melhor forma de dispor sobre a matéria. Se o atributo da personalidade é a autorização genérica para a prática de atos jurídicos não proibidos, o fato jurídico que marca o início da personificação deveria ser a manifestação de vontade dos fundadores da pessoa jurídica. Mesmo se adotando um conceito mais largo de personalidade, como a aptidão para titularizar direitos e obrigações, também não será o registro dos atos constitutivos, mas sim a manifestação da vontade dos fundadores da pessoa jurídica, o fato desencadeador da personificação. É claro que o funcionamento da pessoa jurídica *antes* do registro é irregular e importa, para as sociedades, por exemplo, relativizações de sua autonomia patrimonial. O registro, assim, deveria ter sido escolhido pela lei como condição para o funcionamento regular da pessoa jurídica e não para a personificação.

De qualquer modo, sem o registro, a pessoa jurídica não consegue cadastrar-se no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), condição inafastável para participar da economia formal. Expõe-se, ademais, à imposição de multa pela falta de matrícula no INSS, que pressupõe o registro dos atos constitutivos.

Em suma, embora sob o ponto de vista lógico e conceitual seja suficiente para considerar-se a pessoa jurídica personificada a manifestação da vontade de seus instituidores, as exigências relacionadas à regularidade do seu funcionamento e as consequências da inobservância destas recomendam que a pessoa jurídica não pratique nenhum ato jurídico anteriormente à formalidade do registro de sua

constituição.

De acordo com a lei, a personalidade da pessoa jurídica inicia-se com a inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio. As sociedades simples, associações e fundações inscrevem-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e as sociedades empresárias, na Junta Comercial.

Termina a personificação da pessoa jurídica com o cancelamento de sua inscrição no registro próprio. Tal cancelamento só pode ser efetivado pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou pela Junta Comercial, após o encerramento da *liquidação* da pessoa jurídica. A liquidação, por sua vez, é necessária quando a pessoa jurídica é dissolvida por deliberação da maioria de seus membros, observadas as regras estatutárias ou contratuais. A ordem sequencial dos atos dissolutórios das pessoas jurídicas em geral, portanto, é: dissolução, liquidação e cancelamento do registro.

A liquidação é um conjunto de atos praticados pela pessoa jurídica dissolvida com o objetivo de solucionar suas pendências obrigacionais e destinar o patrimônio remanescente. De fato, ao ser deliberada a dissolução de uma pessoa jurídica, é normal que ela tenha créditos a receber e débitos a honrar. Em termos técnicos, a liquidação visa à realização do ativo e à satisfação do passivo da pessoa jurídica.

Processa-se a liquidação com a eleição, na forma do estatuto ou contrato social, de um *liquidante*. Ele passa a ser o representante legal da pessoa jurídica em liquidação. Cabe-lhe vender os bens da pessoa jurídica e cobrar os devedores (realização do ativo), bem como pagar os credores (satisfação do passivo). Se, após a solução de todas as pendências negociais, restarem ainda bens no patrimônio da pessoa jurídica em liquidação, caberá ao liquidante dar-lhes a destinação cabível. Se a pessoa jurídica liquidada não tinha fins econômicos, seu acervo líquido será transferido a uma congênere (CC, arts. 61 e 69). Se os tinha, realiza-se a *partilha* do acervo líquido remanescente entre os sócios.

Termina a personalidade da pessoa jurídica com o cancelamento de sua inscrição no registro próprio, que deve ser precedido da liquidação.

Na liquidação, resolvem-se as pendências obrigacionais da pessoa jurídica, por meio da realização do ativo (venda dos bens e cobrança dos devedores) e satisfação do passivo (pagamento dos credores).

Algumas pessoas jurídicas de direito privado dependem de autorização governamental para funcionar. As instituições financeiras, administradoras de consórcio de bens duráveis, seguradoras, operadoras de planos privados de assistência à saúde e outras só podem exercer suas atividades mediante autorização de órgãos do governo (Banco Central, Superintendência de Seguros Privados, Agência Nacional de Saúde Complementar etc.). Quando é este o caso, o registro dos atos constitutivos será precedido da autorização do Poder Executivo; e a cassação desta importará a liquidação da pessoa jurídica e subsequente cancelamento do registro.

5. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADEJURÍDICA

Em decorrência da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, as obrigações desta não são, em princípio, imputáveis aos seus membros. Como já assentado, os integrantes da pessoa jurídica (os associados da associação, sócios da sociedade ou instituidor da fundação) não respondem, em regra, pelas obrigações desta, porque são sujeitos de direito distintos, autônomos, inconfundíveis. Se pertenço a um clube (associação), sou devedor da contribuição destinada à sua manutenção. Se não a pago, posso ser cobrado, inclusive judicialmente, pelo clube. Mas nenhum credor do clube pode acionar-me para receber seu crédito. Como não se confundem a pessoa jurídica da associação e as pessoas de seus membros, os associados, o credor do clube não é meu credor. Meu patrimônio não pode ser objeto de constrição judicial para atender obrigação que não é minha, mas de outra pessoa, a pessoa jurídica do clube.

O princípio da autonomia patrimonial pode ser manipulado na realização de fraudes, principalmente quando a pessoa jurídica é uma sociedade. Como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Transfere-se à titularidade de uma pessoa jurídica a obrigação que seria da física que a integra ou de outra pessoa jurídica. Se *Antonio* alienou seu negócio comercial a *Benedito* e, no contrato,

comprometeu-se a não competir com o adquirente, ele assumiu uma obrigação de não fazer. É uma obrigação pessoal dele. Se, em seguida, constituir uma sociedade com *Carlos*, nomeada *AC Comércio Ltda.* e com objeto coincidente com o de seu antigo negócio, em razão do princípio da autonomia patrimonial, não estará sendo descumprida a obrigação contratual. Como a pessoa jurídica da sociedade entre *Antonio* e *Carlos* não era parte do contrato com *Benedito*, e não se confunde com a pessoa física de um de seus sócios, não haveria que falar em inadimplemento da obrigação de não competir.

Para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desenvolveu-se uma teoria que aperfeiçoa o instituto: a da *desconsideração da personalidade jurídica*. Sua sistematização deu-se em trabalho dos anos 1950 do jurista alemão Rolf Serick (1955). Segundo seu principal postulado, sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que procurou furtar-se aos seus deveres (Coelho, 1998, 2:31/58). No exemplo dado, se *Benedito* processa *Antonio* por perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação de não competir, e este alega em sua defesa que quem está competindo é uma outra pessoa, a pessoa jurídica *AC Comércio Ltda.*, uma sociedade com personalidade jurídica própria, o juiz, convencendo-se de que o expediente da autonomia patrimonial foi empregado como meio para fraudar os direitos do adquirente do negócio comercial, pode ignorar a existência da pessoa jurídica (desconsiderá-la) e condenar *Antonio* por descumprimento do contrato.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, por meio da coibição do mau uso de seus fundamentos. Assim, a pessoa jurídica desconsiderada não é extinta, liquidada ou dissolvida pela desconsideração; não é, igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente. Em outras palavras, a separação patrimonial decorrente da constituição da pessoa jurídica não será eficaz no episódio da repressão à fraude. Para todos os demais efeitos, a constituição da pessoa jurídica é existente, válida e plenamente eficaz. No exemplo acima, o juiz, ao desconsiderar a personalidade jurídica da *AC Comércio Ltda.*, no processo que *Benedito* movia contra *Antonio*, negou eficácia a um dos efeitos de seu ato constitutivo — a autonomia

patrimonial relativamente aos seus sócios. Em relação, porém, a todos os demais negócios em que aquela sociedade está envolvida, bem assim no tocante às suas relações com os sócios *Antonio* e *Carlos*, e entre eles, a autonomia patrimonial resta incólume. Por isso, diz-se que a desconsideração apenas suspende a *eficácia episódica* dos atos constitutivos da pessoa jurídica, sem invalidar, desconstituir ou comprometer a eficácia geral desses atos.

> *Pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que esta é manipulada na realização de fraudes. Os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial (CC, art. 50).*

Ao contemplar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Código Civil estabeleceu que o abuso da forma se caracteriza pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (CC, art. 50). Desse modo, se o sócio envolve a sociedade em negócios estranhos aos seus fins ou não separa rigorosamente os patrimônios dela e o seu, verifica-se o abuso da personalidade jurídica da sociedade. Também se caracterizaria o abuso nessas hipóteses se, em vez de sócio e sociedade, tratar-se de associado e associação ou de instituidor e fundação. Também podem abusar da personalidade da pessoa jurídica, desviando sua finalidade ou confundindo patrimônios, independentemente da espécie, os representantes legais ou administradores dela.

6. FORMAÇÃO DA VONTADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

Como sujeito de direito personificado, a pessoa jurídica pode praticar os atos jurídicos em geral. Exceto aqueles em relação aos quais está proibida ou impossibilitada de praticar (por falta de atributos humanos), todos os demais atos e negócios jurídicos podem ser praticados pela pessoa jurídica, independentemente de expressa e específica autorização legal. Se assim é, a lei confere à “vontade” da pessoa jurídica a mesma eficácia liberada à vontade de homens e mulheres. Quer dizer, os direitos e obrigações podem ser criados, modificados e extintos pela vontade dos sujeitos disciplinados pela ordem jurídica, entre os quais se encontram as pessoas morais.

A formação e expressão da vontade pela pessoa jurídica está regulada na lei e no respectivo ato constitutivo (estatuto ou contrato social). Dependem, evidentemente, de decisões e manifestações de alguns homens ou mulheres, agindo isolada ou conjuntamente. Considera-se, por exemplo, que uma associação *quer* adquirir um imóvel quando o seu diretor-presidente, autorizado pela maioria dos associados formalmente reunidos, após negociar com o proprietário do bem, assina o contrato de compra e venda. A fundação *deseja* tomar dinheiro emprestado no banco, quando os seus administradores, agindo em conjunto por exigência do estatuto, firmam o contrato de mútuo junto à instituição financeira. A sociedade *pretende* rescindir o contrato de locação sem prazo quando sua diretora administrativa comunica ao locador a intenção de restituir o bem locado.

A pessoa jurídica deve estruturar-se em órgãos destinados à formação e expressão de sua vontade. Os órgãos são meros desdobramentos da pessoa jurídica e não possuem, eles próprios, personalidade jurídica. Não são nem ao menos sujeitos de direito. Os órgãos das pessoas jurídicas não titularizam direitos ou obrigações, na medida em que são meros centros de referência para o exercício de algumas funções. Ninguém pode demandar, por exemplo, o conselho de administração da sociedade anônima, a assembleia da associação ou o conselho deliberativo da fundação. Do mesmo modo, o conselho fiscal da associação ou da sociedade e a diretoria da fundação não podem ingressar em juízo contra quem quer que seja. É claro que os membros dos órgãos estruturais das pessoas jurídicas podem defender seus direitos derivados dessa condição. A conselheira fiscal que for impedida por um diretor de exercer as funções próprias de seu cargo pode demandar a pessoa jurídica da associação ou a pessoa física do diretor. Mas estarão agindo em nome próprio, como sujeitos de direito. Em nenhum caso, o órgão *conselho fiscal* litigará com o órgão *diretoria*.

Cada estatuto (ou contrato social) estrutura os órgãos da respectiva pessoa jurídica, atendendo aos limites traçados pela lei. Pode variar, por isso, a estruturação de cada associação, sociedade ou fundação em particular. Em termos gerais, porém, costuma existir um órgão de representação (ou administração) e um de deliberação.

O órgão de representação costuma ser designado *diretoria* e é integrado por um ou mais *diretores*. Nada impede, porém, o emprego de outras designações, como *administradores*, por exemplo. São os membros desse órgão os assim chamados “representantes legais” da pessoa jurídica, encarregados de assinar contratos, cheques, títulos e outros documentos em nome dela (a rigor, não a

representam, mas fazem-na *presente* nos atos e negócios jurídicos — Cap. 10, item 6.1). Os atos por eles praticados em nome da pessoa jurídica vinculam-na, desde que exercidos os poderes de representação nos limites definidos pelo estatuto ou contrato social (CC, art. 47). De fato, o ato constitutivo normalmente discrimina as funções (poderes, atribuições ou competência) de cada diretor ou administrador. Nos atos de menor importância, assim os definidos pelo estatuto ou contrato social, a pessoa jurídica é normalmente representada por um só diretor; nos de maior importância, por dois diretores. Se não houver discriminação de poderes no estatuto, qualquer diretor isoladamente pode representar a pessoa jurídica (CC, art. 1.013; LSA, art. 144). A observância desses preceitos do ato constitutivo é condição para considerar-se a pessoa jurídica obrigada.

A administração da pessoa jurídica fica a cargo do órgão de representação, que pode, para desincumbir-se dessa tarefa, atuar de modo coletivo, se assim previsto no estatuto. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões serão tomadas pela maioria de votos dos diretores presentes à reunião (CC, art. 48).

O órgão de deliberação costuma ser designado, nas associações e sociedades, por *assembleia*, e é integrado normalmente por todos os associados ou sócios; nas fundações, é o *conselho curador* ou *deliberativo*, com a composição estabelecida pelo estatuto. É o órgão máximo na estrutura da pessoa jurídica e tem, além da competência privativa estabelecida por lei (CC, art. 59; LSA, art. 122), a de autorizar a prática de atos de grande importância, segundo o que dispuser o estatuto. Em geral, a alienação ou oneração de bens imóveis, a contratação de empréstimos acima de certo valor e outras decisões relevantes são reservadas estatutariamente a esse órgão. Trata-se normalmente de colegiado, em que as decisões são tomadas por maioria de votos.

Entre o órgão de representação, de um lado, e o de deliberação, de outro, pode a estrutura da pessoa jurídica contar com outros órgãos. Quando conveniente em razão da complexidade ou dimensão dos interesses envolvidos, o estatuto ou contrato social pode prever a existência de um órgão deliberativo intermediário, normalmente designado por *conselho de administração*. Comum, também, é a existência de órgão de fiscalização, que auxilia os membros do órgão de deliberação máximo na votação das contas dos diretores e administradores. Ele é designado *conselho fiscal*.

A formação e manifestação da vontade da pessoa jurídica resulta de deliberações ou ações de homens e mulheres, na condição de participantes de órgãos estruturais dela. A disciplina dessas deliberações e ações encontra-se no ato constitutivo da pessoa jurídica (estatuto ou contrato social).

Na formação da vontade da pessoa jurídica impera o *princípio majoritário*. Em razão dessa regra, a vontade da pessoa jurídica é a da maioria dos membros do órgão investido de competência para formá-la ou expressá-la. Se a maioria dos associados presentes à assembleia do clube aprova o aumento da contribuição associativa, esta passa a ser a vontade da pessoa jurídica, à qual se submetem os demais associados (os que votaram vencidos e os que não compareceram à assembleia).

O princípio majoritário é conquista da organização democrática. Quando se trata de interesse comum a determinado conjunto de pessoas, a vontade da maioria destas deve prevalecer sobre a da minoria. A escolha dos governantes, em estados democráticos de direito como o Brasil, é feita por sufrágio universal. O candidato escolhido pela maioria dos eleitores será, durante o mandato, o governante de todos os cidadãos, inclusive dos que não votaram nele. Ao ser transposto do plano da organização política para o das relações internas das pessoas jurídicas de direito privado, o princípio majoritário altera-se em alguns aspectos. Em primeiro lugar, o estatuto sempre pode limitar a predominância da vontade da maioria, seja estabelecendo que determinadas deliberações, por sua importância, só poderão ser adotadas pela *unanimidade* dos integrantes do órgão, seja atribuindo a um deles o poder de veto. Além disso, nas pessoas jurídicas de fins econômicos, cada integrante participa da deliberação com quantidade de votos, em princípio, proporcional à contribuição dada para o capital social. Considera-se que a maioria, nesse caso, não deve ser fundada nos mesmos princípios da organização democrática, mas na dimensão do risco assumido por cada sócio.

Na formação da vontade da pessoa jurídica de fins não econômicos, não havendo regra diversa no ato constitutivo, observa-se o princípio majoritário. A vontade da pessoa jurídica será a da maioria dos membros do órgão estatutariamente competente para formá-la e expressá-la. Na da pessoa jurídica de fins econômicos prevalece, como regra, a vontade do sócio ou sócios que mais investiram na constituição do capital social.

Para encerrar, destaque-se que quem negocia ou contrata com uma pessoa jurídica deve prestar atenção ao disposto no estatuto ou contrato social desta. Apenas com a observância dos preceitos estatutários ou contratuais, forma-se e expressa-se validamente a vontade da pessoa jurídica. Imagine que o estatuto de uma sociedade anônima estabelece que nenhum contrato acima de determinado valor pode ser assinado pela diretoria sem a prévia aprovação da assembleia geral. Se um banco celebra com essa sociedade contrato de financiamento acima de tal valor, e, negligenciando na verificação do exato atendimento dos requisitos estatutários para o ato, deixa de solicitar cópia da ata da assembleia em que a operação teria sido aprovada, considera-se (caso esse órgão não tenha aprovado a operação) que a vontade da pessoa jurídica não foi regular e validamente formada e manifestada. Em suma, a sociedade anônima não se obrigou perante o banco. Quer dizer, ela deverá restituir o valor emprestado com atualização monetária, para não enriquecer indevidamente, mas os acréscimos contratados não lhe são exigíveis.

7. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

As pessoas jurídicas são de direito privado, como visto, quando se submetem ao regime jurídico de direito privado, que é pautado na igualdade dos sujeitos e autonomia da vontade. Não é relevante, assim, para determinar a classificação da pessoa jurídica a origem dos recursos empregados em sua constituição. Em outros termos, há algumas pessoas jurídicas de direito privado constituídas por recursos *públicos* (isto é, os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, arrecadados e empregados de acordo com as regras do direito financeiro). De fato, se qualquer um dos entes da Federação — associando-se, ou não, a outro ente ou mesmo a particulares — constitui uma pessoa jurídica, ao dotá-la de capital ou patrimônio, emprega nela necessariamente recursos públicos.

São pessoas jurídicas de direito privado constituídas, no todo ou em parte, por recursos públicos as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista* e as *fundações governamentais*. Denominam-se essas pessoas jurídicas *estatais*. Elas, embora resultantes de recursos públicos (conjugados com recursos de particulares, ou não), submetem-se ao regime jurídico de direito privado. Seu estudo, de qualquer modo, é feito no âmbito do direito administrativo. O direito privado ocupa-se das pessoas jurídicas constituídas exclusivamente por recursos de particulares, cabendo ao direito civil o exame das associações, fundações e

sociedades simples, e ao direito comercial, o das sociedades empresárias. Das organizações religiosas e partidos políticos cuidam outros ramos jurídicos, como o constitucional e o eleitoral.

7.1. Associações

A associação é a pessoa jurídica em que se reúnem pessoas com objetivos comuns de natureza não econômica. Sempre que um conjunto de pessoas, físicas ou jurídicas, descobrem-se em torno de um mesmo interesse, podem melhor realizá-lo unindo seus esforços. A constituição de uma associação dá mais força a cada uma delas, porque propicia a estrutura apta a racionalizar os recursos empregados na realização do objetivo comum. A Associação de Amigos de Bairro, por exemplo, destina-se a prover aos seus associados melhoria nas condições de segurança urbana da região, bem como servir de porta-voz dos anseios da comunidade perante os órgãos públicos. O Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), outro exemplo, foi constituído por empresas e profissionais ligados à atividade publicitária com o objetivo de julgarem, à luz do código de auto-regulamentação do setor, os anúncios veiculados em TV, rádio, jornal e outros meios, coibindo a publicidade antiética. Em cada *shopping center*, terceiro exemplo, os locatários das lojas são contratualmente obrigados a se filiar à respectiva Associação de Lojistas, incumbida de realizar campanhas promocionais em certas épocas do ano (Natal, Dia das Mães, Dia das Crianças etc.).

Algumas expressões são tradicionalmente empregadas na denominação da associação em função dos seus fins. Assim, é comum chamá-la de *instituto*, quando tem natureza cultural; de *clube*, quando seus objetivos são esportivos, sociais ou de lazer; de *academia de letras*, quando reúne escritores; de *centro acadêmico*, quando congrega estudantes de determinado curso universitário.

7.1.1. Constituição e dissolução

As pessoas que desejam constituir uma associação devem reunir-se em assembleia para expressar essa vontade convergente, bem como para votar o estatuto. A ata da assembleia de fundação, assinada pelos presentes, em que se transcreve o estatuto deve ser encaminhada, em duas vias, ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para início da existência legal da associação (Lei n. 6.015/73, art. 121). O estatuto deve obrigatoriamente conter cláusulas sobre os seguintes tópicos: *a*) denominação, fins e sede da associação; *b*) requisitos para a

admissão, demissão e exclusão dos associados; *c*) direitos e deveres dos associados; *d*) fontes de recursos para a manutenção da associação; *e*) modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos; *f*) condições para a alteração de seus dispositivos; *g*) dissolução da associação; *h*) forma de gestão administrativa e de aprovação das contas dos administradores (CC, art. 54); *i*) o *quorum* necessário para deliberação das matérias privativas da assembleia geral — a saber: destituição de administradores e alteração do estatuto — e os critérios para eleição dos administradores (art. 59, parágrafo único).

As condições para se dissolver a associação são as estabelecidas pelo estatuto. Normalmente, submete-se a deliberação dissolutória à aprovação de expressiva quantidade de associados (2/3, por exemplo), reunidos em assembleia convocada especificamente para tratar desse assunto. Deliberada a dissolução, segue-se a liquidação e, em seguida, o cancelamento do registro.

Constitui-se a associação pela inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, de duas vias do estatuto, normalmente transcrito na ata da assembleia de fundação assinada pelos associados que a criaram. A dissolução é aprovada pelos associados, de acordo com as normas estatutárias.

A lei regula a destinação do acervo patrimonial resmanescente da liquidação. Se a participação dos associados lhe assegurava quota ou fração ideal no patrimônio da associação, o acervo remanescente será inicialmente destinado à restituição do valor correspondente. Não sendo este o caso, ou atendidos os direitos dos associados, o patrimônio que remanescer será destinado a outra entidade de fins não econômicos. A beneficiária será a designada pelo estatuto ou, em caso de omissão deste, uma instituição municipal, estadual ou federal, de fins iguais ou semelhantes, escolhida pelos associados. Não existindo no Município, Estado, Distrito Federal ou Território em que se encontra sediada a pessoa jurídica dissolvida nenhuma entidade em condições de ser a destinatária do seu acervo patrimonial, este pertencerá ao Estado da sede da associação (ou ao Distrito Federal, se neste for sediada; ou à União, se a sede se localizar em Território). Em qualquer caso, poderão os associados, antes de destinar o acervo remanescente à entidade beneficiária, ressarcir-se das contribuições que tiverem feito ao patrimônio da associação (CC, art. 61 e seus parágrafos).

7.1.2. Direitos e deveres dos associados

É direito constitucionalmente assegurado o da liberdade de associação. Ninguém pode, assim, ser obrigado a se associar ou a permanecer associado (CF, art. 5º, XX). O ingresso numa associação, portanto, é ato de plena liberdade do associado. Mas, ao entrar, por sua vontade, numa associação, a pessoa não só passa a titularizar os *direitos* de associado como também os *deveres*. Por exemplo, passa a usufruir dos serviços prestados pela associação exclusivamente a seus associados, mas assume, por outro lado, a obrigação de pagar as contribuições necessárias à manutenção da pessoa jurídica, bem como a de respeitar o estatuto e obedecê-lo. Não há, note-se, entre os associados, nenhum direito ou obrigação recíprocos (CC, art. 53, parágrafo único), mas somente entre eles e a associação.

Os direitos e deveres dos associados estão definidos no estatuto. Este pode reservar para uma ou mais categorias de associados certas vantagens especiais. É comum, por exemplo, nos estatutos dos clubes, encontrar a classificação dos associados em *fundadores*, *efetivos*, *honorários*, *remidos* etc. Na verdade, a cada categoria corresponde um conjunto de vantagens (dispensa do pagamento da contribuição associativa ou assento permanente no conselho diretor) ou de restrições (inexistência do direito de voto nas assembleias), especificadas aquelas e estas no ato constitutivo. Entre os associados da mesma categoria, porém, não pode haver discriminação; todos titularizam, perante a associação, os mesmos direitos (CC, art. 55).

Nenhum associado pode ser impedido de exercer os direitos que titulariza em razão de sua qualidade, a não ser nos casos especificados pelo estatuto (CC, art. 58). Assim, estabelecendo este que associados de todas as categorias têm direito de voto na assembleia, a mesa diretora dos trabalhos não pode negar-se a receber a manifestação regular e tempestiva de um deles presente ao evento. Mas, se o estatuto convenciona que só pode exercer o direito de voto na assembleia o associado que estiver em dia com o pagamento da contribuição associativa, é claro que a mesa diretora dos trabalhos pode, com esse fundamento, desconsiderar o voto de um membro inadimplente. De qualquer forma, o associado pode socorrer-se do Poder Judiciário para ver respeitados, pela associação ou por seus órgãos, os direitos estatutários que titulariza.

À qualidade de associado corresponde um conjunto de direitos e deveres perante a associação, definidos e delimitados pelo estatuto. O associado pode assegurar o exercício de seus direitos estatutários, inclusive por meio de medida judicial. E pode ser penalizado, em alguns casos, até mesmo com a expulsão da associação, se não cumprir seus deveres estatutários.

O associado que descumpre um dever estatutário pode sofrer as sanções especificadas no estatuto, que normalmente variam da simples advertência (nas infrações menos graves) à suspensão temporária e mesmo expulsão (nas mais graves). Para assegurar a harmonia entre os membros da associação, a lei prevê que cabe a expulsão (ou exclusão, mesma coisa) do associado que infringe regra de convivência estabelecida pela pessoa jurídica. Em qualquer caso, porém, a expulsão só se admite havendo justa causa e garantido o direito ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV; CC, art. 57). O procedimento para imposição dessa e de outras penalidades ao associado deve ser disciplinado no estatuto.

Em princípio, a qualidade de associado (com os direitos e deveres que lhe correspondem) é *intransferível*. Ela não se transfere nem mesmo se a participação na pessoa jurídica importa a titularidade de quota ou fração ideal do patrimônio social. Para que seja transferível a qualidade de associado é necessário que o estatuto estabeleça a transferibilidade, fixando as condições em que pode ocorrer (CC, art. 56 e parágrafo único). O título patrimonial do clube, por exemplo, só é transmissível, seja por ato entre vivos ou por morte, se o estatuto assim prevê e nas condições que dispuser.

7.1.3. Assembleia geral dos associados

A assembleia dos associados é o órgão de deliberação máximo da associação. Trata-se de uma reunião sujeita a diversas formalidades, para se considerarem válidos os trabalhos e deliberações havidas. A competência da assembleia dos associados é estabelecida no estatuto, que costuma reservar-lhe a apreciação das matérias mais relevantes. A lei, porém, com o objetivo de tutelar determinados interesses dos associados e da própria associação, lista os assuntos acerca dos quais apenas a assembleia geral pode deliberar. O estatuto não pode atribuir a discussão e votação desses temas a outros órgãos da estrutura da associação. Aliás, nem os associados reunidos em assembleia podem delegar a competência legalmente definida como privativa desse órgão.

Desse modo, compete privativamente à assembleia geral destituir os membros do órgão de representação da associação, isto é, seus administradores e alterar o

estatuto. O quórum de instalação e de deliberação bem como os critérios para a eleição dos administradores devem ser disciplinados em cláusulas estatutárias (CC, art. 59 e parágrafo único).

A assembleia é, assim, o órgão em que os associados exercem alguns de seus principais direitos (ou seja, os direitos à voz e voto na definição de regras fundamentais do funcionamento da associação). Para assegurá-los, a lei prescreve que a convocação da assembleia geral, bem como dos demais órgãos deliberativos, poderá ser feita por 1/5 dos associados, mesmo que não prevista especificamente essa competência no estatuto (CC, art. 60). A alteração do estatuto e a destituição dos administradores são matérias que, em vista da sua enorme importância, só a assembleia geral tem competência para votar. Nenhum estatuto de associação pode atribuir a apreciação de tais matérias a outro órgão deliberativo, como o conselho de administração ou consultivo, por exemplo. O estatuto deve estabelecer o *quorum* para a votação pela assembleia geral de matéria de sua competência privativa (art. 59 e parágrafo único).

7.2. Sociedades

As sociedades são pessoas jurídicas de fins econômicos. O que aproxima os sócios é unicamente o objetivo de fazerem dinheiro por meio da exploração em conjunto de uma atividade econômica. Nenhuma outra razão influencia o ânimo de manter a sociedade (a *affectio societatis*).

Quando duas ou mais pessoas identificam a oportunidade de ganhar dinheiro fazendo algo juntas, não precisam necessariamente constituir uma sociedade. Há outros instrumentos legais, de natureza contratual, que possibilitam alcançar esse mesmo desiderato, mas sem as implicações específicas da criação de uma pessoa jurídica. Imagine que *Antonio* e *Benedito* são arquitetos com pendores diferentes. *Antonio* é particularmente feliz nos projetos que faz, mas se atrapalha todo ao tentar gerenciar sua execução, enquanto *Benedito* não é criativo, mas tem grande capacidade gerencial. Ao se conhecerem, percebem que podem complementar, com suas habilidades específicas, o trabalho um do outro. Não precisam, de imediato, formar uma sociedade. Aliás, não devem. Convém que comecem desenvolvendo alguns serviços em parceria, mas conservando cada qual seu próprio escritório de arquitetura. Estarão já atingindo o objetivo de fazer dinheiro com a exploração de atividades conjuntas, mas ainda não serão integrantes de uma sociedade. Se não frutificar a atuação conjunta, não terão perdido os investimentos reclamados pela criação da pessoa jurídica, nem precisarão dissolvê-la e administrar os potenciais conflitos despertados pela

necessidade de partilhar os bens sociais. Na medida, porém, em que veem frutificar a atuação conjunta, conhecem-se melhor, em suas virtudes e defeitos, e passam a nutrir recíproca confiança, *podem*, com vistas à racionalização de despesas e ampliação das oportunidades de negócio, formar uma sociedade de arquitetos.

As sociedades, como já dito, podem ser *empresárias* ou *simples*, de acordo com a forma como é organizada a exploração da atividade econômica. Se esta é explorada pela forma empresarial, isto é, com a articulação dos quatro fatores de produção (capital, mão de obra, insumo e tecnologia), considera-se *empresária* a pessoa jurídica da sociedade. Banco, supermercado, hospital, concessionária de revenda de automóveis, empresa de transporte aéreo e outros tantos empreendimentos, quando explorados por pessoa jurídica, são sociedades *empresárias*. Quando ausentes os elementos caracterizadores da empresa, porém, a sociedade é *simples*. As atividades econômicas de natureza intelectual, como as artísticas, científicas ou literárias, ainda que exercidas em sociedade com o concurso de colaboradores, não se consideram empresarialmente exploradas (CC, art. 966, parágrafo único). No exemplo acima, *Antonio* e *Benedito* constituem uma sociedade *simples*, já que o objeto social é a exploração de atividade econômica de natureza intelectual.

As sociedades podem ser de duas espécies: simples *ou* empresárias*. As simples exploram atividade econômica desprovida de empresarialidade. Já as empresárias organizam a exploração da atividade econômica como empresa, isto é, por meio da articulação dos fatores de produção: capital, mão de obra, insumo e tecnologia.*

Como também antes mencionado, as sociedades empresárias são estudadas pelo direito comercial (Coelho, 1998, v. 2). O direito civil ocupa-se somente das sociedades simples, e, neste *Curso*, serão examinadas junto com os contratos (v. 3).

7.3. Fundações

Fundação é a pessoa jurídica resultante da afetação de um patrimônio a determinada finalidade. Ela não possui, propriamente, membros ou integrantes, já que não resulta da união de esforços pessoais para atingir certo objetivo. O instituidor, pessoa física ou jurídica, destaca de seu patrimônio alguns bens e

vincula a administração e os frutos desses bens à realização de objetivos que gostaria de ver realizados. Essa vontade do instituidor, de afetar aqueles bens aos fins eleitos, agrega-se indelevelmente à fundação, mesmo após sua morte (se pessoa física) ou dissolução (se pessoa jurídica). Mas o instituidor não é membro da fundação como são os associados em relação à associação ou os sócios em relação à sociedade.

Quando o advogado e jornalista Cásper Líbero faleceu em acidente aéreo, em 1943, em razão de disposição testamentária, bens de seu patrimônio foram destinados à instituição da "Fundação Cásper Líbero", cujos objetivos são os de manter veículos jornalísticos (TV, rádio, jornal, internete) e uma faculdade de comunicação. Da mesma forma, quando, nos anos 1970, o Estado de São Paulo instituiu a "Fundação Prefeito Faria Lima", manifestou, por meio de lei estadual, a vontade de vincular a administração dos bens dotados a essa pessoa jurídica à prestação de diversos serviços de suporte aos municípios paulistas. Igualmente, quando, em 1986, diversas pessoas preocupadas em defender o remanescente da Mata Atlântica instituíram a "Fundação S.O.S. Mata Atlântica", vincularam os bens com os quais contribuíram para a formação dessa pessoa jurídica à realização daquela finalidade de preservação ambiental. Veja que nos três casos trazidos a exemplo, como de resto em qualquer outra fundação, o instituidor (ou instituidores), pessoa física ou jurídica, aliena de seu patrimônio alguns bens e os transfere para a pessoa jurídica em constituição. Dessa forma, não pertencendo mais ao patrimônio do instituidor, os bens em questão ficam vinculados à realização das finalidades da fundação. A fundação, assim, resulta desse ato de afetação de certos bens aos fins definidos pelo instituidor.

Ao contrário das associações e sociedades, em que pessoas com objetivos comuns unem seus esforços para alcançá-los, as fundações resultam da afetação, por vontade de seu instituidor, de certos bens à realização de finalidades não econômicas.

Os fins da fundação são sempre não econômicos. Especificamente, ela só pode ter finalidade religiosa, moral, cultural ou de assistência (CC, art. 62, parágrafo único). Isso não significa, porém, que as fundações não podem ter lucro com as atividades que desenvolvem. Pelo contrário. Na verdade, a fundação normalmente só poderá cumprir seus objetivos se gerar receita líquida

com a administração dos bens de seu patrimônio. Para bem situar a questão, deve-se, na verdade, distinguir entre o lucro como *fim* e como *meio*. Sem lucro, nenhuma atividade é promissora no sistema capitalista. As sociedades, por buscarem fins econômicos, *têm* o lucro como fim, ao passo que as associações e fundações, por buscarem fins não econômicos, *podem ter* o lucro como meio. A Igreja Católica, ao instituir, em 1946, a "Fundação São Paulo", mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), não tinha o objetivo de lucrar com a prestação de serviços de educação superior. A finalidade básica da iniciativa era a de buscar a formação de profissionais orientada pela visão católica do mundo. Mas, no sistema capitalista de produção, não é possível manter qualquer instituição de ensino sem lucro, isto é, sem que o total recebido em razão do pagamento das taxas escolares pelos alunos *supere* os gastos com a prestação do serviço. Ou seja, sempre que não for possível à fundação cumprir sua finalidade não econômica sem se valer do lucro como meio, nada impede que ela explore atividade lucrativa compatível com seus objetivos.

A vontade do instituidor, manifestada por uma forma específica, é que institui a fundação. Essa vontade a acompanhará por toda a sua existência, procurando a lei preservá-la por meio de diversos preceitos, como, por exemplo, a vedação de alterações estatutárias que desvirtuem as suas finalidades declaradas em seu ato institucional (item 7.3.1) e a fiscalização pelo Ministério Público (item 7.3.2).

7.3.1. Instituição da fundação

A instituição da fundação é feita por escritura pública (ato entre vivos) ou por testamento (ato de efeitos condicionados à morte do testador). Por qualquer uma dessas formas, o instituidor discrimina os bens livres de seu patrimônio que deseja transferir para a pessoa jurídica e especifica o fim a que a dotação se destina. Pode, também, se quiser, estabelecer como a fundação deve ser administrada, para que os objetivos especificados se cumpram. No documento de instituição, o instituidor pode estipular as bases do funcionamento da fundação e deve indicar a pessoa ou pessoas encarregadas de proceder à formação do novo sujeito de direito. Será da responsabilidade delas providenciar a inscrição do estatuto da fundação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, bem como o cadastro desta no CNPJ e a sua matrícula no INSS.

O estatuto da fundação pode ser estabelecido já pelo instituidor, o que é o mais comum. Não o fazendo, porém, caberá sua elaboração à pessoa ou pessoas encarregadas por ele de viabilizar a formação da nova pessoa jurídica, obedecidas as bases constantes do instrumento de instituição. O estatuto deve

conter cláusulas sobre: *a*) a denominação, os fins e a sede da fundação; *b*) o prazo de duração; *c*) o modo como a fundação é administrada e representada; *d*) os órgãos da estrutura fundacional, com as respectivas composições e competências. Sem esses dados, não será suscetível de registro (Lei n. 6.015/73, art. 120).

Institui-se a fundação com a inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, do seu estatuto, elaborado pelo próprio instituidor ou pela pessoa por ele designada para viabilizar a constituição da nova pessoa jurídica. A alteração do estatuto não pode contrariar ou desvirtuar as finalidades da fundação.

Para a alteração do estatuto da fundação, é necessário o voto de 2/3 dos membros do seu órgão de representação, além do atendimento de outras condições eventualmente estabelecidas no próprio estatuto. Veda a lei, porém, qualquer mudança estatutária que contrarie ou desvirtue as finalidades da fundação, uma vez mais garantindo o respeito à vontade do instituidor.

Quando forem insuficientes os bens dotados pelo instituidor, para a criação da fundação, determina a lei que sejam incorporados em outra fundação de finalidade igual ou semelhante, a menos que o instituidor tenha disposto, na escritura pública ou no testamento, de maneira diversa — respeitando-se, também aqui, a vontade da pessoa que pretendia instituí-la (CC, art. 63).

7.3.2. Fiscalização do Ministério Público

Por princípio, deve-se respeitar a vontade do instituidor da fundação. Ele, ao criá-la, despojou-se de bens para ver atendidas determinadas finalidades. Não se sabe se os teria alienado de seu patrimônio para fins diversos; presume-se que não. Enquanto viver o instituidor e mesmo após sua morte, procura a lei garantir que a vontade dele seja sempre respeitada. Trata-se de respeito ao direito de propriedade em termos absolutos; um resquício da visão individualista presente nos códigos oitocentistas, cuja pertinência à realidade econômica e social dos nossos tempos é altamente questionável, inclusive sob o ponto de vista da constitucionalidade.

Com esse espírito, porém, incumbiu a lei ao Ministério Público velar pelas fundações, inclusive no sentido de fiscalizar o respeito à vontade do instituidor. Isto é, uma vez fixadas as finalidades da pessoa jurídica, os seus bens devem ser

administrados tendo em vista unicamente a realização delas. Se a administração da fundação estiver sendo direcionada à realização de fins diversos dos indicados pelo instituidor, o Ministério Público deve adotar as providências para coibição do desvio de finalidades. O administrador será responsabilizado pelos prejuízos materiais, se houver, e morais. Note-se que, mesmo não estando este se locupletando, ou incorrendo em irregularidade, e ainda que altruístas as finalidades para as quais redirecionou a fundação, o Ministério Público não pode deixar de coibir a iniciativa, porque sua função é a de proteger a vontade manifestada pelo instituidor.

O Ministério Público tem a incumbência legal de velar pelas fundações, fiscalizando se a vontade do instituidor está sendo respeitada pelos administradores do patrimônio fundacional.

Qualquer alteração no estatuto da fundação depende de aprovação do Ministério Público. Se a alteração não tiver sido aprovada pela unanimidade dos membros do órgão de representação da fundação, os que votaram vencidos poderão impugná-la (CC, art. 68). Concedida a autorização para a mudança no estatuto, será o ato levado ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas para que comece a viger. Indeferida a autorização pelo Ministério Público, pode a fundação recorrer ao Judiciário. Se o juiz considerar que não importa a alteração nenhum desrespeito à vontade do instituidor, sua decisão suprirá a autorização negada (CC, art. 67, III).

O Ministério Público é competente, também, para promover a *extinção* da fundação, sempre que tornada ilícita, impossível ou inútil sua finalidade, ou se vencido o prazo de duração. Extinta, seu patrimônio deverá ser incorporado a outra pessoa jurídica dessa espécie, com finalidade igual ou semelhante, designada pelo juiz. A extinção mediante incorporação em fundação congênere pode também ser decretada pelo juiz a pedido de qualquer interessado. Atente-se que tal extinção é um modo específico de encerramento de sua personalidade jurídica. O fim da personificação da fundação pode decorrer, também, da dissolução e liquidação — como ocorre com as associações e sociedades —, mas desde que haja específica previsão no estatuto (CC, art. 69).

8. ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS

(ONGS)

Ao longo do século XX, o estado capitalista passou a desempenhar novas funções. Anteriormente, como reflexo das concepções liberais, limitava-se a zelar pela ordem pública, administrar a justiça, cuidar das relações internacionais, promover a guerra, selar a paz, assegurar o desenvolvimento do comércio e indústria e algumas outras funções de natureza "policial". A ideia de que o estado deveria garantir ao seu povo saúde, educação e previdência social soaria deveras estranha aos cidadãos de meados do século XIX. Foi o fortalecimento e difusão de movimentos de inspiração marxista — expressos, inclusive, na organização de diversos estados socialistas, o primeiro a partir da Revolução Russa de 1917 — que forçou o estado capitalista a assumir o perfil provedor. Até o fim da guerra fria, diante do confronto entre os dois grandes modelos de organização econômica, política e social, o capitalismo sustentou o estado provedor como pôde. Naturalmente, nos seus países centrais fê-lo com mais recursos e eficiência do que nos periféricos. Com a desarticulação do modelo socialista, historicamente simbolizada pela queda do muro de Berlim em 1989, desapareceu o confronto, e uma irrefreável vaga reliberalizante se espalhou pelo planeta. Um pouco pela perda de sua capacidade econômica e um pouco pelo fim do risco imediato de enfrentamento, o estado capitalista tem procurado desvencilhar-se, o quanto pode, das funções não policiais.

Nesse cenário, surgem as ONGs. Elas costumam apresentar-se como produto da articulação do "terceiro setor", conceito político de remoto enraizamento gramsciniano, que evoca o distanciamento de iniciativas da sociedade civil tanto em relação ao estado ("primeiro setor") como ao mercado ("segundo setor"). As ONGs se consideram, em outras palavras, entidades organizadas por particulares para atendimento de interesse público. Já que o estado não demonstra mais capacidade ou disposição para prover saúde, educação, assistência e previdência social nos moldes esperados pelos usuários desses serviços, grupos de cidadãos voluntários podem organizar-se com a intenção de atender parcialmente a expectativa, sem o intuito de lucrar com a atividade.

As Organizações Não Governamentais (ONGs) são entidades organizadas por particulares cujo objeto atende ao interesse público. Constituem-se como associações ou fundações, já que não têm finalidades econômicas.

Do ponto de vista jurídico, a ONG deve constituir-se como *associação* ou *fundação*. Não se admite que uma *sociedade* seja a forma da ONG, tendo em vista a finalidade econômica inerente a essa espécie de pessoa jurídica. Na constituição e funcionamento da ONG, observam-se as normas aplicáveis a qualquer outra pessoa jurídica da mesma espécie. Não há, no plano do direito civil, nenhuma especificidade. Mas, para atuar em parceria com o Poder Público, a ONG deve qualificar-se junto ao Ministério da Justiça como "organização da sociedade civil de interesse público" (OSCIP), nos termos da Lei n. 9.790/99. A inexistência de finalidade lucrativa, para essa qualificação da ONG, prova-se pela aplicação exclusivamente na consecução de seu objetivo da totalidade da receita gerada por suas atividades, proibida a distribuição de excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do patrimônio a seus integrantes (associados), membros de órgãos de deliberação (conselheiros) ou representação (diretores), empregados ou doadores.

9. DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Os direitos que a pessoa física *necessariamente* titulariza — à vida, imagem, honra, nome, corpo e outros — costumam ser catalogados como *direitos da personalidade* (Cap. 7, item 4). São direitos de tal forma ligados à pessoa natural que os titulariza que se poderia considerar a condição de ser humano como indispensável para ostentá-los e exercê-los. Não é assim, porém. A lei dispõe que a proteção dos direitos da personalidade se aplica, no que couber, às pessoas jurídicas (CC, art. 52).

Certos direitos da personalidade decididamente não cabem nas pessoas morais. O direito à vida ou ao corpo são exclusividades das pessoas humanas, pelo simples fato de que somente elas vivem e são corporificadas. Não é possível, nesse campo, nenhum esforço de extensão conceitual. Não se pode, por exemplo, afirmar que à vida humana corresponderia, na pessoa jurídica, o tempo entre a inscrição dos atos constitutivos no órgão próprio e o cancelamento do registro, com o intuito de sustentar um pretenso direito de a pessoa jurídica não ser dissolvida ou extinta. Não se pode, também, considerar que ao corpo humano corresponderiam, na pessoa jurídica, os documentos de constituição, com o objetivo de reclamar a restituição do original e de todas as cópias, após o

cancelamento do registro.

Os direitos da personalidade que cabem nas pessoas jurídicas têm por objeto o nome, imagem, vida privada e honra.

Em relação ao nome, deve-se, inicialmente, distinguir sua proteção enquanto direito à personalidade de outras regras de tutela. A designação adotada por uma sociedade empresária (nome empresarial) está, com efeito, protegida contra imitações. A lei estabelece que o registro da sociedade empresária na Junta Comercial assegura-lhe o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado (CC, art. 1.166), admitida a extensão da proteção, a pedido dela perante as Juntas Comerciais dos demais Estados da Federação, com vistas a assegurar a exclusividade do uso em âmbito nacional (Coelho, 1998, 2:181/182). Se, em Santa Catarina, uma sociedade empresária adota a designação de *Indústria Florianópolis S.A.*, nenhuma outra, naquele Estado, poderá empregar o núcleo de identificação dessa denominação ("Florianópolis") no seu nome empresarial. A proteção do direito à exclusividade de uso do nome empresarial registrado não se confunde com a do mesmo nome enquanto direito da personalidade.

Quando a lei estende ao nome da pessoa jurídica a proteção dos direitos da personalidade, isso significa que ninguém pode inseri-lo em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória (CC, art. 17), nem usá-lo, sem autorização, em propaganda comercial (CC, art. 18). Note que os casos abrangidos pela proteção do nome como direito da personalidade são diversos dos referidos pela tutela do direito à exclusividade de seu uso. Não se confunde o nome da pessoa jurídica com as marcas de sua titularidade. Se aquele pode ser visto como um atributo da pessoa jurídica merecedor de classificação entre os direitos extrapatrimoniais, as marcas, a seu turno, são inegavelmente *bens industriais* integrantes do patrimônio dela e sujeitos à proteção específica da Lei de Propriedade Intelectual (Lei n. 9.729/96).

Em relação ao direito à imagem, deve-se inicialmente considerar que é extensível à pessoa jurídica a proteção como direito da personalidade tanto da *imagem-retrato* como da *imagem-atributo*. Desse modo, a pessoa jurídica pode impedir que representações de espaços físicos que a identificam de modo particular sejam usadas contra os seus interesses. Uma associação beneficente pode obstar, por exemplo, a divulgação pela imprensa da fotografia de sua sede administrativa, na qual ela é claramente identificada, se a reprodução ocorrer em contexto prejudicial aos seus interesses e desde que inexistente qualquer relevância jornalística. Também pode a pessoa jurídica famosa impedir que o

conjunto de atributos a ela associado pelo imaginário popular seja explorado por terceiros. A fundação que leva o nome de famoso desportista e é respeitada pelo trabalho que desenvolve junto a crianças carentes tem direito patrimonial sobre sua imagem-atributo. Imagine-se que adquira, regularmente, para as crianças que atende roupas de determinada marca. O fabricante dessas roupas não pode fazer propaganda de seus produtos afirmando que a fundação os adquire sem a autorização desta. Mesmo sendo verdade o fato veiculado, cabe impedir tal propaganda, pois está o fabricante explorando comercialmente a imagem-atributo da fundação.

A proteção dos direitos da personalidade aplica-se, no que couber, à pessoa jurídica. Tal como as pessoas naturais, as associações, fundações e sociedades têm direito de impedir agravos ao seu nome, privacidade, imagem e honra, bem como de serem indenizadas pelos prejuízos materiais e morais decorrentes.

A pessoa jurídica tem também direito à privacidade. As informações não públicas a seu respeito que ela não deseja ver difundidas integram sua vida privada. As movimentações em suas contas bancárias, as planilhas de custo de seus produtos ou serviços, as perdas ou ganhos específicos das promoções que realiza são exemplos de informações que normalmente uma sociedade não quer que sejam conhecidas.

O direito à proteção da privacidade é mais abrangente que o relacionado à repressão da concorrência desleal por exploração de segredo de empresa. A pessoa jurídica pode impedir a difusão de informações não públicas que reputa privadas, mesmo que não exista exploração econômica ou vantagem de qualquer espécie por terceiros.

Em relação ao direito à honra, restringe-se a proteção à objetiva (reputação), já que a pessoa jurídica, desprovida de corpo e seus humores, não consegue nutrir sentimentos de autoestima. Confunde-se, por conseguinte, com a proteção à imagem-atributo como direito extrapatrimonial. Para fins de harmonizar a convivência em sociedade, considera-se que as opiniões negativas e as narrativas de fatos que depreciam a reputação da pessoa jurídica (salvo dos que configuram crime) não podem ser externados, ainda que fundamentadas aquelas e verdadeiras estas.

O protesto indevido de títulos sacados contra pessoa jurídica tem sido

considerado, pela jurisprudência, como lesão ao seu direito à honra objetiva. De fato, o protesto indevido importa agravo à reputação da pessoa que consta como protestada, já que sugere impontualidade, desonestidade ou, pelo menos, dificuldade de honrar compromissos. Nesses casos, a pessoa jurídica tem direito de ser indenizada não somente pelos prejuízos materiais que tiver sofrido (inclusive com o abalo de seu crédito), como também pelos morais, pelos riscos a que sua reputação ficou exposta pelo protesto indevido.

Na proteção dos direitos da personalidade da pessoa jurídica devem ser observados os mesmos limites apontados em relação à pessoa física. Quer dizer, o interesse privado daquela com relação ao seu nome, imagem, privacidade e honra não prevalece sobre interesses de maior envergadura, assim os difusos, coletivos e públicos. Por exemplo, a liberdade de imprensa, que é um valor de interesse público, não pode ser restringida pelo interesse individual da pessoa jurídica em preservar sua imagem; o direito constitucional do Estado de cobrar tributos sobrepõe-se ao direito à privacidade da pessoa jurídica concernente à movimentação de suas contas bancárias; na narração de fatos que configuram crime, a verdade da narrativa tem primazia sobre os prejuízos à honra da pessoa jurídica etc.

10. DOMICÍLIO DA PESSOA JURÍDICA

As pessoas jurídicas têm domicílio onde exercem seus direitos e respondem por suas obrigações.

Quando se trata de pessoa jurídica de direito privado, o domicílio é chamado também de *sede*. O endereço correspondente deve ser mencionado no respectivo ato constitutivo (estatuto ou contrato social) com clareza, de modo que qualquer interessado possa conhecê-lo. O domicílio pode ser também o lugar em que costuma funcionar o seu órgão de representação (diretoria ou administração). Em caso de irregularidade do registro, esse critério legal norteia a definição do domicílio. Desse modo, se uma associação mudou-se do escritório em que mantinha a sede para outro local, mas não atualizou seu domicílio no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, considera-se domiciliada tanto no mencionado em seu estatuto quanto naquele onde funciona sua diretoria.

Se a pessoa jurídica for estrangeira porque tem a sede no exterior, considera-se domiciliada no lugar em que estabeleceu, no território nacional, sua agência ou escritório.

Tal como o domicílio da pessoa natural, o das pessoas jurídicas de direito

privado também pode ser mudado a qualquer tempo por simples ato de vontade. A forma adequada para a mudança é a alteração do estatuto ou do contrato social, na cláusula em que menciona a sede. Desse modo, a mudança de domicílio depende do atendimento das mesmas condições para qualquer outra reforma estatutária ou contratual. Se for uma fundação, por exemplo, é necessária a autorização do Ministério Público; se for uma associação, deliberação da assembleia geral etc.

O domicílio da pessoa jurídica é também chamado de sede. O endereço em que se situa deve ser mencionado, quando for o caso, no respectivo ato constitutivo.

Em relação a algumas pessoas jurídicas de direito público, a lei estabelece critério para a definição do domicílio, mas não o especifica. De fato, ao dispor que o domicílio da União é o Distrito Federal, e o dos Estados e Territórios, as respectivas capitais (CC, art. 75, I e II), a lei não está situando suficientemente o domicílio desses entes federativos. O Distrito Federal e as capitais de Estados e Territórios são lugares extensos, em que além das repartições federais e estaduais domiciliam-se muitas outras pessoas físicas ou jurídicas. Trata-se de meros critérios de localização do domicílio da União, Estados e Territórios. Quer dizer, a União considera-se domiciliada em qualquer de suas repartições situadas no Distrito Federal e os Estados e Territórios consideram-se domiciliados em qualquer de seus órgãos estabelecidos nas respectivas capitais. A repartição federal da União situada em São Paulo, por exemplo, não pode ser considerada seu domicílio, assim como a do Estado do Rio de Janeiro situada no município de Cabo Frio também não é domicílio dele. O critério para definição do domicílio do Município aponta para o lugar onde funcione a administração municipal, esteja esta concentrada num único sítio ou dispersa em vários pontos da cidade (CC, art. 75, III).

A dificuldade na aplicação dos critérios legais referentes aos domicílios daqueles entes federativos não tem, contudo, maior relevância. Quem demanda, por exemplo, uma autoridade federal ou a própria União deve observar as regras de competência fixadas nas normas, constitucionais e legais, de processo civil, sendo irrelevantes os desdobramentos das normas jurídicas sobre domicílio.

Capítulo 9

OS BENS

1. BENS E COISAS

Bem é tudo o que pode ser pecuniariamente estimável, isto é, precificado, avaliado em dinheiro, traduzido em quantia monetária. Consideram-se bens, assim, a casa, automóvel, obra de arte, computador e todos os demais objetos destinados a atender às mais variadas necessidades humanas, e que, por essa razão, têm valor para homens e mulheres. São bens, igualmente, animais, energia elétrica, imagens fotográficas, dinheiro e outras coisas cuja valorização pode ser quantificada. Informações, tecnologia, segredos de empresa, cadastro e outros dados metodologicamente pesquisados ou organizados são bens de significativo valor econômico (Gallo, 2000:158). Ademais, também são juridicamente bens quaisquer direitos passíveis de estimação econômica, como os creditícios, obrigacionais, autorais, relativos à imagem-atributo de pessoa famosa e outros. Por fim, incluem-se no conceito de bens as participações societárias (ações de sociedade anônima ou quotas de sociedade limitada) e os valores mobiliários (debêntures, partes beneficiárias, bônus de subscrição e *commercial papers*).

Define-se *coisa*, em princípio, como tudo o que existe além dos sujeitos de direito. Os bens são as *coisas* valiosas para homens e mulheres e suscetíveis de precificação, de avaliação pecuniária (para outras definições de "coisa" e "bem", mais ou menos diferentes da apresentada aqui, ver Lopes, 1962:354; Monteiro, 2001:144/145; Diniz, 2002:275/276). O ar atmosférico, por exemplo, é uma coisa, mas não um bem; pelo menos por enquanto, em que está abundantemente disponível a todos os homens e mulheres e ninguém o disputa. O solo lunar e o do planeta Marte são, atualmente, coisas; no futuro, quando esses corpos celestes forem colonizados, certamente passarão a ter valor econômico e serão, então, bens.

Lembre-se que *nada* possui valor por si mesmo. O ouro não vale, em si, nem mais nem menos que o trigo. Quando se trocam dezenas de quilo de ouro por centenas de quilo de trigo, isso decorre de uma equivalência estabelecida unicamente pelas pessoas envolvidas na troca, donas do ouro e do trigo. Um cacho de bananas recém-colhido vale menos que o mesmo cacho exposto à

venda, no dia seguinte, na banca da feira, embora materialmente não se tenha verificado nenhuma mudança nas frutas. A atribuição de valor é sempre expressão de relações sociais (entre seres humanos, portanto). Os valores atribuídos aos bens não são a medida de sua importância para nós, mas a da escassez. Não há recursos suficientes para atender a todas as querências (necessidades, utilidades ou simples desejos) dos homens e mulheres. Quanto maior a escassez, maior o valor, ainda que o bem tenha importância pouca ou nenhuma (por exemplo, uma pedra preciosa).

Assim como a escassez de recursos e o aumento vertiginoso das querências na sociedade consumista dos nossos tempos transformam coisas em bens, o inverso também ocorre. Bens perdem valor e tornam-se coisas. Equipamentos eletrônicos em perfeito estado de uso, mas precocemente obsoletos, lotam o lixo de alguns centros urbanos. Ninguém os quer, nem de presente.

As coisas sem expressão pecuniária podem ou não ser objeto de direito. As estrelas, os animais que habitam as profundezas dos oceanos e outros corpos inapropriáveis, bem como o ar atmosférico e demais recursos abundantes são coisas sem relevância jurídica. Já embriões excedentes crioconservados, cadáveres e mesmo corpos de pessoa viva são coisas, porque insuscetíveis de apreciação monetária, e objeto de direitos extrapatrimoniais.

"Coisa" é tudo que existe além dos sujeitos de direito; se tem valor econômico, isto é, quantificável em dinheiro, é chamada de "bem". Nessa categoria jurídica, portanto, enquadram-se os objetos, animais e direitos, desde que possam ter seu valor para homens e mulheres mensurado pecuniariamente.

As pessoas jurídicas (associações, fundações e sociedades) e as entidades não humanas despersonificadas (condomínio edilício, espólio, massa falida etc.) não são coisas, mas sujeitos titulares de direitos e obrigações. A sociedade não é uma coisa sobre a qual o sócio exerce direito, não é um bem de sua propriedade. Como sujeito de direito, não pode ser objeto de direito. As participações societárias (ações emitidas pela sociedade anônima ou quotas representativas do capital da sociedade limitada) é que são bens e integram o patrimônio do sócio.

Em outros termos, o objeto do direito positivo é sempre uma conduta humana. O objeto do direito subjetivo pode ser bens ou coisas não valoráveis pecuniariamente. Qualquer que seja a natureza do objeto do direito, ele pode ter

por referência algo material ou não. Com efeito, como se examinará à frente, os bens podem ser corpóreos (casa, automóvel, livro) ou incorpóreos (direitos patrimoniais), e também as coisas não precificáveis podem ter por referência algo material (embriões crioconservados, corpo) ou não (honra, nome, privacidade).

As codificações civis brasileiras (de 1916 e 2002) adotaram a estrutura do Código Civil alemão, de 1896. Isto é, na Parte Geral, são contempladas normas sobre institutos basilares de todo o direito, incluindo os *bens* (Livro II). Nesta Parte, o Código limita-se a classificar os bens, estabelecendo umas poucas regras. A disciplina jurídica pormenorizada dos direitos sobre os bens corpóreos é postergada para a Parte Especial, no Livro III, referente ao "direito das coisas" (aliás, nesse Livro III da Parte Especial, o conceito de "coisas" é diferente do adotado acima, conforme se discute mais à frente: Cap. 41). Por essa razão, por enquanto, cuidarei apenas da classificação dos bens.

2. BENS CONSIDERADOS EM SI MESMOS

Considerados em si mesmos, os bens se classificam em:

a) *Imóveis e móveis*. A tecnologia civilista brasileira, tradicionalmente, conceitua como imóveis os bens que não podem ser transportados de um lugar para o outro sem comprometimento de sua integridade, e móveis os que se podem transportar íntegros (por todos, Beviláqua, 1934:261). Esse conceito encontra-se reproduzido na lei, que considera imóveis "o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente" (CC, art. 79) e móveis "os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (CC, art. 82). São bens imóveis, assim, o lote de terreno, a árvore plantada e seus frutos pendentes, as edificações; e móveis os animais (semoventes), os veículos automotores, os livros, os eletrodomésticos etc.

Culturalmente falando, os imóveis são vistos como bens de maior importância que os móveis. Ser proprietário de uma casa corresponde a legítimo anseio da generalidade das pessoas. Além de despertar a segurança psicológica da certeza do abrigo, a propriedade imobiliária é vista como fonte de riqueza (mesmo não sendo, hoje em dia, necessariamente um investimento melhor que o mobiliário). De qualquer modo, a lei reflete a cultura sobre o tema e concede à propriedade imobiliária maior proteção (Monteiro, 2001:147/148).

Os conceitos de bens imóveis e móveis tradicionalmente empregados pela

tecnologia são legalmente excepcionados em algumas situações, para fins de conferir aos interesses que nelas gravitam a proteção dos imóveis. Assim, as edificações transportadas de um lugar para outro sem comprometimento de sua unidade não perdem o caráter de imóveis (CC, art. 81, I). Quer dizer, embora tenham sido movidas sem perda de integridade, essas edificações não podem ser reputadas móveis durante o transporte.

Além disso, dois bens que não se enquadram nos contornos do conceito legal de imóvel são, não obstante, classificados nessa categoria: *i*) os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, como, por exemplo, o usufruto de uma casa ou os direitos do promitente-comprador derivados do compromisso de compra e venda de um lote (CC, art. 80, I); e *ii*) o direito à sucessão aberta, ainda que os bens deixados pela pessoa falecida sejam todos móveis (CC, art. 80, II). Nessas hipóteses, a lei considera imóveis certos *direitos* (embora sejam esses bens que se podem mover sem perda de integridade), para cercar de maior proteção os interesses envolvidos. Em outros termos, os direitos são, em princípio, bens móveis, já que podem ser movidos sem perda de integridade (CC, art. 83, III). Em relação aos direitos reais, porém, serão móveis ou imóveis dependendo da classificação do objeto a que se referem. Os direitos reais sobre bens imóveis são imóveis (CC, art. 80, I) e os sobre bens móveis, móveis (CC, art. 83, II).

Bem imóvel é o solo e tudo que se lhe incorpore, natural ou artificialmente. Árvores e casas pertencem a essa categoria de bens. Móvel, por sua vez, são os dotados de movimento próprio ou passíveis de remoção por força alheia sem comprometimento da integridade. Animais e equipamentos são exemplos de bens móveis.

Os direitos patrimoniais são, em princípio, bens móveis. Não o são apenas os direitos reais sobre bens imóveis (usufruto de um apartamento, por exemplo).

Um bem móvel pode tornar-se imóvel e, eventualmente, voltar à condição anterior. Os materiais de construção (tijolo, portas, esquadrias etc.) são bens móveis. Incorporados a uma casa, viram imóveis, e retornam à condição de móveis se a casa for demolida (CC, art. 84). Separados provisoriamente da casa para nela serem reempregados, no caso de reforma, por exemplo, não perdem o caráter de imóveis (CC, art. 81, II). A árvore plantada no solo é imóvel. Se for cortada para ser vendida como madeira, torna-se móvel. Se a madeira for empregada na construção de uma casa, volta a ser imóvel.

A distinção entre móveis e imóveis é relevante para diversos efeitos jurídicos. A forma de transmissão da propriedade, por exemplo, varia de acordo com a classificação do bem: os imóveis alienam-se por registro no órgão próprio, e os móveis, pela entrega da coisa ao novo proprietário (CC, arts. 1.245 e 1.267). A pessoa casada em regime de comunhão não pode alienar imóvel sem a autorização do cônjuge, mas esta é dispensada na alienação de bem móvel (CC, art. 1.647, I). Para adquirir bem por usucapião, a posse incontestável do imóvel deve durar, conforme as circunstâncias, de 5 a 15 anos (CC, arts. 1.238 a 1.242), e a do móvel, de 3 a 5 anos (CC, arts. 1.260 e 1.261).

No Código de 1917, os bens móveis empregados na exploração econômica de um imóvel, como a colheitadeira usada na produção agrícola de determinada fazenda, eram também considerados legalmente imóveis. A doutrina os chamava de *imóveis por acessão intelectual* (Gomes, 1957:216). Não existe mais a figura no direito brasileiro. As máquinas, equipamentos e utensílios mantidos pelo proprietário num imóvel, para fins de exploração econômica, são móveis (cf. Diniz, 2002:284; Rodrigues, 2002:124/125).

b) *Corpóreos e incorpóreos*. Essa classificação é exclusivamente doutrinária, e não foi reproduzida especificamente na lei. Os bens corpóreos (ou materiais) são os dotados de existência física, enquanto os incorpóreos (ou imateriais) são meramente conceituais. Em outros termos, aqueles se referem a objeto providos de materialidade, de corpo, que ocupa espaço, ao passo que estes se referem a objetos ideais. Os direitos patrimoniais são os bens incorpóreos, como os do autor sobre a obra de arte, literária ou científica, os do credor em relação ao crédito, os reais quanto à coisa, e assim por diante. Um bem pode ser *imóvel* e *incorpóreo*, como são os direitos reais sobre bens imóveis.

Corpóreos são os bens dotados de existência física, enquanto os incorpóreos são os meramente conceituais. Nesta última categoria estão os direitos suscetíveis de precificação (crédito-propriedade, imagem-atributo de pessoa famosa etc.); na primeira, os demais bens (eletrodomésticos, alimentos, veículos etc.).

A relevância jurídica da distinção diz respeito, por exemplo, à natureza dos negócios de disposição de bens. Os corpóreos alienam-se por contrato de compra e venda e os incorpóreos, por cessão.

c) *Fungíveis e infungíveis*. Fungíveis (quer dizer, substituíveis) são os bens

que se podem substituir por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade; infungíveis, os demais (CC, art. 85). Os cereais vendidos a granel são fungíveis; a tela pintada por famoso pintor, infungível. Essa classificação é restrita aos bens móveis, visto que os imóveis são sempre infungíveis.

A fungibilidade, em ocasiões específicas, depende das circunstâncias que envolvem o bem. Morangos, por exemplo, como os demais produtos agrícolas, são normalmente fungíveis. O grande comerciante dessas frutas, que deposita num armazém geral os morangos que acabou de adquirir, quando for retirá-los, receberá outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, e não necessariamente os mesmos que depositara. Pense, no entanto, numa caixa de morangos premiados na mais importante exposição da região. Se o proprietário a empresta ao dono de restaurante, para ser exibida por um dia, tem direito de receber de volta exatamente os mesmos morangos. O automóvel é, em princípio, um bem infungível. Quando o dono o deixa aos cuidados de um estacionamento, deve receber ao término da estada o veículo de sua propriedade, e não outro, ainda que de espécie e qualidade iguais às do seu. Poderá ser, no entanto, considerado fungível nas relações comerciais entre o fabricante, no exterior, e o importador brasileiro. Tendo negociado a importação de vinte unidades novas de determinado ano e modelo, podem ser enviados ao Brasil quaisquer veículos dessa espécie e qualidade.

Os bens móveis são fungíveis ou infungíveis segundo possam, ou não, ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade.

Mesmo o dinheiro, bem fungível por excelência (ninguém se preocupa com a numeração das cédulas que recebe ou dá, mas apenas com o seu valor e quantidade), pode, em situações especialíssimas, ser infungível. É o caso, por exemplo, das moedas comemorativas, de emissão limitada, que, mesmo ainda ostentando o poder liberatório, é objeto de disputa dos colecionadores e se tornam, para estes, bens infungíveis.

A importância da distinção está relacionada aos direitos dos contratantes, em certos contratos como o de depósito ou empréstimo.

d) *Consumíveis e inconsumíveis*. Bens consumíveis são aqueles que se destroem ao primeiro uso, e inconsumíveis os que se podem usar mais de uma

vez. O uso dos consumíveis importa, diz a lei, na destruição imediata da própria substância (CC, art. 86). Equivalem mais ou menos às noções de produtos *não duráveis* e *duráveis*, mencionados, embora não definidos, na lei de proteção ao consumidor (CDC, art. 26). Desse modo, os alimentos são consumíveis e os eletrodomésticos, inconsumíveis. Trata-se de classificação que também diz respeito exclusivamente aos bens móveis, já que os imóveis são sempre inconsumíveis.

Note-se que nada é eterno. Desse modo, todos os bens móveis, cedo ou tarde, terão sua substância destruída. A consuntibilidade é, por isso, atributo diverso da deteriorabilidade. Esta se encontra em todas as coisas, inclusive as inconsumíveis. Uma roupa não é consumível, porque se pode utilizá-la diversas vezes. Um dia, porém, estará gasta, desbotada, puída e não terá mais serventia. Sua deterioração, porém, não lhe subtrai o caráter de bem consumível.

Os bens móveis são consumíveis ou inconsumíveis segundo se percam no primeiro uso ou não. Equivalem, grosso modo*, aos produtos não duráveis e duráveis referidos no Código de Defesa do Consumidor.*

A lei considera consumível também o bem móvel destinado à alienação, mesmo que durável. Trata-se de consuntibilidade *de direito*, em contraposição à dos não duráveis, cuja consuntibilidade é *de fato*.

Tem relevo a distinção entre os bens móveis, de acordo com a durabilidade, na definição, por exemplo, das obrigações do usufrutuário. Ao término do usufruto, ele deve restituir os acessórios e acrescidos consumíveis que ainda existirem e, em relação aos já consumidos, outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (CC, art. 1.392, § 1º).

e) *Divisíveis e indivisíveis*. Se a divisão de um bem não comprometer sua substância, não diminuir consideravelmente seu valor, nem prejudicar o uso a que se destina, considera-se *divisível* (CC, art. 87). A água é sempre divisível. Se tenho um litro de água e reparto-a em dois recipientes de meio litro, ela continua tendo inalterada a substância, igual valor e mesmo uso. Um microcomputador portátil é indivisível. Embora eu possa materialmente separar o teclado, a unidade de processamento e a tela, e até mesmo dar a essas partes uma destinação apartada útil, a separação compromete a substância do equipamento, reduz o valor e impede o uso.

Alguns bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por força de lei ou da vontade das partes (CC, art. 88). O loteador, por exemplo, não pode fracionar o imóvel em que está implantando o empreendimento em lotes de menos de 125 metros quadrados cada (Lei n. 6.766/79, art. 4º, II). Em outros termos, o lote com até 249 metros quadrados, embora possa ser materialmente repartido, é bem indivisível.

Bens móveis ou imóveis são divisíveis quando conservam a substância, valor e uso depois de fracionados.

Relevante é essa classificação, por exemplo, na definição das consequências do término do condomínio. Se duas pessoas são proprietárias de um mesmo bem, querendo qualquer uma delas pôr fim à copropriedade, divide-se o bem. Se for este indivisível, porém, será vendido e repartido o produto da venda (a menos que qualquer uma delas queira ficar com o bem, indenizando a outra) (CC, art. 1.322).

f) *Singulares e coletivos*. Bens singulares são os que se podem considerar independentes, ainda que reunidos a outros bens (CC, art. 89), e coletivos, os demais. O equipamento de som automotivo é um bem singular, esteja ou não instalado num carro.

Os bens coletivos, por sua vez, são classificados em universalidades de fato e de direito. No primeiro caso, um conjunto de bens singulares pertencentes à mesma pessoa tem destinação unitária. Exemplo típico é o do estabelecimento empresarial, definido na lei como o "complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária" (CC, art. 1.142). No estabelecimento, encontram-se todos os bens que o empresário reuniu para exploração de sua atividade. No caso de uma padaria, imagine, o estabelecimento corresponderá ao conjunto de bens necessários à exploração desse ramo de comércio: estantes, equipamentos de panificação, refrigeradores, estoque de mercadorias, programa informatizado para os controles gerenciais, marcas etc. Cada um dos bens componentes da universalidade de fato pode ser objeto de negócio jurídico em separado (CC, art. 90). Assim como é possível, também, que a coletividade dos bens seja o objeto do negócio jurídico (CC, art. 1.143).

Bens singulares são os que podem ser considerados independentes, mesmo quando reunidos a outros. Coletivos são as universalidades, de fato e de direito, integradas por bens singulares.

Por universalidade de direito entende-se o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico referente a certa pessoa (CC, art. 91). O patrimônio ou a herança são exemplos dessa categoria de bens coletivos. Há negócios jurídicos que têm por objeto uma universalidade de direito: quando uma sociedade empresária incorpora outra, o patrimônio desta é totalmente absorvido pela primeira; o titular do direito à herança pode dispor dela cedendo seus direitos sucessórios a outrem.

g) *Comercializáveis ou fora do comércio*. Essa classificação é, também, doutrinária, porque o Código Civil de 2002, ao contrário do seu anterior, não a contempla. Bens fora do comércio são os inalienáveis por força da lei ou da vontade de quem deles dispõe. Uma rua ou viaduto são bens legalmente postos fora do comércio, porque a Prefeitura não os pode vender. Os bens gravados em testamento com a cláusula de inalienabilidade tornam-se fora do comércio por vontade do testador. O empresário que publica livro narrando a história de sua empresa, para distribuí-lo gratuitamente numa campanha institucional, pode gravar os exemplares com a cláusula “fora de comércio”, proibindo, em decorrência, a comercialização.

3. BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS

Reciprocamente considerados, os bens se classificam em *principais* e *acessórios*. O que existe sobre si, mesmo abstrato, é principal. Sua existência não depende da de outro bem. O que existe em função de outro, do qual depende, é acessório. A existência do bem acessório supõe a do principal. O direito ao crédito do aluguel decorrente de um contrato de locação é exemplo de bem principal; o direito à multa, prevista no mesmo contrato, pelo atraso no pagamento do aluguel é acessório. Enquanto o direito ao crédito independe, para existir, do direito à multa moratória, este não existe sem aquele. As árvores do pomar de um sítio são acessórias em relação ao imóvel, e este principal em relação àquelas. As árvores não podem sobreviver separadas do solo, que, no entanto, existe sem elas.

Os bens, quando reciprocamente considerados, classificam-se em principal e acessório. Aquele tem existência independente, enquanto este só existe em função de outro bem. Convém distinguir algumas espécies de bens acessórios: frutos, produtos, benfeitorias e pertenças.

O acessório segue a sorte do principal. Quem aliena o bem principal, aliena também seus acessórios. Se não os quer alienar, deve ressalvar expressamente a vontade de mantê-los em sua propriedade. Outro exemplo: se a obrigação de que resulta o direito principal é nula, a de que resulta o direito acessório também será.

Há bens acessórios sujeitos a disciplina específica. São eles:

a) *Frutos e produtos*. Frutos são acessórios periodicamente renovados e podem, por isso, ser destacados do principal sem que este perca necessariamente a aptidão de gerá-los novamente. Os produtos, ao contrário, não se renovam periodicamente, de modo que paulatinamente exaurem o principal, na medida em que dele se destacam. Os grãos de soja que esperam ser colhidos são acessórios da fazenda, assim como a pedra o é da pedreira. Aqueles, porém, se renovam sazonalmente e são, portanto, frutos, ao passo que esta não é renovável, sendo, em decorrência, produto.

Os frutos se dividem em naturais, industriais e civis, dependendo da origem do ciclo que os renova. São *naturais* quando renovados pelo ciclo biológico sem interferência humana, e *industriais*, quando há essa interferência. O bezerro *in utero* é fruto natural da vaca, a menos que tenha sido gerado por inseminação artificial, quando sua classificação será a de fruto industrial. Note-se que, havendo dúvida, em certo caso, sobre a exata natureza dos frutos, se naturais ou industriais, isto não tem importância, já que estão sujeitos ao mesmo regime. Já os frutos *civis* são os rendimentos gerados pela coisa principal, como o aluguel da casa, os juros remuneratórios do dinheiro emprestado, os dividendos do capital investido numa atividade econômica etc. Por outro lado, qualificam-se os frutos como *pendentes* se estão ligados ao bem principal. Uma vez separados destes, denominam-se *colhidos* (naturais) ou *percebidos* (industriais ou civis). A relevância dessas classificações liga-se aos direitos do possuidor de boa-fé em relação aos frutos da coisa possuída: os naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que separados, e os civis reputam-se percebidos dia por dia (CC, art. 1.216).

b) *Benfeitorias*. As benfeitorias são acessórios que alteram, em parte, o

principal, seja revertendo o estado de deterioração deste, seja melhorando-o. Mesmo as destinadas a simples conservação do bem, alteram-no em parte porque desaceleram ou evitam o processo de deterioração. Obras de reforma de uma casa é o exemplo mais significativo de benfeitorias.

As benfeitorias se classificam em *voluptuárias*, *úteis* ou *necessárias* (CC, art. 96). Voluptuárias são as benfeitorias de mero deleite ou recreio. São fúteis, no sentido de não aumentarem o uso do bem. As benfeitorias voluptuárias podem ser custosas ou não, agregarem valor à coisa principal ou simplesmente a tornarem mais agradável. Na reforma da casa, são voluptuárias, por exemplo, a substituição de piso de cerâmica por mármore, a implantação de projeto de paisagismo, a construção de quadra de tênis e outras. As benfeitorias são úteis quando aumentam ou facilitam o uso do bem. Obras de reforma da casa se consideram dessa espécie se, por exemplo, resultam na ampliação da garagem, no aumento dos pontos de energia elétrica na cozinha para possibilitar a utilização de maior número de eletrodomésticos ou na instalação de pressurizador para melhorar a pressão da água nos encanamentos. Por fim, são necessárias as benfeitorias introduzidas com o objetivo de conservar o bem ou evitar que se deteriore. São exemplos, ainda no contexto das obras de reforma da casa, desse tipo de benfeitorias: substituição da fiação gasta, recuperação do telhado, reforço nos alicerces etc.

A distinção entre as modalidades de benfeitoria interessa na definição dos direitos do possuidor. Estando ele de boa-fé, deve ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias, titularizando em relação a estas o direito de retenção. Quanto às voluptuárias, se não for indenizado, tem direito de levantá-las, se puder fazê-lo sem prejudicar a coisa principal (CC, art. 1.219). Já o possuidor de má-fé será indenizado somente pelas benfeitorias necessárias (CC, art. 1.220).

c) *Pertenças*. Consideram-se *pertenças* os bens destinados ao uso, serviço ou aformoseamento de outro bem, de forma duradoura, mas que não o integram (CC, art. 93). Os equipamentos de produção industrial que se encontram na fábrica não são dela acessórios, porque têm existência independente (como já mencionado, são bens singulares integrantes do estabelecimento empresarial, que, por sua vez, é um bem coletivo do tipo universalidade de fato). O mobiliário de uma casa não é seu acessório, porque existe e cumpre suas funções plenamente mesmo desligado dela. A estátua fixada no saguão de um edifício não é, também, coisa acessória, já que sua existência não pressupõe a daquele prédio. Equipamentos industriais, mobiliário e estátua são exemplos de

pertenças.

Os negócios jurídicos relativos ao bem principal, em princípio, *não* abrangem as pertenças. As exceções a essa regra geral são três: as pertenças consideram-se abrangidas se resultar da lei, do acordo de vontades ou das circunstâncias do caso (CC, art. 94). Quer dizer, se alguém adquire o estabelecimento empresarial, todos os bens que o compõem consideram-se adquiridos também, em decorrência da disciplina legal da matéria (CC, arts. 1.142 e 1.143). Se a casa é vendida mobiliada, o acordo de vontade entre as partes foi no sentido de abranger no negócio também as pertenças. Finalmente, se no mesmo saguão do prédio em que se encontrava a estátua havia outras obras de arte, se ela foi esculpida por um famoso artista e o valor pago pelo imóvel é acima do mercado, essas circunstâncias todas indicam que a escultura também estava compreendida no negócio.

Note-se que, a rigor, as pertenças não deveriam ser classificadas como acessório, como parece ter sido a opção da lei. Com efeito, elas *não* seguem o assim chamado bem principal *exceto* em situações especiais; desse modo, não ostentam aquela dependência característica dos bens acessórios.

4. BENS PÚBLICOS

Os bens, de acordo com a natureza do proprietário, são classificados em *públicos* ou *particulares*. Os bens particulares são os de propriedade de pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas físicas. Os bens públicos são os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e autarquias) e os afetados à prestação de serviços públicos (Mello, 1980:751).

Dividem-se os bens públicos em três tipos: *a*) os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; *b*) os de uso especial, como os edifícios ou terrenos destinados a serviço público ou estabelecimento da administração pública; *c*) os dominicais, que não possuem ainda especificada qualquer destinação (CC, art. 99).

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis. A pessoa jurídica de direito público só pode alienar os bens dominicais de seu patrimônio. Se quiser vender uma praça, por exemplo, a Prefeitura deve, antes, desafetá-la, isto é, transferi-la da categoria dos bens de uso comum do povo para a dos dominicais. A desafetação, nesse caso, é feita mediante lei municipal. Sendo já dominical o bem público, ou uma vez aprovada a sua desafetação, ele

só poderá ser alienado mediante licitação.

Os direitos da pessoa jurídica de direito público sobre os seus bens são imprescritíveis. Ninguém pode adquiri-los, portanto, por usucapião (CF, art. 191, parágrafo único; CC, art. 102).

Capítulo 10

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS

1. FATOS JURÍDICOS

As normas jurídicas enunciam consequências aos fatos a que se referem. Recolhem, da realidade, certas ocorrências e determinam que, na sua verificação, devem seguir-se os resultados definidos por elas. Na norma de direito penal que tipifica os crimes, essa estrutura é facilmente identificável. O art. 121 do CP, ao prescrever "matar alguém: pena — reclusão de 6 a 20 anos", está imputando a consequência da pena de reclusão, nesses limites temporais, à pessoa que matar outra. O fato (matar alguém) é ligado à consequência (pena de reclusão) pela norma jurídica.

Todas as normas jurídicas, inclusive as de direito civil, podem ser descritas dessa forma, como a previsão da consequência que pretende seja imposta a certo acontecimento. Quando o art. 145 do CC estabelece que "são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa", está atribuindo uma consequência (anulabilidade do negócio jurídico) a um certo fato (ser o dolo de uma das partes a causa do negócio jurídico).

Muitas vezes, fatos e consequências não se abrigam no mesmo dispositivo. Encontra-se o fato num dispositivo legal, e a consequência, noutro. A norma jurídica, nesse caso, é interpretada pelo tecnólogo ou profissional do direito por meio da articulação de dois ou mais dispositivos. É o que se verifica, por exemplo, com os preceitos que definem termos jurídicos, como o art. 96, § 2º, do CC, que se limita a conceituar as benfeitorias úteis como as que aumentam ou facilitam o uso do bem principal. Nesse dispositivo isolado, não se encontra a estrutura de uma ligação de fato a consequências. Para o intérprete *compreender* a norma jurídica, ele deve relacioná-lo a outro ou outros dispositivos do mesmo ordenamento. Veja-se, então, o art. 1.219 do CC, que assegura ao possuidor de boa-fé a indenização por essa espécie de benfeitorias. A norma jurídica, resultante da articulação desses dois dispositivos, pode ser apresentada com a estrutura de ligação de fatos a consequências: *se o possuidor estava de boa-fé e introduziu na coisa benfeitorias que aumentam ou facilitam seu uso, ele deve ser indenizado pelo gasto em que incorreu*. Em outros termos, essa norma reserva a

certo fato (possuidor de boa-fé introduziu na coisa benfeitorias úteis) determinada consequência (direito à indenização pelas benfeitorias introduzidas).

Outro exemplo, o art. 186 do CC enuncia o conceito de ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Não se encontra, nesse dispositivo, a estrutura da descrição de fatos aos quais se ligam consequências. Articule-se, agora, esse preceito com o art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa articulação resulta na norma jurídica: *quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo.* Pode-se, assim, dizer que os dispositivos (em particular, os conceituais e os atributivos de competência) abrigam normalmente uma *parte* das normas jurídicas. Nestas sempre se encontrará um *fato* ao qual está ligada uma consequência.

O fato descrito em norma jurídica como pressuposto da consequência por ela imputada é chamado de *fato jurídico*. Matar alguém, praticar negócio jurídico com dolo, o possuidor de boa-fé introduzir benfeitorias úteis na coisa e a violação culposa de direitos são exemplos de fatos jurídicos. Note-se que nem todos os fatos têm relevância para o direito. Os eventos são inócuos, sob o ponto de vista jurídico, quando não desencadeiam nenhuma consequência. Se alguém caminha pela praia numa bela manhã de sol, isto é um fato que, em princípio, nada tem de jurídico.

Toda norma jurídica, inclusive a de direito civil, pode ser descrita como a indicação de um evento ao qual liga uma consequência. O evento descrito como pressuposto é um fato jurídico.

Se o fato jurídico é a conduta de um sujeito de direito, chama-se ato jurídico.

Se o ato jurídico é praticado com a intenção de gerar a consequência prevista na norma jurídica (isto é, produzir certos efeitos), denomina-se negócio jurídico.

O que torna jurídico qualquer fato é a norma. O ordenamento elege os fatos jurídicos. Se a verificação de um evento não é pressuposto de nenhuma consequência prescrita em norma, ele não é um fato jurídico. É um acontecimento sem importância para o direito. Um jovem completar 17 anos de

idade não é fato jurídico; o mesmo jovem fazer 18 anos, porém, já é fato jurídico, porque a partir dessa idade ele já é plenamente capaz para os atos da vida civil. O que faz do décimo oitavo aniversário da pessoa física um fato jurídico é a norma, que escolheu os 18 anos como o marco final da menoridade (CC, art. 5º). Poderia ter escolhido outra idade, maior ou menor, ou mesmo condicionar a obtenção da capacidade à prova, por meio de exames psicológicos, de certo grau de amadurecimento, mas se limitou a dar relevância apenas à idade.

Fato jurídico, em suma, é o que gera consequências para o direito.

Os fatos podem ser condutas humanas, ou não. O caminhar de namorados pela praia e chover são eventos verificados na realidade, mas só o primeiro é ação de seres humanos. De modo algo similar, os fatos jurídicos também podem ser condutas de sujeitos de direito, ou não. Celebrar contrato (isto é, emitir declarações de vontade convergentes) é fato jurídico que representa necessariamente uma ação de pessoas. Completar 18 anos, ao contrário, é fato jurídico que independe de qualquer conduta imputável a um sujeito de direito. Basta o planeta Terra percorrer sua trajetória em torno ao Sol dezoito vezes depois do nascimento de alguém para que essa pessoa passe a ser considerada capaz pelo direito. Esse fato jurídico caracteriza-se sem que qualquer sujeito — incluindo o aniversariante — tenha de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa.

Denomina-se *ato jurídico* a ação de sujeitos de direito que gera consequências estabelecidas em normas. O ato jurídico é, assim, espécie de fato jurídico. Não é ato jurídico, por exemplo, a conduta humana que não tenha sido escolhida por norma jurídica como pressuposto de uma consequência qualquer. Espreguiçar-se longamente ao acordar, gozando o estalar de cada extremo do preguiçoso corpo, não é ato jurídico.

Entre os atos jurídicos destacam-se os *negócios jurídicos*. São as ações *intencionais* dos sujeitos de direito. Quando um homem ou mulher quer produzir, com sua ação, as consequências previstas na norma jurídica, pratica o negócio jurídico correspondente. Se, caminhando pela praia, alguém encontra uma bela concha e decide levá-la para ornar a estante da sala de TV de sua casa, verifica-se um fato jurídico em virtude do qual aquela pessoa adquire a propriedade da concha. Pelo art. 1.263 do CC, “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”. Nesse caso, a pessoa manifesta a intenção de *ter* a concha: abaixar-se para colhê-la da areia e levá-la para casa é, assim, um negócio jurídico. Imagine-se, agora, que o engenheiro contratado para demolir o prédio da antiga sede de

uma fazenda do interior paulista acabe encontrando, num compartimento secreto, joias de grande valor. Ninguém sabe a quem pertenceram as joias. Diz a lei que, em casos assim, o tesouro deve ser dividido por igual entre o proprietário do prédio e a pessoa que o tiver achado *casualmente* (CC, art. 1.264). Note-se que, nesse segundo exemplo, o tesouro foi achado por casualidade, e não porque estava sendo intencionalmente procurado. Encontrá-lo, desse modo, embora seja *ato jurídico* (por ser ação de um sujeito de direito), não é *negócio jurídico* (por lhe faltar a intenção de produzir os efeitos jurídicos predispostos em norma).

2. RELAÇÃO JURÍDICA

O conceito de relação jurídica é um dos instrumentos mais importantes da tecnologia jurídica. A posição nuclear que ocupa pode ser medida pelo fato de alguns autores conseguirem organizar toda a exposição da teoria geral do direito civil em torno desse conceito (por exemplo, Fernandes, 2001). Há, por outro lado, leis que se aplicam a determinadas relações jurídicas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, cujo âmbito de incidência é circunscrito pela definição legal de *relação de consumo*.

A noção central do conceito de relação jurídica é a de alteridade, isto é, a necessária correspondência entre direitos de certos sujeitos aos deveres de outros. A todo direito subjetivo, lembre-se, corresponde um dever (Cap. 5, item 2). Em razão da alteridade, há sempre pelo menos *dois* sujeitos envolvidos em qualquer questão jurídica. Ao *vínculo* que aproxima o titular de um direito subjetivo do devedor da obrigação correspondente chama-se relação jurídica. A relação de consumo, por exemplo, aproxima o consumidor do fornecedor. Seguindo as definições legais, consumidor é o adquirente de produto ou serviço na condição de destinatário final, e fornecedor, o que explora atividade de venda de produto ou prestação de serviços (CDC, arts. 2º e 3º). Sempre que uma pessoa estiver numa situação de fato que a enquadre na definição de consumidora, e outra, na de fornecedora, entre elas estabelece-se um vínculo, uma relação jurídica específica. Esse vínculo determina a incidência das normas da legislação consumerista. Aos direitos do consumidor corresponderão deveres do fornecedor, e vice-versa.

A conclusão extraída da alteridade, aliás, decorre também da função básica das normas jurídicas — nortear a solução de conflitos de interesses. Conflito pressupõe, necessariamente, pelo menos dois vetores; quer dizer, não há conflito de interesses sem pelo menos dois interesses em jogo. A própria noção de conflito, por outro lado, depende da de aproximação. Não podem desentender-se

pessoas que não se comunicam. Antes de disputarem um objeto, os sujeitos precisam pôr-se em contato; por vezes, a disputa é o contato. O conflito de interesses liga os titulares dos interesses conflitantes e o vínculo entre eles é a relação jurídica. Locador e locatário podem desentender-se relativamente a qual deles deve pagar determinado item da prestação condominial. As despesas ordinárias do condomínio são da responsabilidade do locatário, mas as extraordinárias devem ser pagas pelo locador. A lei cuidou de discriminar cada uma delas, com o objetivo de deixar clara a distribuição dos encargos (Lei n. 8.245/91, arts. 22, X, e 23, XII, e seus parágrafos únicos). Mesmo assim, surgem dúvidas. O reparo de certo equipamento hidráulico do prédio é reposição das condições de sua habitabilidade (despesa extraordinária do locador) ou simples manutenção e conservação (despesa ordinária do locatário)? O conflito entre locador e locatário tem lugar na *relação locatícia*.

Relação jurídica é o vínculo entre o titular do direito subjetivo e o do dever correspondente. Entre consumidor e fornecedor forma-se a relação de consumo, porque aos direitos daquele correspondem deveres deste, e vice-versa.

A relação jurídica é sempre um vínculo entre sujeitos de direito. Alguns autores, como Orlando Gomes, admitem a relação entre sujeito e coisa (1957:93/106). Para ele, aos direitos reais (posse, propriedade, usufruto, garantias reais etc.) não corresponderia o dever de nenhum sujeito, em vista de sua oponibilidade *erga omnes*. Em consequência, a relação jurídica se estabeleceria, aqui, entre o titular e o objeto do direito. Não representa esta, porém, a formulação predominante na tecnologia jurídica. Para a maioria da doutrina, também os direitos reais estabelecem relação entre sujeitos. Se duas pessoas disputam a posse de um terreno, o conflito de interesses entre elas estabelece um vínculo, uma relação jurídica. Se qualquer uma delas se socorrer do Judiciário para buscar a superação do conflito, este será resolvido mediante a atribuição a ela de um direito (a posse do terreno) ao qual corresponde o dever da outra (respeitar a posse alheia), ou o inverso.

Em geral, entrecruzam-se, na relação jurídica, direitos e obrigações de ambos os sujeitos dela participantes. Na relação de emprego, o empregador é devedor do salário, mas tem direito de orientar o trabalho do empregado; este tem direito aos benefícios legais (décimo terceiro, férias remuneradas etc.), mas tem o dever

de ser pontual. Algumas relações jurídicas, porém, estabelecem direitos para apenas uma das partes e deveres somente para a outra. Na relação entre o contribuinte e o fisco, regida pelo direito tributário, há apenas deveres daquele e direitos deste. A mesma variação se encontra nas relações de direito civil. Nos vínculos derivados de contratos sinalagmáticos, a relação contratual importa atribuição de direitos e obrigações para as duas partes: na compra e venda, o vendedor deve transferir o domínio da coisa e o comprador, pagar o preço; o primeiro tem direito de receber o preço, e este, a coisa. Já nos vínculos derivados de contratos não sinalagmáticos, a relação contratual importa a atribuição somente de direitos a uma parte e apenas de deveres à outra: na doação sem encargos, o doador tem obrigações e nenhum direito, o donatário tem direitos e nenhuma obrigação.

A relação jurídica é instituída entre dois sujeitos pela lei ou pela vontade das partes. Quem se estabelece como varejista passa a ter perante os compradores de seus produtos as obrigações de fornecedor, e estes últimos, os direitos de consumidor. A relação de consumo se estabelece entre eles em decorrência da lei. Quem aluga apartamento de sua propriedade passa a participar de relação locatícia em razão de sua vontade.

Os negócios jurídicos são a *fonte* das relações jurídicas decorrentes da *vontade* dos sujeitos (Fernandes, 2001, 2:50/52).

3. CONCEITO E ATRIBUTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

A codificação civil brasileira de 1916 inspirou-se, na estrutura, no Código Civil alemão do fim do século XIX. Mas não se aproveitou de uma das mais frutíferas inovações da cultura jurídica alemã, refletida naquela lei, que é a figura do negócio jurídico. O nosso anterior Código Civil manteve-se fiel à noção de ato jurídico, originada na doutrina francesa, definindo-o como todo ato lícito destinado à aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos. A tecnologia jurídica brasileira, contudo, desde logo se entusiasmou com as reflexões sobre o negócio jurídico, e nenhum civilista de renome, mesmo com a vigência do diploma legal anterior, deixou de estudar e propagar o instituto.

As diferenças entre a teoria francesa dos atos jurídicos e a alemã dos negócios jurídicos são tão sutis que escaparam a Clóvis Beviláqua. Após noticiar que a sistemática alemã distinguia *atos jurídicos* de *declarações de vontade*, deu por

encerrado o assunto, anotando que “geralmente as duas expressões se consideram equipolentes”. Aproveitou-se, então, de lições referentes a negócio jurídico para discorrer sobre atos jurídicos (1908:213). A sutileza das diferenças possibilitou, também, a alguns doutrinadores brasileiros, como Caio Mário da Silva Pereira, entre outros, sustentarem que a proximidade entre o nosso conceito legal de ato jurídico e as lições da doutrina alemã sobre negócio jurídico era tão expressiva que cabia dar-se preferência a esta no desenvolver das lições de direito civil (1961:414).

O que o negócio jurídico tem de específico em relação ao ato jurídico é a intencionalidade do sujeito. O negócio jurídico é o ato jurídico em que o sujeito quer produzir a consequência prevista na norma. Em outros termos, o ato jurídico é sempre voluntário, isto é, algo que o sujeito de direito faz por sua vontade. Produz, ademais, sempre efeitos previstos em lei, já que a ação voluntária irrelevante para o direito (espreguiçar-se antes de levantar da cama) não se a considera sequer fato jurídico. Pois bem, se o efeito predisposto na norma jurídica é querido pelo sujeito, denomina-se negócio jurídico o ato. Nesse caso, o resultado jurídico previsto na norma só se operou porque o sujeito de direito o quis, enquanto nos atos não negociais os efeitos são simples consequências que a norma jurídica liga a determinados fatos, independentemente da intenção dos sujeitos envolvidos.

A teoria dos negócios jurídicos é feliz manifestação do modo de raciocinar tipicamente germânico. Distinções de extrema sutileza criam nuanças que exigem esforços teóricos redobrados na compreensão do raciocínio, sem que delas resultem, muitas vezes, implicações de relevo, seja no plano teórico mesmo, seja na condução de assuntos práticos. Marx, um alemão sem mente germânica (nesse aspecto, era igual a Kant), certa vez disse que alguns pensadores ficavam de tal modo encantados com a beleza da árvore que perdiam de vista a floresta. As belas e intrincadas elucubrações produzidas em torno da genial contribuição dos pandectistas alemães não podem tirar o foco do essencial: conflitos de interesses precisam ser superados, para melhor convívio em sociedade. Note-se que, até hoje, em França, os manuais de direito civil simplesmente ignoram o conceito de negócio jurídico, dando-se por satisfeitos com a operacionalização apenas do de atos jurídicos.

O Código Civil brasileiro de 2002 incorporou a teoria do negócio jurídico. Nele, a expressão “ato jurídico” aparece apenas uma vez, no art. 185. Esse dispositivo, aliás, estabelece que aos atos jurídicos lícitos que *não sejam negócios jurídicos* aplicam-se as normas estabelecidas para os *negócios*

jurídicos. Em razão dessa disposição, se houver dúvidas sobre a exata classificação de determinado ato voluntário de um sujeito de direito — se ato jurídico ou negócio jurídico —, não haverá senão interesse acadêmico em sua superação. A solução do conflito de interesses relacionado ao ato em questão será norteada pelas mesmas normas jurídicas, qualquer que seja a sua exata classificação.

São três os atributos do negócio jurídico: existência, validade e eficácia. O negócio existe se preenchidos *dois* pressupostos: a conjugação dos seus elementos essenciais (sujeito de direito, declaração de vontade com intenção de produzir certos efeitos e objeto fisicamente possível de existir) e a juridicidade (descrição pela lei como fato jurídico). Uma vez existente, será válido, se atendidos os requisitos de validade (agente capaz, objeto lícito e determinável, forma legal) e desde que inexistente vício de formação (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores). Existente, válido ou inválido, o negócio jurídico será eficaz quando os efeitos pretendidos pelo sujeito ou sujeitos declarantes se realizarem espontaneamente ou com a intervenção do Poder Judiciário.

Os atributos do negócio jurídico são a existência, validade e eficácia. Eficácia e validade são independentes entre si. O negócio pode ser válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, em qualquer caso. Mas eficácia e validade dependem da existência do negócio jurídico. Só o que existe pode ser válido ou inválido, eficaz ou não.

As combinações dos atributos do negócio jurídico levam às seguintes alternativas: *a*) existente, válido e eficaz (por exemplo, *compra e venda sem vícios de validade, em que vendedor e comprador cumprem suas obrigações espontaneamente ou em razão de ordem judicial*); *b*) existente, inválido e eficaz (*compra e venda com vícios de validade, a despeito dos quais vendedor e comprador cumprem suas obrigações espontaneamente*); *c*) existente, válido e ineficaz (*compra e venda sem vícios de validade, em que vendedor ou comprador deixam de cumprir suas obrigações*); *d*) existente, inválido e ineficaz (*compra e venda com vícios de validade, em que vendedor e comprador deixam de cumprir suas obrigações*); *e*) inexistente (*compra e venda de bem impossível de existir*).

4. CLASSIFICAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO

Os negócios jurídicos classificam-se em:

a) *Singulares e plurais*. Esse critério leva em conta a quantidade de sujeitos que praticam o negócio jurídico. É singular o negócio praticado por apenas um sujeito, e plural os praticados por dois ou mais. A constituição de sociedade anônima subsidiária integral (ver Cap. 8, item 3, *b*) é negócio jurídico singular. A sociedade brasileira comparece a cartório e, por escritura pública, manifesta a intenção de constituir uma subsidiária sem outro sócio. Nenhum outro sujeito de direito pratica o ato. Já o contrato de seguro é negócio jurídico plural, porque deriva da convergência de manifestação de vontade de pelo menos dois sujeitos de direito: a seguradora e o contratante do seguro.

Há negócios jurídicos *necessariamente* singulares, como o testamento — o direito brasileiro não conhece a figura do *testamento de mão comum*, em que vários sujeitos manifestam no mesmo ato suas disposições de última vontade (Fernandes, 2001, 2:54). E há negócios *ocasionalmente* singulares, como a instituição de fundação — embora, no mais das vezes, a fundação seja instituída pela vontade de uma só pessoa, nada obsta que sejam diversos os instituidores.

Todos os negócios jurídicos, mesmo os singulares, envolvem mais de um sujeito de direito. Afinal, trata-se de uma relação jurídica. O testador, ao externar sua disposição de última vontade, *pratica* o negócio jurídico. Os herdeiros e legatários nomeados no testamento são os sujeitos envolvidos pelo negócio. Quando a norma jurídica, em atenção aos interesses dos sujeitos envolvidos no negócio, assegura-lhes alguma faculdade, como a de não aceitar o legado, por exemplo, isso não descaracteriza a singularidade.

b) *Unilaterais, bilaterais e plurilaterais*. Esse critério considera a quantidade de partes do negócio jurídico. Não se confundem os conceitos de *sujeito* e de *parte*. Este último é referência à posição que o sujeito ocupa na relação jurídica, definida a partir do complexo de interesses postos. De modo geral, cada parte do negócio jurídico corresponde a um conjunto de interesses iguais em sua essência (cf. Fernandes, 2001, 2:58/60). Quer dizer, duas pessoas podem ocupar uma mesma parte na relação negocial, se os seus interesses — ainda que possam divergir em aspectos acidentais — convergem nos relevantes para o estabelecimento do vínculo. Sempre o número de sujeitos do negócio será igual ou superior ao de partes. O negócio jurídico pode ter, assim, uma parte e dois sujeitos, duas partes e cinco sujeitos, três partes e quatro sujeitos etc.

Quando tem uma parte, o negócio é unilateral. Se tem duas, é bilateral. Se tem

mais de duas partes, plurilateral. O testamento, a instituição de fundação, a despedida de empregado e a promessa de recompensa são exemplos de negócios jurídicos unilaterais, com uma só parte (testador, instituidor da fundação empregador e o promitente). O contrato é, por sua vez, negócio jurídico bilateral. O comprador e o vendedor são partes da compra e venda; locador e locatário, da locação etc. Atente-se para não confundir a classificação do *negócio* com a do *contrato*: não existe negócio jurídico contratual unilateral, porque o contrato pressupõe pelo menos duas partes, mas existem contratos unilaterais, assim definidos os que geram obrigações para uma só das partes (a doação, por exemplo). A constituição de associação, por sua vez, é normalmente negócio jurídico plurilateral. As três ou mais pessoas interessadas em se associar manifestam essa vontade convergente com o objetivo de dar nascimento à pessoa jurídica.

Os negócios unilaterais (com uma só parte) podem ser singulares (*fundação instituída por um só sujeito*) ou plurais (*fundação instituída por dois ou mais sujeitos*). Os negócios singulares (um só sujeito) só podem ser unilaterais (*testamento*), e os bilaterais ou plurilaterais (duas ou mais partes) só podem ser plurais (*contratos*) (Fernandes, 2001, 2:56).

c) *Patrimoniais ou extrapatrimoniais*. Os negócios jurídicos patrimoniais têm por objeto bens, isto é, coisas suscetíveis de estimação pecuniária. Os contratos, testamentos, concessão de hipoteca são negócios jurídicos patrimoniais. Já os extrapatrimoniais têm objeto diverso de bens, como, por exemplo, coisas não precificáveis, estado civil, formação de vínculos de parentesco etc. A decisão dos genitores de descartarem embriões crioconservados, a doação de órgãos para transplantes, o casamento e a adoção são exemplos de negócios jurídicos extrapatrimoniais.

d) *Onerosos e gratuitos.* Os negócios patrimoniais podem ser onerosos ou gratuitos. No primeiro caso, transitam bens entre os patrimônios dos sujeitos participantes do negócio, no sentido de que passam a titularizar direitos em contrapartida de obrigações. A compra e venda é negócio oneroso, pois comprador disponibiliza dinheiro em troca da coisa adquirida, e vendedor faz o inverso. Nos negócios gratuitos, bens do patrimônio de um ou mais sujeitos transitam para o de outro sem contrapartida. O testamento e a doação são negócios patrimoniais gratuitos, ainda que subordinados a encargo.

Na constituição de pessoa jurídica, o negócio constitutivo pode ser oneroso ou gratuito. A instituição de fundação é sempre gratuita. O instituidor, ao destacar bens de seu patrimônio para afetá-los a determinadas finalidades, transfere-os à

titularidade da fundação e nenhum bem recebe desta. A constituição de sociedade, simples ou empresária, é sempre onerosa. O sócio aporta bens no capital social, transferindo-os do seu patrimônio para o da sociedade, mas recebe em contrapartida ações ou quotas. A formação de uma associação, finalmente, pode ser negócio jurídico oneroso ou gratuito, segundo titularizarem os associados quota ou fração ideal do patrimônio dela, ou não.

Classificam-se os negócios jurídicos por diversos critérios. Os mais relevantes os distinguem segundo a quantidade de pessoas (singulares ou plurais), de partes (unilaterais, bilaterais ou plurilaterais), patrimonialidade, onerosidade, obrigatoriedade de forma, condições de eficácia e existência independente.

e) *Formais e aformais.* Todos os negócios jurídicos se revestem de forma (escrita pública, escrita particular, oralidade, transmissão eletrônica de dados etc.). Esta, em geral, é escolhida pelo sujeito ou sujeitos que os praticam. É o princípio da liberdade de forma. Há, porém, alguns negócios jurídicos em relação aos quais as partes não são livres para escolher a forma do ato porque uma norma jurídica a determina. Nesses casos, quando não impera a liberdade de forma, os negócios jurídicos são formais (ou *solenes*). Testamento, constituição de direito real sobre imóvel de valor superior a trinta salários mínimos, aval ou endosso de nota promissória, casamento e outros negócios jurídicos são formais, porque a lei prescreve a forma de que devem revestir-se. Por outro lado, a generalidade dos contratos, constituição de direito real sobre móvel e outros são negócios jurídicos aformais (ou não solenes).

f) *Receptícios e não receptícios.* Muitos negócios jurídicos só produzem efeitos a partir do momento em que a declaração de vontade do sujeito que o praticou é conhecida por outro ou outros sujeitos. Se o empregador despede o empregado, esse negócio jurídico unilateral só começa a produzir os efeitos pretendidos por aquele com o conhecimento da declaração de vontade por este (Gomes, 1957:283/285). Somente depois de recebida a declaração de vontade pelo sujeito envolvido (nos negócios unilaterais), pela outra parte (nos negócios bilaterais) ou pelas demais partes (dos negócios plurilaterais) é que o negócio jurídico dessa categoria começa a produzir os efeitos desejados. São chamados de receptícios.

No comércio eletrônico, os negócios jurídicos são sempre receptícios. A

oferta apresentada na página acessível pela internete considera-se feita quando os dados eletrônicos correspondentes entram no computador do internetenauta, quer dizer, são processados por essa máquina. Da mesma forma, considera-se aceita a oferta no momento em que a manifestação de vontade concordante do internetenauta ingressa, como dados eletrônicos, nos equipamentos do titular da página.

Os negócios não receptícios independem da cientificação do envolvido ou da parte para ser eficaz. O testamento é negócio jurídico não receptício, porque a tansmissão dos legados nos termos pretendidos pelo testador verifica-se com a sua morte, e não com o conhecimento do ato pelo herdeiro ou legatário.

g) *Principais e acessórios*. Negócios jurídicos principais são os que possuem existência independente, e acessórios os que não podem existir sem outro. A constituição de uma garantia real (hipoteca ou penhor) é negócio acessório ao que gerou a obrigação garantida. A fiança é negócio jurídico acessório em relação ao que vinculou o afiançado ao credor. A condição, o termo e o encargo são modalidades acessórias de negócios jurídicos (item 7). A sorte do negócio principal decreta a do acessório: nulo aquele, nulo também será este.

5. A VONTADE E SUA DECLARAÇÃO

Nem todo negócio jurídico é uma declaração de *vontade*. Há declarações destinadas a produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelo declarante que não encerram um querer, isto é, não são a opção por uma de várias alternativas possíveis. Quando alguém é indicado autor de uma obra (Lei n. 9.610/98, art. 13), a indicação é negócio jurídico, mas não uma declaração de vontade. Também quando os acionistas apreciam em assembleia as prestações de contas da administração, o voto deles é negócio jurídico, mas não expressam uma vontade. Nesses dois casos, está-se diante de uma declaração de verdade, quer dizer, o declarante apenas confirma a realidade de um fato.

O reconhecimento, pela lei, da aptidão dos negócios jurídicos — correspondentes a declarações volitivas ou de verdade, tanto faz — para produzir efeitos corresponde a princípio basilar do direito privado: *o da autonomia da vontade*. Segundo esse princípio, os sujeitos de direito podem, dentro das balizas levantadas pela ordem jurídica, regular seus interesses livremente.

A rigor, porém, os efeitos de fatos jurídicos, sejam eles dependentes ou não da vontade dos sujeitos de direito, ou mesmo da intenção destes, são sempre os definidos pela norma jurídica. Quando a ordem jurídica prevê a realização dos

efeitos projetados pela intenção de um ou mais sujeitos, sempre que declarada (atendida, em alguns casos, uma forma específica), isso se reveste de juridicidade exclusivamente em razão da norma jurídica, e não por algum atributo inerente à vontade de homens e mulheres. Se é eficaz a disposição de última vontade de *Antonio*, e o bem que ele desejava transmitir, após sua morte, à irmã, *Benedita*, é efetivamente transmitido a ela, isto se deve apenas à disciplina legal do testamento. Note-se que a lei, hoje, já restringe os efeitos dessa vontade, ao estabelecer, por exemplo, que a legítima dos herdeiros necessários não pode ser incluída no testamento (CC, art. 1.857, § 1º). Isto é, quem deixa ascendente, descendente ou cônjuge vivo não pode testar sobre a totalidade dos bens de seu patrimônio, mas somente sobre a metade (CC, art. 1.846). Assim, se a lei, no futuro, com o intuito de ampliar o direito constitucional de herança (CF, art. 5º, XXX), vier a restringir ainda mais os efeitos da vontade das pessoas sobre a transmissão de seus próprios bens após a morte, o desejo de *Antonio* em beneficiar *Benedita* talvez não produza mais o efeito que atualmente produz.

A vontade do sujeito só produz os efeitos por ele pretendidos quando a lei o determina. Os efeitos de direito, assim, são sempre produzidos pela norma, ao atribuir consequências aos fatos jurídicos.

Assim, os efeitos jurídicos são sempre os predispostos na norma como consequências dos fatos que descreve. A intenção dos sujeitos de direitos, buscada pela prática dos negócios jurídicos, produz apenas os efeitos que a norma, genérica ou especificamente, prescreve ou admite. Em outros termos, os efeitos jurídicos ou bem são produzidos *diretamente* pela norma (quando descreve fatos jurídicos independentes da intenção dos sujeitos) ou *indiretamente* por ela (quando descreve fatos jurídicos dependentes da intenção dos sujeitos). Neste segundo caso, os negócios jurídicos consideram-se os propulsores imediatos dos efeitos propagados pela intenção dos sujeitos.

5.1. Interpretação da declaração

O estudo do papel da vontade na teoria dos negócios jurídicos costuma ambientar-se no emaranhado de teses que discutem a prevalência da vontade sobre a declaração, ou desta sobre aquela. A intenção inicialmente se apresenta,

por assim dizer, apenas à intimidade cerebral de homens e mulheres. Nem sempre se mostra acabada, mas vai-se elaborando paulatinamente. É a vontade, que ninguém mais pode conhecer enquanto permanecer interna ao espírito da pessoa natural que a concebeu. A declaração é a sua exteriorização. Dá-se oralmente, por gestos, por escrito ou por meio de transmissão eletrônica de dados. No mais das vezes, coincidem vontade e sua declaração. Mas, não sendo este o caso, qual deve predominar? A vontade que realmente motivou a parte a celebrar o negócio jurídico ou a sua versão declarada? Pelas dobras das sutis nuanças próprias da teoria dos negócios jurídicos, desfilam elaborações que ora põem o acento na vontade (Savigny, Windscheid, Enneccerus), ora na declaração (Lenel, Zitelmann, Wach), e há, até mesmo, os que procuraram uma terceira via na objetivação do negócio jurídico (Betti).

A questão é relevante, em primeiro lugar porque há ruídos nas comunicações entre as pessoas. O emissor pensa ter dito uma coisa com a maior clareza possível, mas o receptor compreende outra. Redigido um documento para retratar o encontro de vontades, a leitura da mesma cláusula pode despertar no emissor da declaração determinado significado que não ocorre ao seu receptor, e vice-versa. Ambos podem ficar satisfeitos com o escrito, mesmo tendo cada um diferentes coisas em mente. Quando chamado a cumprir com a obrigação decorrente da vontade declarada, o sujeito pode, surpreso, verificar que a releitura do documento comporta mesmo mais de uma interpretação.

Além da hipótese dos ruídos de comunicação, vontade e declaração se distanciam também por deficiência do escrito. Se o profissional contratado para minutar o contrato não é fiel intérprete da intenção das partes ou não tem suficiente método lógico para minutar instrumento com coerência interna, as partes — especialmente se leigas em matéria jurídica —, ou uma delas que seja, acabam assinando declaração distanciada de suas vontades. Mesmo se o profissional da advocacia encarregado da minuta é rigorosamente lógico e metódico, o instrumento afinal assinado pelas partes, em razão da sobreposição de diversas contribuições de outros advogados, pode não ser coerente. Distancia-se a vontade da declaração, por fim, na hipótese de má-fé das pessoas envolvidas no negócio jurídico.

A vontade do sujeito que o motivou à prática do negócio jurídico pode, por vezes, não coincidir com a consubstanciada na respectiva declaração. Quando é esse o caso, prevalece a vontade declarada sobre a intenção íntima do homem ou mulher envolvidos.

Dar primazia à vontade é respeitar a intenção motivadora do negócio jurídico. Pressupõe-se que o sujeito de direito concordara em praticar tal negócio porque tinha, internamente, determinada intenção. Fossem outras as consequências, o sujeito não teria concordado em praticá-lo. Em sua mente, projetara certos efeitos e queria vê-los realizados, e não outros. Esta foi a *causa* do ato. Se, a final, os efeitos imaginados não se realizarem em razão do descarte da intenção íntima — a "verdadeira" — em favor da declarada, isso equivale a obrigar aquele sujeito *contra* a sua vontade. Mas, por outro lado, é impossível descobrir a intenção do sujeito motivadora de sua participação no negócio jurídico. Ela se manifestou na intimidade cerebral de um homem ou mulher, e ninguém mais lhe tem acesso. O que se comunica é sempre a intenção declarada. Que a declaração não corresponde à vontade, isto é algo que ninguém pode provar. Dar primazia à declaração, assim, é garantir a segurança nas relações jurídicas. Não sendo possível adentrar à intenção motivadora do ato, não há outra alternativa a não ser tomar a declarada como seu fiel retrato.

A lei brasileira contempla regra que, aparentemente, resolveria a questão em favor da prevalência da vontade. O art. 112 do CC prescreve que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". A leitura atenta do dispositivo, porém, revela que, no direito brasileiro, é a declaração que tem primazia sobre a vontade, já que esse dispositivo menciona a intenção *consubstanciada* na declaração, e não a intenção *anterior* à declaração. Se, partindo de diversos indícios e circunstâncias, nota-se que a intenção consubstanciada na declaração não é aquela que emerge da leitura imediata de uma cláusula, o sentido literal da linguagem empregada na redação desta não pode prevalecer. A interpretação da declaração (não da vontade) construída a partir daqueles indícios e circunstâncias prevalece, por lei, sobre a literalidade de uma ou mais cláusulas (cf. Azevedo, 1974:88/116).

Código Civil:

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

Somente se pode interpretar a declaração (mesmo se feita por gestos ou oralmente), e nunca a vontade dos sujeitos. Se *Antonio* diz que vende para *Benedito* seu cavalo por $ 100, e *Benedito* diz que o compra por esse preço, essas declarações de vontade são interpretáveis. Se ao apertarem as mãos simbolizando a conclusão do contrato, *Antonio* pensava em pagamento à vista, mas nada falou a respeito, enquanto *Benedito* pensara em pagamento a prazo, mas também nada dissera, não houve declaração sobre a condição do pagamento. *Antonio* não pode dizer que a condição é à vista *porque* era esta a sua vontade e não teria vendido o cavalo a não ser para receber o dinheiro no ato. *Benedito* também não pode dizer que a condição é a prazo *porque* era assim que queria comprar e não teria concordado com a compra se não pudesse parcelar o pagamento. O mais provável, nesse caso, é *Antonio* e *Benedito* considerarem inconcluso o acordo, um dizendo ao outro: "assim não me interessa o negócio". Mas, se qualquer um deles for a juízo exigir o cumprimento do negócio jurídico, o juiz interpretará unicamente as declarações dadas, e nunca as intenções íntimas, por mais importantes que tenham sido para a causa do negócio. Terá de decidir se, no silêncio das partes sobre as condições de pagamento, pode-se considerar, no direito brasileiro, concluída a compra e venda e, nesse caso, se ela é à vista ou a prazo. Quanto ao primeiro aspecto, não haverá maiores dúvidas, já que a compra e venda "considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço" (CC, art. 482). Tendo *Antonio* e *Benedito* acertado quanto a esses dois elementos (cavalo e $ 100), constituiu-se, não há discussão, o negócio jurídico. Quanto ao segundo aspecto, o juiz invocará o dispositivo de que o credor não é obrigado a receber por partes, ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, *se assim não se ajustou* (CC, art. 314). Quer dizer, não tendo *Benedito*, ao concluir o negócio, manifestado que apenas concordava com o preço se pudesse parcelar o seu pagamento, não se deu nenhum ajuste sobre a matéria. *Antonio*, assim, não é obrigado a receber o pagamento por partes e pode exigi-lo à vista.

Além da primazia da intenção consubstanciada no ato declarativo sobre a literalidade deste, a interpretação da declaração deve nortear-se, também, por

outras regras legais. Quando a declaração de vontade expressa não é necessária, o silêncio (também chamado de “reticência”) importa anuência do sujeito de direito, se as circunstâncias ou os usos autorizam essa interpretação. Se, sem dizer uma só palavra, colho da banca de jornais um exemplar do periódico de minha preferência, estendo ao jornaleiro uma cédula e dele, também silenciosamente, recebo o troco, não poderei ser acusado de ter subtraído indevidamente o bem. Embora ninguém tenha emitido um som que fosse, declarações gestuais suficientes à formação do negócio jurídico foram feitas (CC, art. 111).

Outra regra de interpretação da declaração: deve-se presumir que os sujeitos agiram de boa-fé, e, portanto, não fizeram nenhuma omissão intencional de vontade. Se não apontaram, ao discutir a minuta, impropriedades na redação do documento, foi porque não perceberam eventuais contradições, incoerências ou omissões. Os usos do lugar em que o negócio foi celebrado também servem à interpretação da declaração. Imagine-se que a compra e venda do cavalo do exemplo anterior se tivesse realizado numa feira em que, normalmente, se parcelam em dois o preço dos animais. Provado por *Benedito* que era este o uso do local, deve-se considerar ajustado o pagamento nessas condições, já que nenhuma ressalva fizera *Antonio* sobre o costume (CC, art. 113).

Finalmente, há a regra que determina a interpretação restritiva de determinados negócios jurídicos. Os negócios benéficos devem ser interpretados estritamente em vista da gratuidade de que se revestem. Se é liberalidade, não convém agravá-la em detrimento de quem já não está tendo nenhuma vantagem. Se *Carlos* declarou doar a *Darcy* os livros de sua biblioteca, não se compreendem na doação, por exemplo, as estantes e armários em que estão acondicionados (CC, art. 114). Também a renúncia e a transação se interpretam restritivamente, porque nesses negócios jurídicos o sujeito ou sujeitos concordam em abrir mão de direitos, e não se admite, em princípio, que alguém o faça de modo amplo (CC, arts. 114 e 843). A fiança, por seu turno, é negócio jurídico que não comporta interpretação extensiva (CC, art. 819).

5.2. Reserva mental

A prevalência da declaração sobre a vontade, no direito brasileiro, também se pode sustentar a partir da regra sobre a reserva mental. Dispõe a lei que “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou” (CC, art. 110, *primeira parte*). Desse modo, se entre a intenção motivadora do negócio jurídico e sua declaração há

distância, por ter o sujeito externado vontade que intimamente sabia não querer, a reserva mental não terá efeito de alterar o conteúdo do negócio jurídico.

Imagine que *Evaristo* e *Fabrício* são sócios de uma sociedade limitada que possui um passivo oculto, de natureza fiscal, elevado (isto é, deve impostos que não foram regularmente contabilizados). Com receio de virem a responder pelas obrigações da sociedade, se e quando o fisco a autuar, transferem as quotas que titularizam a *Giselda* e *Hebe*, e permanecem à frente dos negócios apenas como procuradores. A intenção deles não é transferir a titularidade das quotas sociais, mas apenas se preservarem em caso de ação fiscal. Isso, porém, não foi objeto de declaração, ficou mentalmente reservado. Elas, assim, não tiveram conhecimento da verdadeira intenção deles, e declararam querer adquirir a titularidade das quotas sociais. Pois bem, imagine-se que, logo em seguida, aprova a lei uma anistia fiscal ou um estimulante programa de parcelamento das obrigações tributárias. Em função dessas medidas, o temor de *Evaristo* e *Fabrício*, que justificara a transferência das quotas da sociedade devedora, não tem mais razão de ser. Não podem eles, porém, ainda que provando a reserva mental, alterar o conteúdo da declaração emitida (que, para retratar exatamente a intenção desses sujeitos, tornar-se-ia uma cessão sujeita a condição resolutiva) para reaver a participação societária.

A declaração não tem o conteúdo alterado na hipótese de reserva mental do declarante, a menos que o destinatário conhecesse a intenção oculta.

A reserva mental apenas altera a declaração se era do conhecimento do declaratário (CC, art. 110, *parte final*). Quando assim é, considera-se que o destinatário ou destinatários da declaração (ou seja, o outro sujeito envolvido no negócio unilateral, a outra parte do negócio bilateral ou as demais partes do negócio plurilateral), por terem conhecimento da intenção mentalmente reservada, concordaram com ela. No exemplo acima, se *Giselda* e *Hebe* sabiam da intenção de *Evaristo* e *Fabrício* no sentido de apenas procurarem preservar-se de eventual responsabilização fiscal, deve-se compatibilizar a declaração com a reserva mental, como se esta também tivesse sido exteriorizada. Eles e elas, nesse caso, teriam celebrado um contrato de cessão de quotas sociais sob condição resolutiva. Caso os riscos de responsabilização pelo passivo oculto

desaparecessem em razão de anistia ou programa de parcelamento, a cessão de quotas seria desfeita, retornando os cedentes à condição de sócios.

O conhecimento da reserva mental não depende de exteriorização da intenção reservada. Aliás, a parte reservante normalmente espera que a declaratária nada saiba de suas intenções reais. Correspondem estas a desejos que não pretende confessar. A experiência profissional ou de vida da parte declaratária ou mesmo as circunstâncias do negócio, porém, podem fazer com que a vontade real do declarante não passe despercebida. Se há fortes razões para o destinatário da declaração não ignorar a reserva mental, deve-se tê-la por conhecida. Se, no exemplo, *Giselda* e *Hebe* são pessoas com larga experiência em assumir sociedades quebradas (chamam-nas "laranjas"), deve-se considerar que conheciam a intenção mentalmente reservada por *Evaristo* e *Fabrício*.

A reserva mental conhecida da parte declaratária não equivale à simulação. Mesmo no caso de reserva bilateral, não há essa equivalência (Nery Jr., 1983:65). De fato, se tanto uma parte como a outra, ao expedirem suas declarações, fazem reserva mental de suas reais intenções, não convergem necessariamente as intenções reservadas. Cada uma pode ter uma intenção oculta diferente. Mesmo quando conhecidas as reservas mentais das respectivas declaratárias, isso não faz surgir uma intenção simulada comum às partes. Na reserva mental bilateral conhecida das partes declaratárias, o negócio jurídico deve ser alterado em dois sentidos, para se ajustar ao realmente desejado pelas partes.

Antes de encerrar, convém anotar que a interpretação aqui dada ao art. 110 do CC — o conhecimento da reserva mental pela parte destinatária implica a alteração do conteúdo da declaração, para ajustar-se à intenção real da parte reservante — não corresponde à difundida na doutrina. Tradicionalmente, a reserva mental conhecida da parte destinatária é considerada causa de invalidação do negócio jurídico (Nery Jr., 1983). Entendo, no entanto, que o codificador, em 2002, acabou conferindo ao instituto contornos diversos dos apontados pela doutrina anterior. Ao tratar, literalmente, da "subsistência da *manifestação* da vontade", condicionando-a ao não conhecimento da reserva mental pela parte destinatária, a lei está contrapondo a intenção interna e sua exteriorização, dando primazia a esta. Tanto assim que, uma vez conhecida a reserva pela outra parte, encontra-se esta na mesma situação em que se encontraria caso não tivesse sido reservada nenhuma intenção; isto é, caso não houvesse divergência entre o querido internamente e o manifestado. Em nenhum momento, a lei está cuidando da subsistência do próprio negócio jurídico.

6. REPRESENTAÇÃO

A pessoa física absolutamente incapaz, como já examinado (Cap. 7, item 3), não pratica negócios jurídicos diretamente. A *opinião* do menor de 16 anos ou do interdito, na hipótese de incapacidade absoluta, é juridicamente irrelevante. Não tem eficácia jurídica nenhuma o fato de ele considerar, ou não, do seu interesse o negócio. Sua *vontade* será expressa pelo representante que a lei lhe atribuiu (pais, tutor ou curador). O absolutamente incapaz poderá também fazer-se representar por um procurador, caso o seu representante legal tenha, em nome dele (incapaz), outorgado mandato a terceiro.

A pessoa relativamente incapaz também não pratica o negócio jurídico diretamente, por si mesmo, porque, para a plena validade deste, é necessário que esteja acompanhada do seu curador, na condição de assistente. Em regra, assim, o relativamente incapaz não é representado, mas assistido. Poderá, contudo, ser representado, como qualquer outra pessoa, se, devidamente assistido, vier a outorgar mandato a alguém.

Já a pessoa física capaz e os demais sujeitos de direito (pessoas jurídicas e sujeitos despersonificados) podem optar em praticar o negócio jurídico diretamente ou por meio de interposta pessoa (mandatária). Neste último caso, haverá representação.

6.1. O conceito de representação

O conceito de representação possui um significado amplamente difundido na comunidade jurídica que não corresponde, rigorosamente, ao seu conteúdo técnico. Por outro lado, o seu significado técnico é empregado com ambiguidade pela lei. É necessário, assim, para evitar qualquer sorte de desentendimentos, aclarar o correto significado da expressão e desfazer a ambiguidade que a cerca.

a) *Conteúdo técnico de representação*. Para aclarar o conteúdo técnico da expressão “representação”, parta-se da evidência de que os sujeitos de direito não humanos — pessoa jurídica e entes despersonificados — têm a vontade formada e expressada necessariamente por homens e mulheres.

Os órgãos de representação das pessoas jurídicas são ocupados por seres humanos que, submetidos ou não à observância do princípio majoritário, definem a vontade das associações, fundações e sociedades (Cap. 8, item 6). São os seus administradores e diretores. A rigor, dispensando a mais estrita atenção ao uso técnico dos conceitos jurídicos, não se poderia chamá-los de *representantes legais* destas. Eles não são sujeitos de direito investidos de poder

para manifestar a vontade de *outro* sujeito; são membros de órgão de entes não humanos com a atribuição de expressar a vontade destes. Não representam a pessoa jurídica; fazem presente a vontade dela. Por isso, a designação técnica mais adequada para administradores e diretores de pessoa jurídica seria a de *presentantes legais* (Miranda, 1965, 50:385). Desse modo, no rigor da técnica jurídica mais aprimorada, uma sociedade anônima é *presentada* por seu diretor presidente e pode ser *representada* por um procurador.

O que se disse sobre administradores e diretores de pessoas jurídicas estende-se aos responsáveis pela manifestação de vontade dos entes despersonificados (o síndico do condomínio, o administrador judicial da massa falida, o inventariante em relação ao espólio etc.). Eles não são, rigorosamente falando, *representantes* da entidade despersonalizada, mas pessoas incumbidas de formular a vontade desta. Quando o síndico outorga, por exemplo, mandato para um advogado ingressar com ação judicial no patrocínio de interesse do condomínio, ele está tornando presente a vontade desse sujeito despersonificado no sentido de nomear aquele profissional seu representante (isto é, do condomínio).

O rigorismo técnico de chamar os responsáveis pela formação da vontade de entes não humanos por *presentantes legais*, porém, tem sido descartado. Nos livros de doutrina, na jurisprudência e mesmo na lei, é largamente disseminado o uso da expressão *representante legal* para identificá-los. Em consequência, é necessário certa tolerância. Neste *Curso*, em vista de sua natureza didática, faço largo uso da expressão "representante" no sentido vulgar. Mas, note-se, chamar os presentantes de representantes não significa desconhecer a significativa diferença que existe entre as duas hipóteses. Pelo contrário, mesmo se valendo da expressão tecnicamente inapropriada, não se pode esquecer que o responsável pela manifestação da vontade de sujeito despersonificado não se encontra sob o mesmo regime jurídico do representante investido de poderes pela lei ou por mandato. A implicação é clara e relevante: os arts. 115 a 120 do CC *não* se aplicam aos administradores e diretores de pessoas jurídicas, ou aos responsáveis pela manifestação da vontade dos entes despersonificados.

Representação, em sentido técnico, designa a formação da vontade de um sujeito (representado) por outro (representante) em razão de poderes outorgados pelo próprio interessado ou, se for este incapaz, pela lei. Não se considera, rigorosamente falando, representante do sujeito não humano o responsável pela formação da vontade deste (administrador ou diretor de pessoa jurídica, por exemplo).

b) *Ambiguidade*. Representação é conceito de emprego ambíguo pela lei. Em sentido largo, abrange toda e qualquer hipótese em que a vontade do sujeito titular do interesse jurídico (o *representado*) é manifestada por outro sujeito (o *representante*), investido de poderes para falar em nome do primeiro. Nessa acepção, a origem dos poderes de representação — se derivados da lei ou concedidos pela vontade do representado — é indistinta. Por exemplo, no art. 115 do CC, a lei estabelece que "os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado", empregando o conceito no sentido largo.

Quando concedidos por lei os poderes do representante, denomina-se *legal* a representação, e quando concedidos pela vontade do representado, *voluntária* ou *convencional*. O negócio jurídico de outorga de poderes de representação pelo próprio representado é o contrato de *mandato*, que se instrumentaliza na *procuração*. Desse modo, o que recebe os poderes de representação (chamado *mandatário* ou *procurador*) é o representante investido nos seus poderes por vontade do próprio interessado.

Em sentido estrito, representação significa a outorga *pela lei* dos poderes para expressar a vontade alheia. Agora, tem relevância a origem dos poderes de representação, e não se consideram os derivados da vontade do representado. Representação, aqui, é sinônimo de representação legal. O art. 22 do CC, por exemplo, ao cuidar da curadoria dos bens do ausente, condicionou a nomeação do curador à inexistência de "representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens", usando o conceito no sentido restrito (Cap. 7, item 6.1). Nesse dispositivo, o mandatário ou procurador, em razão da origem negocial dos poderes que titulariza, não é considerado espécie de representante.

> *Em sentido amplo, representação abrange a outorga de poderes para um sujeito (o representante) manifestar a vontade de outro (o representado). Em sentido estrito, significa apenas a outorga derivada da lei. O mandatário ou procurador, que recebe seus poderes pela vontade do representado, não se considera representante nessa segunda acepção.*

Em razão da ambiguidade, convém sempre atentar-se ao contexto da norma jurídica, da decisão judicial ou da ponderação tecnológica, para não confundir os sentidos da expressão. Neste capítulo, por exemplo, "representação" é

empregada em seu sentido largo, e abrange tanto a legal como a voluntária.

6.2. Os poderes de representação

O representante está investido de poderes para manifestar a vontade do representado. Isto é, por todos os negócios jurídicos que, no exercício da representação, o representante praticar em nome do representado, este responde como se tivesse sido ele mesmo que o praticara sem a interferência daquele (CC, art. 116).

Os poderes do representante, no caso da representação legal de pessoa absolutamente incapaz, são *absolutos*, no sentido de não existir negócio jurídico que o representado possa fazer sem a interferência de seu representante. O menor de 16 anos e o amental desprovido de discernimento para o comércio jurídico, por exemplo, não podem praticar atos e negócios jurídicos diretamente, em nenhuma hipótese. Sempre será o representante legal o único sujeito em condições de manifestar a vontade do absolutamente incapaz. Já no caso da representação voluntária, os poderes são *relativos*, porque o representado, em nenhum momento, mesmo no mandato com cláusula "em causa própria" (CC, art. 685), fica impedido de praticar o ato diretamente. A representação voluntária não inibe a prática do negócio jurídico pelo representado, por si mesmo, porque a outorga do mandato não importa, em nenhum caso, a transferência de direitos dele para o representante.

Os poderes de representação podem ser absolutos ou relativos. No primeiro caso, em razão da representação, o representado não pode praticar o negócio jurídico diretamente. No segundo, a representação não inibe a prática do negócio jurídico pelo próprio representado.

Os poderes de representação classificam-se em *amplos* ou *limitados*. Os poderes relativos, embora possam ser em tese amplos, são normalmente limitados. O mandante, em geral, encarrega o mandatário de cuidar de determinados assuntos. Limita, portanto, os poderes de representação aos negócios de que não quer ou não pode cuidar diretamente. A sociedade empresária que constitui um mandatário para representá-la numa praça distante de sua sede normalmente circunscreverá os poderes de representação aos negócios celebrados nesse mercado.

Mesmo os poderes absolutos não são, via de regra, amplos. Isto porque a lei considera “anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”, *salvo* se permitido pela lei ou pelo representado (CC, art. 117). A lei fala impropriamente em negócio celebrado “consigo mesmo”, relação jurídica que simplesmente não existe. Trata ´se de uma metáfora. Se o *Banco ABC S.A.* outorga a *Antonio* mandato para vender um imóvel de sua propriedade ao próprio outorgado (*Antonio*), não há negócio consigo mesmo, porque as partes são diferentes. De um lado, como vendedor, *Banco ABC S.A.*, e, de outro, como comprador, *Antonio* — dois sujeitos de direito diferentes. O fato de uma das partes ser também o representante da outra não suprime a bilateralidade do negócio jurídico.

Assim, como regra, mesmo se absolutos, os poderes de representação não podem ser exercidos com o objetivo de transferir bem do representado para o representante. Esse é um limite inerente aos poderes de representação, em virtude do qual o representante não pode ser a outra parte do negócio jurídico em que representa o representado. Claro, poderá sê-lo apenas dentro da ressalva legal, isto é, havendo permissão na lei (em relação aos *poderes absolutosI*) ou em declaração de vontade do representado, como no caso do mandato com a cláusula “em causa própria” (*poderes relativos*).

Em suma, em qualquer representação há limites. Na voluntária, os especificados pelo representado; na legal, os relacionados aos negócios em que o representante é também a outra parte. Desse modo, o curador do absolutamente incapaz, malgrado ter poderes absolutos de representação, não pode adquirir para si bens do interdito sem autorização do juiz, porque não titulariza poderes amplos (CC, art. 1.749, I).

Os poderes de representação podem ser, também, amplos ou limitados. Os poderes relativos costumam ser limitados pelos termos do instrumento de outorga. Em qualquer caso, porém, mesmo no de poderes absolutos, são eles limitados pela anulabilidade dos assim chamados "negócios consigo mesmo", uma metáfora para designar as relações negociais em que uma das partes é também representante da outra parte.

Na hipótese de titularizar poderes relativos limitados, o representante deve observar os termos de sua investidura, não podendo excedê-los. *Em princípio*, o representado não está vinculado aos negócios praticados em seu nome com extrapolação dos poderes pelo representante. Por essa razão, o terceiro com

quem o procurador entabula relações pelo representado também deve acautelar-se e exigir a exibição da procuração. Se o representante não provar sua qualidade e extensão dos poderes, responderá pessoalmente pelo excesso (CC, art. 118). De qualquer modo, uma vez ciente o terceiro contratante dos limites dos poderes de representação outorgados ao mandatário, se celebrar com este negócio que os excede, não estará contratando com o representado. Este só se vincula pelos atos praticados pelo representante, nos limites dos poderes de representação. Imagine que *Antonio* outorgou a *Benedito* poderes para representá-lo junto a *Carlos* na locação de um imóvel. Se *Benedito* assina, em nome de *Antonio*, um contrato de compra do imóvel de *Carlos*, ele está praticando em nome do representado negócio estranho ao objeto do mandato. Nesse caso, *em princípio*, *Antonio* não se obriga, porque tinha incumbido *Benedito* de alugar e não de comprar o bem. Por essa razão, convém a *Carlos* acautelar-se e conhecer os limites dos poderes outorgados a *Benedito*.

Mas a questão não se esgota na regra geral de eficácia do mandato circunscrita aos limites dos poderes outorgados. Há hipóteses particulares em que o direito, para proteger a boa-fé dos contratantes (teoria da aparência) ou em vista da vulnerabilidade de um deles em face do outro (tutela dos consumidores), vincula o representado pelos atos do representante, mesmo se praticados com excesso de poderes.

Se o terceiro contratante sabia (ou deveria saber) de algum conflito de interesses entre representante e representado, o negócio jurídico que realizar com este por meio daquele é anulável (CC, art. 119). Considera a lei que o conflito de interesses entre representante e representado compromete a validade da representação, se o terceiro tinha conhecimento de sua existência ou deveria conhecê-la. Se não havia como o terceiro saber do conflito, e, de fato, nada sabia dele, o negócio jurídico é válido, restando ao representado apenas a possibilidade de ressarcir-se junto ao seu representante.

7. MODULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico é a declaração de vontade de um sujeito de direito voltada à produção dos efeitos jurídicos por ele pretendidos e predispostos, genérica ou especificamente, na lei. Diz-se negócio *puro e simples* quando seus efeitos se projetam assim que praticado. Se vou ao supermercado, recolho das gôndolas diversos produtos cujo preço encontra-se à minha disposição e dirijo-me ao caixa, celebramos eu e o empresário titular daquele estabelecimento varejista um negócio jurídico de compra e venda de bens móveis. Os efeitos são imediatos à

celebração: pagos os produtos que exibi ao caixa, torno-me seu titular.

Há, porém, negócios jurídicos em que o sujeito de direito declarante não quer que os efeitos perseguidos se projetem de imediato, logo em seguida à sua realização. Modula, por assim dizer, o negócio a partir de sua vontade. Diz, por exemplo, que somente após a verificação de um evento se dará o efeito pretendido; ou estabelece que, verificado um evento, o efeito indicado deixará de existir; fixa uma data a partir da qual ou até a qual o efeito se realiza; ou, ainda, submete-o a determinada contrapartida do sujeito envolvido. Os instrumentos para essa modulação são a condição, o termo e o encargo.

A doutrina costuma lecionar que esses instrumentos, aos quais chama de modalidades acessórias do negócio jurídico, seriam os seus elementos acidentais. Enquanto o sujeito de direito e o objeto seriam os elementos essenciais, porque sem eles o negócio não existe; a condição, termo e encargo seriam os acidentais, uma vez que existem negócios jurídicos não subordinados a essas modulações (Rodrigues, 2002:239/240; cf. Pereira, 1961:478).

7.1. Condição

Condição é a cláusula derivada exclusivamente da vontade das partes que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto (CC, art. 121). Se *Darcy*, produtor de laranjas, vende a *Evaristo*, que fabrica suco, todas as frutas de sua próxima safra, podem eles pactuar que o negócio fique sujeito à condição de colher-se esta. Quer dizer, caso se perca a produção em razão de uma geada, *Darcy* não será obrigado a vender a laranja, nem *Evaristo* a comprá-la.

A condição pode ser de duas espécies: suspensiva ou resolutiva. No primeiro caso, os efeitos do negócio jurídico só se projetam com a verificação do evento (CC, art. 125) e, no segundo, deixam de existir caso o evento se verifique (CC, art. 127). Na verdade, qualquer condição pode ser descrita por dois ângulos. Pelo positivo, a verificação do evento futuro e incerto desencadeia os efeitos do negócio; pelo negativo, sua não verificação obsta que os efeitos se produzam. No caso exemplificado acima, pode-se descrever a condição no sentido de que, verificada ela, projetam-se os efeitos desejados pelas partes (ângulo positivo); ou no sentido de que, não verificada, deixam de se projetar tais efeitos (ângulo negativo). Em razão disso, pode parecer que qualquer condição poderia ser suspensiva ou resolutiva, simplesmente em decorrência do ângulo escolhido para descrevê-la. Na verdade, o decisivo para classificar a condição diz respeito à produção de efeitos imediatos à celebração do negócio, que se frustram com o

implemento da condição — característica da condição resolutiva. Inexistindo efeitos imediatos por força de uma condição, será ela suspensiva, malgrado possa ser descrita pelo ângulo negativo.

O exemplo da venda da laranja condicionada à colheita da safra é pertinente à condição suspensiva. Enquanto não chega o momento da colheita, nem *Darcy* tem obrigações de vendedor, nem *Evaristo*, de comprador. Estão ambos simplesmente aguardando a época em que o evento pode, ou não, realizar-se. Veja-se, agora, outro exemplo. *Fabrício* vende a *Germano* um cavalo de corrida, acertando que o negócio estará desfeito se o animal não se posicionar entre os primeiros colocados num grande prêmio que se realizará em seis meses. Os efeitos do negócio jurídico estão já dados de imediato: *Germano* deve pagar o preço, e, como dono do animal, arca com as despesas de seu treinamento e manutenção, inscreve-o nas corridas que quiser etc. *Fabrício*, a seu turno, não tem, até a época em que o evento futuro e incerto pode ou não se verificar, nenhuma responsabilidade de proprietário, nem direito. Chegando o momento do grande prêmio, se o animal acaba se posicionando entre os primeiros colocados, não é desfeita a compra e venda. Ocorrendo, porém, o inverso, resolve-se (isto é, desfaz-se) o contrato por implemento da condição.

Em suma, a condição é suspensiva se nenhum efeito do negócio jurídico se realiza antes do seu implemento; e resolutiva, se todos os efeitos se realizam em seguida ao negócio, mas deixam de se realizar caso venha a se implementar a condição.

Condição é a cláusula do negócio jurídico, derivada exclusivamente do encontro de vontade das partes, que lhe subordina os efeitos a evento futuro e incerto. Se, desde logo, os efeitos se projetam, mas podem deixar de se projetar em razão do evento futuro, é resolutiva *a condição. Se, por outro lado, os efeitos não se projetam de imediato mas só depois de ocorrido o evento futuro, então é suspensiva a condição.*

As partes são inteiramente livres para fixar as condições que reputarem adequadas aos seus interesses, desde que estas não contrariem a lei, a ordem pública e os bons costumes (CC, art. 122). Como será visto logo mais, as condições contrárias à lei invalidam o próprio negócio jurídico, já que a sua ilicitude compromete também a dele, por força de expressa previsão legal (CC, art. 123, II). As que contrariam a ordem pública e os bons costumes são também inválidas, mas não há dispositivo expresso estabelecendo o comprometimento da

validade do negócio jurídico nesse caso. A distinção é importante. Quem vende sob condição ilícita, não vende, porque inválido é o próprio negócio. Já quem vende sob condição contrária à ordem pública ou aos bons costumes, vende incondicionalmente.

Não permite a lei, ademais, condições que privam de todo efeito o negócio jurídico (locação em que a entrega da coisa ao locatário é condição resolutiva do contrato, por exemplo) ou o sujeita ao puro arbítrio de uma das partes (compra e venda em que a venda fica condicionada exclusivamente à vontade unilateral do vendedor) (CC, art. 122). Nesses casos, não há propriamente ilegalidade da condição ou do negócio jurídico, mas *inexistência* deste. A condição que priva de todo o efeito o negócio jurídico não é ilegal, mas impede que este venha a se constituir; a que submete a formação do negócio jurídico ao arbítrio de uma das partes também não é ilegal, mas contratá-la equivale a não contratar. Não permite, por outro lado, a lei que se pactuem condições resolutivas impossíveis ou as de não fazer coisa impossível (CC, art. 124). Por imperativo lógico, condições como estas não existem. Se o fato que poderia eventualmente resolver o negócio nunca se realizará, em razão de sua impossibilidade, então é o negócio que nunca se resolverá por esse motivo; a própria condição não existe. Igualmente, subordinar os efeitos do negócio jurídico à não realização de coisa impossível por uma das partes (ou pelas duas) é o mesmo que subordiná-los a nada, já que o impossível não se pode fazer ou não fazer. Nesses casos, o negócio existe, mas a condição não.

Certas condições, por outro lado, invalidam o negócio jurídico. Aqui, não se cuida de inexistência do negócio ou da condição, mas de invalidade. O negócio existe, mas não vale porque sujeito a condição legalmente inválida. Trata-se da condição ilícita ou de fazer coisa ilícita (CC, art. 123, II). Se *Hebe* vende a *Irene* seu automóvel, estabelecendo elas, como condição resolutiva, que *Irene* só se tornará proprietária dele se furtar certo bem de *João*, o negócio de compra e venda é inválido, porque ilícita a condição contratada.

A lei lista duas outras hipóteses de condições inválidas: *a*) a física ou juridicamente impossível, quando suspensiva; *b*) as incompreensíveis ou contraditórias (CC, art. 123, I e III). Essas hipóteses, contudo, não ampliam as das condições inválidas. Começo destacando que, se a condição suspensiva é fisicamente impossível, isso equivale à inexistência da condição, e não à sua ilegalidade. Não se deve aplicar, portanto, a primeira parte do inciso I do dispositivo em foco. A impossibilidade jurídica do mesmo inciso I, por outro lado, abrange as mesmas hipóteses da ilicitude referida no inciso II. São

expressões sinônimas: o que é impossível juridicamente é ilícito; se não for ilícito, é juridicamente possível. A segunda parte do inciso I, desse modo, já está abrangida no inciso II do art. 123. Em relação, por fim, ao inciso III, as hipóteses de incompreensão ou contradição da cláusula que estipula a condição não deve invalidar todo o negócio jurídico, mas unicamente a cláusula. Assim, a condição incompreensível ou contraditória deve ser tida também como inexistente, sem se comprometer a existência e validade do negócio jurídico.

É inexistente o negócio jurídico se sujeito a condição que o priva de todos os efeitos ou submete sua realização ao puro arbítrio de uma das partes. Por outro lado, é inexistente a condição fisicamente impossível. Por fim, é inválido o negócio jurídico sujeito ao implemento de condição ilícita ou de fazer algo ilícito.

O evento futuro e incerto não pode ter seu implemento impedido intencionalmente pela parte desfavorecida pela verificação da condição, nem o seu implemento provocado fraudulentamente pela parte favorecida pela sua verificação. Desse modo, para coibir esses atos de má-fé, reputa-se verificada a condição, quanto aos efeitos projetados pelas partes, se seu implemento tiver sido maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer. Igualmente, dá-se por não verificada a condição cujo implemento derivou de ação maliciosa da parte a quem favorecer (CC, art. 129). No exemplo da venda do cavalo, entre *Fabrício* e *Germano*, considere que este, por ter-se arrependido do negócio, não alimenta nem treina adequadamente o animal, ou instrui o jóquei a não se empenhar no grande prêmio. Tem ele o objetivo de levar a efeito, a qualquer custo, o implemento da condição resolutiva. Reputa-se, entretanto, não verificada a resolução, para coibição da fraude perpetrada.

O titular de direito eventual, sujeito à implementação de condição suspensiva ou à não verificação da resolutiva, tem tutelado pela lei o interesse em defendê-lo desde logo (CC, art. 130). Se me tornarei proprietário de uma fazenda, caso ocorra o evento contratado, e vejo que a estão invadindo, encontro-me já legitimado à ação possessória, mesmo antes de implementada a condição suspensiva. Do mesmo modo, ninguém pode ser considerado parte ilegítima, na ação de defesa de certo bem, ao pretexto de que pende condição resolutiva. Se adquiri a fazenda sob a condição de, em três anos, alcançar determinado nível de produção, já estou legitimado para defender minha posse, malgrado o evento

futuro e incerto capaz de me subtrair a propriedade.

7.2. Termo

Como regra geral, os negócios jurídicos entre vivos são prontamente exequíveis (CC, art. 134). Feita a declaração pela parte, no negócio unilateral, ou alcançada a convergência de declarações das partes, nos demais, segue-se a execução da vontade declarada com vistas a alcançar os efeitos perseguidos. Não se verifica a imediata exequibilidade do negócio entre vivos se a execução tiver de ser feita em lugar diverso daquele em que se encontra o declarante ou declarantes ou depender materialmente de tempo. Nos negócios jurídicos *causa mortis*, os efeitos são postergados para o dia em que ocorrer o falecimento do declarante.

Essas regras gerais atinentes ao tempo em que se projetam os efeitos do negócio jurídico não se aplicam se os sujeitos de direito participantes houverem estabelecido em sentido diverso. Assim, por vontade das partes, a projeção dos efeitos do negócio jurídico pode ser postergada para determinado dia após a declaração que o constitui, assim como pode ser encerrada em época por elas predefinida. Locador e locatário podem, por exemplo, assinar o contrato de locação no dia 20 de setembro de um ano, fixando que ela se iniciará no dia 20 de novembro do mesmo ano. Os efeitos desse negócio (dever de o locatário pagar o aluguel, dever de o locador entregar a coisa locada etc.) não se realizam antes da data estabelecida, de comum acordo entre as partes.

Quando o início e o fim dos efeitos do negócio jurídico operam-se em função do tempo, chama-se *termo* o fato jurídico que implementa um e outro. Ao contrário da condição, que corresponde a evento futuro e incerto (que pode ou não se verificar), o termo corresponde a evento futuro e certo (que não deixará de se verificar). O inexorável fluir do tempo fará inevitavelmente com que a data fixada para início dos efeitos do negócio jurídico se verifique. Também fará inevitavelmente com que ocorra a estabelecida para encerramento desses efeitos.

A data em que têm início os efeitos do negócio jurídico chama-se termo inicial, termo suspensivo ou *dies a quo*; a data em que estes têm fim é denominada termo final, termo resolutivo ou *dies ad quem*. Ao termo inicial e final, diz a lei, aplica-se, no que couber, o disposto respectivamente sobre condição suspensiva e resolutiva (CC, art. 135).

Termo inicial é o dia em que os efeitos do negócio jurídico têm início; termo final, o dia em que deixam de existir. Prazo é o lapso entre a declaração constitutiva do negócio jurídico e o termo, ou entre o termo inicial e o final.

Prazo é o tempo decorrido ou a decorrer entre a declaração e o termo, ou entre o termo inicial e o final. Se a locação é contratada para ter início em três meses a contar da data da assinatura do instrumento do contrato, o interregno entre a declaração convergente de vontade de locador e locatário e o termo inicial é o prazo para início dos efeitos do vínculo locatício. Se, ademais, é contratada por prazo determinado de trinta meses, o período entre os termos inicial e final do negócio jurídico corresponde ao prazo de vigência da locação.

A lei prescreve regras para contagem dos prazos.

Primeira, salvo disposição em lei ou contrato, os prazos computam-se excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento (CC, art. 132). Desse modo, dez dias após 1º de fevereiro cai em 11 de fevereiro (despreza-se o dia 1º, que é o do começo, somam-se dez dias a partir de 2 de fevereiro e inclui-se o 10º dia). Se o devedor deve pagar nesse prazo, se o fizer até o último minuto do dia 11 de fevereiro, terá adimplido sua obrigação tempestivamente (isto é, a tempo).

Segunda, se o dia do vencimento cair em feriado, prorroga-se o prazo até o dia útil seguinte (CC, art. 132, § 1º). Para a generalidade dos negócios jurídicos, o dia é útil se, no local de sua execução, não for feriado municipal, estadual ou federal. Apenas para os negócios sujeitos ao direito comercial a regra é mais precisa: será útil se houver expediente bancário (Lei n. 9.492/97, art. 12, § 2º). Lembre-se que o ponto facultativo, vez por outra decretado pelos chefes dos Poderes, apenas autoriza a suspensão do trabalho do funcionário público pelas respectivas chefias, e, por isso, não torna o dia feriado para os efeitos do direito privado. Se, no exemplo acima, o dia 11 de fevereiro daquele ano for um sábado, o prazo de dez dias, contados a partir de 1º de fevereiro, encerrar-se-á no primeiro dia útil subsequente, ou seja, 13 de fevereiro, segunda-feira.

Terceira, meado considera-se o 15º dia do mês, independentemente do total de dias que ele possua (CC, art. 132, § 2º). Se o vencimento da obrigação está previsto para “meados de fevereiro”, dar-se-á em 15 de fevereiro, embora esse mês tenha, na maioria das vezes, apenas 28 dias.

Quarta, prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início (CC, art. 132, § 3º, *primeira parte*). Se as partes convencionaram que os serviços seriam prestados por cinco anos a contar da data da assinatura do contrato, e esta

se deu em 1º de fevereiro de 2003, o termo final será o dia 1º de fevereiro de 2008. No caso de não existir dia de número igual, considera-se concluído o prazo no imediato (CC, art. 132, § 3º, *segunda parte*). Desse modo, o prazo de um mês a contar de 31 de agosto, cai em 1º de outubro; o de um ano a contar de 29 de fevereiro de ano bissexto cai em 1º de março do ano seguinte. Note-se que a regra vigente no direito cambiário é diferente, já que, em razão do art. 36 da Lei Uniforme de Genebra, os meses contam-se pelos meses e os dias, pelos dias. Assim, para contagem de prazos de vencimento de uma nota promissória ou de apresentação de cheque ao banco sacado, um mês a contar de 31 de agosto será o dia 30 de setembro, e um ano a contar de 29 de fevereiro de ano bissexto cairá em 28 de fevereiro do ano seguinte.

Quinta, os prazos fixados em hora contam-se de minuto a minuto (CC, art. 132, § 4º). Trata-se de hipótese muito rara, pelas dificuldades que encerra. A consulta ao calendário é suficiente para eliminar qualquer dúvida sobre a data em que se deu certo evento, mas a hora exata já depende de variáveis menos precisas. Mas, de qualquer modo, fixando as partes do negócio jurídico um prazo em horas, ele será contado por minuto. Note-se que não sendo a hora a unidade de medida do tempo, ela não tem importância. Se o contrato é assinado às 13:40 horas do dia 1º de outubro, para vigorar por meses ou anos, a hora da assinatura, ainda que lançada no instrumento, não tem relevância nenhuma.

Os prazos presumem-se estabelecidos em favor do devedor. Quer dizer, em princípio, para cumprir a obrigação, não precisa o devedor aguardar o início do prazo contratado. Essa presunção da lei apenas não se opera quando do teor do instrumento ou das circunstâncias em que foi celebrado o negócio jurídico decorrer que o objetivo da fixação do prazo foi favorecer o credor. Nos testamentos, presume-se fixado o prazo em favor do herdeiro.

7.3. Encargo

Nos negócios jurídicos gratuitos, isto é, que decorrem de liberalidade do declarante (disponente), o efeito da declaração pode estar sujeito, por força da disposição de vontade deste, ao cumprimento de uma obrigação por parte do beneficiário. *Quem pode o mais, pode o menos* — diz um brocardo jurídico sem lógica nenhuma, mas de grande operacionalidade tecnológica. Se o disponente pode não liberalizar nada de seu patrimônio, pode também liberalizar *desde que* o beneficiário concorde em dar, fazer ou não fazer algo. No testamento, por exemplo, o testador pode estabelecer que deixa determinado bem como legado a um herdeiro (dinheiro empregado num fundo de investimento) desde que este

concorde em executar certa obrigação e a execute (formar-se num curso superior). A doação, outro exemplo, pode ser contratada com ou sem encargo. No primeiro caso, o donatário não tem nenhuma obrigação a cumprir para tornar-se proprietário da coisa doada; na doação com encargo, ao revés, ele só titulariza a propriedade se cumprir a obrigação constante do contrato.

Deve ser pequeno o valor do encargo, quando contraposto ao da prestação a que o beneficiário fará jus se o cumprir. Se o encargo não valer pouco diante da prestação, terá a natureza de remuneração, desconstituindo-se a natureza gratuita do contrato (Cap. 32, item 1).

O negócio jurídico gratuito pode, ou não, estar sujeito a encargo por vontade do declarante que pratica a liberalidade. Salvo se o encargo se revestir de expressa natureza suspensiva, corresponderá às condições resolutivas. Assim, o beneficiário do negócio gratuito é, desde logo, titular do objeto negocial e apenas deixará de sê-lo caso não cumpra com a contrapartida.

Em princípio, o encargo (também chamado de *modo*) não suspende a aquisição nem o exercício do direito (CC, art. 136). Tem correspondência, assim, com as condições resolutivas. Via de regra, pois, o beneficiário da liberalidade já se investe na condição de titular do objeto negocial, tão logo se iniciem os efeitos do negócio jurídico gratuito. Não cumprindo a obrigação — dentro do prazo assinalado pelo disponente, ou num prazo razoável em caso de omissão —, podem os interessados (por exemplo, herdeiros legítimos do testador, o próprio doador ou seus sucessores) postular a decretação, em juízo, da ineficácia do negócio jurídico, para que o bem retorne ao patrimônio originário.

A correspondência entre o encargo e as condições resolutivas é a regra geral, que pode ser excepcionada pela vontade do declarante. Se o testador, doador ou outro disponente estabelecer expressamente o encargo como condição suspensiva, o herdeiro, donatário ou beneficiado só são proprietários do objeto negocial após executarem a contrapartida que lhes foi atribuída.

Se o encargo é ilícito ou impossível, deve-se verificar se é o motivo determinante da liberalidade ou não. Em sendo, o negócio jurídico gratuito é inválido. Caso contrário, preserva-se a validade do negócio, mas considera-se inexistente (não escrito) o encargo (CC, art. 137). Exemplo: um grande matemático pode doar a um pupilo genial certa quantia em dinheiro, com o

encargo de resolver um problema intrincado. Mostrando-se, depois, impossível a solução do problema, o bem pertencerá ao professor ou ao aluno dependendo da motivação que levou o primeiro à liberalidade. Se pretendia premiar precisamente a resolução do problema, a impossibilidade de execução do encargo compromete a validade do negócio jurídico. Mas se a intenção era, na verdade, apenas estimular o aluno à reflexão, o encargo considera-se inexistente, porém válida a doação. No primeiro caso, o dinheiro objeto do negócio jurídico pertence ao matemático; no segundo, ao aluno.

8. EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A existência e validade são atributos diferentes do negócio jurídico (Azevedo, 1974). Para existir o negócio jurídico é necessária, inicialmente, a conjugação dos seus elementos essenciais: sujeito de direito, declaração e objeto. É necessário, em outras palavras, que pelo menos um sujeito de direito emita declaração de vontade acerca de um objeto. Mas isso é apenas o esquema geral. A existência do negócio jurídico depende ainda de determinadas características da declaração e do objeto. Ele não surge, deveras, de qualquer declaração de vontade sobre qualquer objeto.

Em relação à declaração, deve ser ela intencional, isto é, deve ter por finalidade produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelo declarante. Nem todos os atos voluntários, lembre-se, são intencionais e apenas estes últimos se consideram negócios jurídicos. A seriedade é outra qualidade da declaração que, dependendo do contexto, exige-se do sujeito de direito. Os atores, claro, não se vinculam às declarações intencionais de vontade que emitem ao representarem personagens. Quem se encontra numa mesa de bar, entre amigos, e emite certa declaração jocosa e divertidamente descabida também não está praticando nenhum negócio jurídico. Porém, se as circunstâncias que cercam a declaração de vontade são sérias, o sujeito não pode, posteriormente, pretender a inexistência do negócio jurídico alegando que estava apenas brincando.

Quanto ao objeto, deve ser possível de existir. Se a declaração intencional de vontade diz respeito a objeto impossível, não é negócio jurídico. Aqui, está-se considerando apenas a possibilidade material do objeto. Não há negócio jurídico referido a algo que não pode existir. Quem declara intenção de alienar bem impossível de existir não faz negócio jurídico, mas ato ilícito (Cap. 11). A lei brasileira impropriamente define a “possibilidade” do objeto como requisito de validade do negócio jurídico (CC, art. 104, II) sem aclarar se menciona a física ou a jurídica. A possibilidade física não é requisito de validade, mas pressuposto

de existência do negócio jurídico, enquanto a jurídica diz respeito à licitude do objeto, requisito também mencionado no mesmo dispositivo (item 10.2).

A conjugação dos elementos essenciais, por si, não faz surgir o negócio jurídico. Para que ele exista, é condição necessária a sua juridicidade. Ou seja, a declaração intencional de vontade de um sujeito de direito sobre objeto possível é negócio jurídico apenas se uma *norma jurídica*, genérica ou especificamente, descrever esse fato como desencadeador dos efeitos pretendidos pelo sujeito declarante. A descrição normativa genérica se encontra, por exemplo, no princípio da autonomia da vontade ou na disciplina dos contratos atípicos (CC, art. 425). A descrição específica é relativa a negócios particulares, como testamento, contratos típicos (compra e venda, doação, alienação fiduciária em garantia etc.), casamento, emissão de cambiais e outros. Sem a norma jurídica atribuindo à declaração intencional de vontade os efeitos objetivados pelo sujeito de direito não há negócio jurídico.

Existência e validade do negócio jurídico são atributos diferentes. Existe o negócio jurídico quando um sujeito de direito faz uma declaração de vontade sobre um objeto possível com a intenção de produzir determinados efeitos, e desde que estes estejam previstos em norma jurídica como produzíveis por aquela declaração. Existente, o negócio jurídico pode ser válido ou inválido.

Se alguém declara que é, a partir da declaração, o titular do domínio de todos os terrenos vagos da cidade em que mora, estão presentes todos os elementos essenciais do negócio jurídico e suas características (sujeito de direito, declaração de vontade, intenção e objeto possível), mas ele não existe porque falta juridicidade. Aquela emissão de intenção não é fato jurídico, porque não se encontra descrita como antecedente dos efeitos pretendidos pelo sujeito de direito.

A validade do negócio jurídico, por sua vez, depende do atendimento a certos requisitos (item 10) e da inexistência de vícios (item 11). Só o negócio que existe pode ser válido ou inválido. Também não se confundem existência e validade do negócio jurídico com sua eficácia. O negócio jurídico existente pode ser eficaz ou não, mas o inexistente nunca produz efeitos jurídicos (item 8.2). As relações entre eficácia e validade, por sua vez, variam conforme os interesses relacionados ao negócio jurídico estejam ou não em conflito (item 9).

8.1. Prova do negócio jurídico

Quando se desentendem as partes acerca do cumprimento do negócio jurídico, a superação do conflito deve ser feita por meio do Poder Judiciário. O juiz, norteado pelas normas jurídicas, decidirá qual parte tem razão em suas postulações. O processo pode versar sobre a interpretação da declaração expedida por um dos sujeitos de direito, a exata determinação do objeto ou mesmo a validade do negócio, dando-se, nesses três casos, por indisputável que este existe. Mas pode o processo judicial, também, referir-se à própria *existência* do negócio jurídico. Uma das partes litigantes afirma que possui um vínculo negocial com a outra e esta nega.

Sempre que a superação do conflito de interesses relativo a negócio jurídico tiver por objeto a existência deste, a parte que alega ter-se constituído o vínculo negocial tem o ônus de prová-lo. O Código Civil estabelece algumas regras concernentes à prova do negócio jurídico, que serão aqui mencionadas brevemente, já que essa matéria é normalmente estudada pelo *direito processual civil*.

Variam os instrumentos de prova do negócio jurídico em razão de sua classificação quanto à forma. Os negócios solenes provam-se por meios diferentes dos não solenes.

Os negócios formais são provados exclusivamente pela exibição do instrumento compatível com o atendimento da forma especial exigida por lei. Desse modo, não se admite a prova da existência do casamento a não ser pela certidão expedida pelo Registro Civil de Pessoas Naturais em que se encontra lavrado o negócio jurídico. Um testamento, por exemplo, não pode ser provado por outros meios a não ser pela escritura pública passada no tabelionato (*testamento público*), pelo documento assinado pelo testador, e fechado e costurado pelo tabelião (*testamento cerrado*), pelo escrito do testador na presença de três testemunhas (*testamento particular*) ou pelos suportes adequados dos testamentos especiais (*marítimo*, *aeronáutico* e *militar*). Não se prova a existência de testamento, por exemplo, pelo depoimento, ainda que verdadeiro e inconteste, de várias testemunhas que presenciaram os últimos minutos de vida de uma pessoa, e nos quais ela manifestara claramente a vontade de deixar bens a certos herdeiros ou legatários.

Os negócios aformais, por sua vez, provam-se mediante:

a) *Confissão*. Pela confissão, a parte que alegara a inexistência do negócio jurídico afirma a verificação de fatos que desacreditam sua alegação. Se *Antonio*

pretende em juízo a declaração de inexistência de determinada relação negocial, mas, ao depor perante o juiz, afirma ter feito a declaração de vontade constitutiva dessa relação, a prova da existência do negócio jurídico decorre de confissão.

Se o depoente não é capaz para dispor do direito a que se referem os fatos confessados, a confissão é ineficaz (CC, art. 213). Em consequência da ineficácia da confissão, a existência do negócio jurídico não se reputa provada pelo depoimento do incapaz. Isso não significa, porém, que o negócio será também ineficaz ou que não exista. Outras provas podem demonstrar a sua existência. Se a confissão é feita pelo representante da parte, a eficácia probatória limita-se pelos poderes de que se encontrava investido (CC, art. 213, parágrafo único). É ineficaz a confissão feita pelo advogado, por exemplo, que recebera poderes *ad juditia* (que o habilitam a postular em juízo por seu cliente), mas não os especiais para confessar.

Os negócios jurídicos formais só se provam pela forma especial exigida por lei. Os aformais provam-se por qualquer meio admitido em direito, como a confissão, documentos públicos ou particulares, testemunhas e perícia.

b) *Documento*. Os instrumentos escritos provam a existência do negócio jurídico que neles se reproduz. São de duas espécies: público ou particular.

São documentos públicos os instrumentos exarados por quem se encontra investido, por lei, de fé pública, como o tabelião ou o escrivão do cartório judicial. Isso significa que o fato narrado num documento público, que atende às respectivas formalidades, está, *em princípio*, plenamente provado. Se o sujeito faz qualquer declaração perante o tabelião e este a reproduz em escritura pública, torna-se indisputável que a declaração foi feita por aquele sujeito (CC, art. 215). Resta discutir apenas quais são os efeitos que tal declaração está apta a produzir.

A escritura pública é exemplo de documento revestido de fé pública. São seus requisitos, além de outros exigidos em normas específicas: *i*) data e local em que foi lavrada; *ii*) reconhecimento, pelo tabelião, da identidade e capacidade das partes e de todos que tenham comparecido ao ato (representantes, intervenientes ou testemunhas); *iii*) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, indicando-se, quando necessário, o regime de bens do casamento, o nome do cônjuge e a filiação; *iv*) manifestação

clara da vontade das partes e dos intervenientes; *v*) referência ao cumprimento de exigências legais e fiscais quando inerentes à legitimidade do ato; *vi*) declaração de ter sido a escritura lida na presença das partes e demais comparecentes, ou a de que todos a leram; *vii*) assinatura das partes e de todos que compareceram ao ato; *viii*) termo de encerramento com a assinatura do tabelião ou de seu substituto legal (CC, art. 215, § 1º).

As certidões e traslados fornecidos pelo tabelião ou oficial de registro acerca do constante de suas notas são outros documentos públicos que provam os negócios jurídicos correspondentes. O casamento celebrado no Brasil, por exemplo, prova-se pela certidão do registro (CC, art. 1.543). As declarações feitas em processos judiciais, por exemplo, são provadas por certidão lavrada pelo escrivão do cartório judicial responsável pelos autos do processo, desde que contenha a reprodução textual do que o sujeito manifestou em audiência ou petição (CC, arts. 216 a 218).

O documento particular é o escrito assinado pelas partes do negócio jurídico. Em geral, é minutado por um profissional da advocacia, mas nada impede que os próprios interessados, sem o auxílio do advogado, elaborem-no. Presumem-se verdadeiras as declarações constantes de documento particular em relação aos signatários (CC, art. 219). Se alguém assina papel em que dá bem de seu patrimônio a outrem, é ônus do primeiro provar que o negócio jurídico não existiu, já que o documento particular cria a presunção de sua existência. Outros documentos elaborados pelos particulares podem, nos limites legais, servir de prova da existência de negócios jurídicos, assim os telegramas (CC, art. 222) e a escrituração dos empresários e sociedades empresárias (CC, art. 226).

c) *Testemunhas*. A prova de que certos sujeitos integravam uma relação negocial pode decorrer do relato de fatos pertinentes feito por uma ou mais testemunhas perante o juiz. Não se pode, contudo, provar exclusivamente por testemunhas a existência do negócio jurídico cujo valor ultrapasse dez vezes o maior salário mínimo. Para os negócios dessa envergadura, a prova testemunhal é subsidiária ou complementar da prova escrita, exceto se a lei a considerar plena em casos específicos (CC, art. 227).

Certas pessoas estão *impedidas* de testemunhar, seja em razão da falta de amadurecimento, seja por obstáculo físico ou carência de isenção. Os menores absolutamente incapazes, os cegos e surdos, quando a ciência do fato depender dos sentidos deficientes, bem como os interessados no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes, o cônjuge e parentes até certo grau não são confiáveis o suficiente para que o relato deles ao juiz prove a existência do

negócio jurídico. A critério do juiz, porém, poder-se-á colher o depoimento dessas pessoas quando apenas elas conhecerem os fatos objeto de disputa judicial. Há, também, pessoas que estão *dispensadas* de servir de testemunhas, ainda que conheçam os fatos que a justiça quer esclarecer. São as que devem guardar segredo sobre eles em razão do estado ou profissão, as que não possam falar sem se expor à desonra, risco de vida, demanda ou dano patrimonial imediato, ou sem que exponham a esses riscos o cônjuge, parente em grau sucessível ou amigo íntimo (CC, art. 229).

d) *Presunção*. A presunção que deriva da constatação de fatos pelo juiz é meio de prova. Se algum acontecimento é notório, o juiz pode presumir que as partes dele tinham conhecimento. Também, se há indícios de que certo ato fraudulento foi praticado, mas não há acerca dele nenhuma prova definitiva, o juiz, a menos que haja elementos probatórios indicando o contrário, está autorizado a presumir a ocorrência do ilícito. Feita a presunção, considera-se provado o fato.

Anote-se que as presunções listadas, pela lei, como meio de prova (CC, art. 212, IV) são apenas as derivadas de constatações de fato pelo julgador (chamadas de *presunções simples*). As *presunções legais*, embora se relacionem com a questão probatória, não podem ser consideradas propriamente como provas. Há dois tipos de presunção legal, a absoluta e a relativa, e nenhum deles é meio de prova. Quando a norma jurídica estabelece uma presunção absoluta, ela está tornando certo fato (o presumido) insuscetível de contraprova. A presunção desse tipo, na verdade, não prova o negócio jurídico, mas o considera existente para todos os efeitos de direito. E, quando a norma estabelece uma presunção relativa, ela está apenas distribuindo o ônus probatório. Nas hipóteses de responsabilidade subjetiva com inversão do ônus de prova, por exemplo, presume-se a culpa do agente causador do dano. Isso não significa que ele será inexoravelmente responsabilizado; significa apenas que a vítima não tem o ônus de provar a conduta culposa do agente causador do dano, e este, por sua vez, tem o ônus de provar a inexistência de culpa. Em outros termos, a presunção relativa importa a redistribuição dos encargos probatórios entre as partes da relação jurídica.

As presunções estabelecidas pela lei são de duas espécies: absolutas ou relativas. As presunções absolutas tornam determinado fato insuscetível de contraprova. As relativas invertem o ônus de prova, transferindo-o de quem alega o fato presumido para quem favoreceria a prova de sua inocorrência.

A presunção simples é admissível como meio de prova unicamente nas hipóteses em que o fato é passível de comprovação por testemunhas (CC, art. 230).

e) *Perícia*. A perícia é a prova derivada de exame de objeto periciável por especialistas. Se alguém alega que sua assinatura foi falsificada no instrumento particular em que declara celebrar certo negócio jurídico, a outra parte pode provar, por perícia, que a firma é autêntica. Nesse caso, peritos em grafologia examinam o documento particular e a assinatura da parte e, em laudo técnico, atestam a semelhança. Ficará, então, provada a existência do negócio jurídico pela prova pericial. Em determinadas hipóteses, a recusa em se submeter à perícia pode ser considerada, pelo juiz, a prova do fato que se pretendia demonstrar pericialmente. Assim, nas ações de reconhecimento de paternidade, se o pretenso pai se nega a submeter-se à perícia médica ordenada pelo juiz, a recusa poderá suprir a prova da filiação biológica (CC, art. 232).

8.2. Negócio jurídico inexistente

Se o negócio jurídico não reúne os elementos essenciais e a juridicidade, ele não existe como tal. Se a declaração de vontade dirigida à produção dos efeitos pretendidos pelo sujeito declarante não é descrita em norma jurídica como antecedente de tais efeitos, ela não é negócio jurídico. E, então, abrem-se duas alternativas: a norma jurídica descreve essa declaração como antecedente de consequências diversas dos efeitos pretendidos pelo declarante, ou a ignora. No primeiro caso, imputa-se sanção ao sujeito emissor da declaração, e esta tem a natureza de *ato ilícito* (Cap. 11). É exemplo a do estelionatário vendendo bem público a desavisados. No segundo caso, a declaração não é sequer *fato jurídico*.

O negócio jurídico inexistente não pode ser válido — nem inválido, aliás. A validade é atributo dependente da existência do negócio. Antes de valer ou não valer, o negócio tem de existir (Miranda, 1965, 4:39). O negócio inexistente não produz, por outro lado, efeitos jurídicos. A eficácia é também um atributo dependente da existência.

O negócio jurídico inexistente ou será ato ilícito (se a declaração emitida estiver sancionada na norma jurídica) ou nem sequer se constituirá fato jurídico.

A importância do conceito de negócio jurídico inexistente está na sua contraposição aos negócios inválidos. Enquanto estes podem, em determinados casos, inclusive de invalidade absoluta, produzir certos efeitos jurídicos, os inexistentes não produzem efeito nenhum. Veja-se o exemplo do casamento putativo, que, embora nulo ou anulável, produz todos os efeitos quando estão os cônjuges de boa-fé (CC, art. 1.561). Trata-se de casamento existente, malgrado o vício de validade. Difere-se, por exemplo, do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, o negócio jurídico nem sequer se forma, porque a lei brasileira não atribui à declaração de vontade dos homossexuais voltada à criação do vínculo matrimonial os efeitos jurídicos do casamento. Trata-se, aqui, de negócio jurídico inexistente, inapto a produzir quaisquer efeitos (Rodrigues, 2002:290/292). Atente-se bem aos contornos da questão: aquela declaração de homossexuais não produz os efeitos do casamento porque é negócio jurídico inexistente (falta-lhe juridicidade); se eles viverem como casados ou casadas e construírem patrimônio comum, esses fatos (não a declaração da intenção de casarem) têm efeitos jurídicos.

9. EFICÁCIA E VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Negócios jurídicos são declarações de vontade destinadas a produzir os efeitos pretendidos pelos sujeitos que as emitem. Para que o objetivo perseguido pelo declarante seja alcançado, o negócio jurídico deve ostentar atributo, que varia segundo uma circunstância fundamental. Por outras palavras, quando *não* há conflito de interesses entre as partes do negócio jurídico (ou entre a parte do negócio jurídico unilateral e os envolvidos, ou mesmo entre estes últimos), a *eficácia* deste importa a realização dos efeitos objetivados. Quando há tal conflito de interesses, porém, o atributo que garante a realização dos efeitos perseguidos pela parte é a *validade* do negócio jurídico.

O negócio jurídico é eficaz quando, independentemente de sua validade, é cumprido por completo pelas partes. Os objetivos que motivaram os sujeitos de

direito a praticarem o negócio jurídico realizam-se em virtude de atos espontâneos deles, no cumprimento exato de tudo quanto havia sido objeto de declaração. Seja porque consideram importante manter a palavra dada em quaisquer circunstâncias (razões éticas), seja porque identificam no cumprimento da declaração anteriormente expedida a melhor alternativa aos seus interesses atuais (razões econômicas), as partes levam a efeito o negócio jurídico tal como previsto em sua constituição. Quando não há conflito de interesses, o que garante o cumprimento do negócio jurídico são as razões éticas ou econômicas mobilizadas pelos sujeitos de direito, que os fazem conferir plena eficácia às respectivas declarações.

Havendo, porém, conflito de interesses entre as partes do negócio jurídico (ou, sendo este unilateral, entre a parte e os envolvidos, ou entre estes), a realização dos objetivos buscados quando da emissão da declaração dependerá de provimento judicial. O interessado no cumprimento do negócio jurídico, por meio da ação apropriada, postulará ao juiz que constranja a parte ao adimplemento das obrigações contraídas. O aparato repressor do Estado, porém, somente será movido se o negócio jurídico em questão ostentar o atributo da validade. Se for válido, o juiz determinará as providências tendentes à realização dos efeitos a que estava predisposto o negócio jurídico; mas se não for, tais providências não serão determinadas.

Imagine que *Antonio* concorda em conceder empréstimo a *Benedito* desde que este lhe dê, em garantia, um imóvel. *Benedito* tem, em seu patrimônio imobiliário, apenas a casa em que mora com a família, mas, precisando do dinheiro, concorda com a condição. Assinam um documento particular, em que se afirma estar sendo dada a casa como garantia de pagamento a *Antonio*. Em termos técnicos, o que as partes pretenderam fazer foi instituir uma hipoteca, que é a garantia real sobre bem imóvel. A outorga desse tipo de garantia, porém, não pode ser validamente celebrada sem escritura pública, quando o imóvel onerado vale mais de trinta salários mínimos (CC, art. 108). Diga-se que é esta a hipótese da casa de *Benedito*. Trata-se, portanto, a constituição da garantia real pretendida pelas partes de um negócio jurídico *inválido*.

Pois bem, deixando *Benedito* de honrar, no vencimento, sua obrigação, *Antonio* pode procurá-lo para discutir o assunto. Se for movido por razões éticas ou econômicas, *Benedito* pode espontaneamente praticar atos que resultem na plena eficácia da declaração de vontade anteriormente emitida. Isto é, pode vender a casa para, com o dinheiro recebido na venda, pagar *Antonio*. Não sendo este o caso, porém, instaura-se o conflito de interesses: o credor quer ver a

garantia dada ao pagamento de seu crédito realizada e o devedor não quer espontaneamente praticar os atos correspondentes. Note-se, porém, que *Antonio* poderá buscar em juízo o recebimento de seu crédito, já que o mútuo é válido — de fato, como negócio principal, o empréstimo não tem sua validade comprometida pela nulidade do negócio de garantia, que é acessório —, mas não terá o direito de obter, em juízo, a penhora da casa de *Benedito*, porque a residência do devedor e sua família só pode ser penhorada (entre outras exceções) se tiver sido dada em hipoteca válida.

Em suma, no exemplo acima, quando não havia conflito de interesses, a eficácia do negócio jurídico importou a realização de todos os efeitos pretendidos pelas declarações de vontade correspondentes. Mas, instaurado o conflito, o mesmo negócio jurídico não pôde realizar-se em todos os efeitos queridos pelas partes por lhe faltar o atributo da validade.

Quando não há conflito de interesses, os efeitos pretendidos pelas partes ao celebrarem o negócio jurídico realizam-se em virtude de sua eficácia e independentemente da validade. Quando há conflito de interesses, esses efeitos só se realizam por meio do Poder Judiciário e em virtude da validade do negócio jurídico.

Destaque-se que a validade do negócio jurídico é condição para a parte conseguir, em juízo, que seus efeitos sejam realizados. Ninguém tem o *direito* de ver efetivado judicialmente negócio jurídico inválido. Por outro lado, e pelas mesmas razões, a invalidade do negócio jurídico pode ser invocada, para negar-lhe eficácia, pela parte que não quer ver realizados os objetivos para os quais ele se destinava. Considere, por exemplo, que *Carlos* é menor com 17 anos de idade e, com a morte do avô, famoso jurista, recebeu por legado uma biblioteca jurídica de grande valor. Imagine que ele, por outro lado, não tem interesse nenhum em carreira ligada ao direito; está, na verdade, interessado em se profissionalizar como surfista. Para levantar os recursos que necessita para alcançar esse objetivo, *Carlos* vende, sem a assistência dos pais, a um advogado, *Darcy*, a valiosa biblioteca. Já se sabe que o jovem ainda é relativamente incapaz e, por isso, não poderia ter praticado o negócio jurídico sem a devida assistência. A venda da biblioteca, portanto, não foi válida. Se *Carlos* arrepender-se do negócio, poderá, devidamente assistido por seus pais, buscar em juízo a invalidação da venda da biblioteca, para devolver o dinheiro recebido e ter de

volta seus livros. Mas, se estiver realmente decidido a profissionalizar-se como esportista e quiser investir nessa alternativa os recursos de que dispõe, não lhe interessará ter de volta a biblioteca. Novamente, não havendo conflito de interesses (*Carlos* e *Darcy* têm ambos o interesse de manter os efeitos das declarações emitidas), a eficácia é o atributo do negócio jurídico que assegura às partes a efetivação do resultado jurídico pretendido. Havendo, porém, conflito de interesses (*Carlos* e *Darcy* querem a biblioteca), a sua superação pelo Judiciário será norteada pelas normas referentes ao atributo da validade do negócio jurídico.

10. REQUISITOS DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Três são os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico: *a*) agente capaz; *b*) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; *c*) forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104). É o atendimento a esses requisitos condição *necessária*, mas não *suficiente*, à validade do negócio jurídico. Isto é, não basta para ser válido o negócio a presença dos requisitos de validade; um negócio a que falte qualquer um deles, no entanto, é inválido. Em outros termos, como os defeitos do negócio jurídico (erro, dolo, coação etc.) também comprometem a sua validade, deve-se considerar a inexistência de vícios também como condição necessária.

Examine-se, em separado, cada requisito de validade do negócio jurídico.

10.1. Sujeitos do negócio jurídico

Sujeito de direito e objeto são apontados, pela doutrina, como elementos essenciais do negócio jurídico, sem os quais ele não existe. Além destes, porém, penso que se deve considerar também a declaração dos sujeitos pertinente ao objeto como essencial à existência do negócio. De qualquer forma, sem pelo menos um sujeito de direito, o negócio jurídico não existe. A existência, contudo, não implica necessariamente a validade do negócio. Aliás, como só podem ser inválidos os negócios que existem, devem-se distinguir esses atributos. Para existir o negócio jurídico, pelo menos um sujeito de direito deve fazer uma declaração sobre certo objeto; para ser válido, o sujeito de direito deve estar apto a emiti-la diretamente, sem a interferência de representante ou assistente.

A lei não foi feliz ao expressar-se, na definição dos requisitos de validade do

negócio jurídico, pela fórmula “capacidade do agente”. Em primeiro lugar, porque capacidade é atributo exclusivo das pessoas físicas, e o negócio jurídico pode ser praticado por qualquer sujeito de direito, incluindo as pessoas jurídicas e os entes despersonificados. O que quis realmente apontar como requisito foi a aptidão do sujeito para emitir declaração de vontade independentemente da interferência de outro sujeito. Os sujeitos não humanos estão sempre aptos a manifestar, por meio de seus órgãos de representação ou responsáveis, a sua vontade diretamente. Quando se trata, porém, de pessoa física, a aptidão inexiste em relação aos incapazes, nos dois graus de incapacidade. Daí a ligeira confusão da norma.

A fórmula “agente capaz” também não é feliz para identificar o requisito de validade do negócio jurídico, em segundo lugar, porque equivocada, já que o incapaz *pratica* negócios jurídicos válidos. Não fosse assim, aliás, nenhuma pessoa incapaz poderia ser parte de relação negocial. Na verdade, o negócio jurídico praticado por incapaz *sem a devida representação ou assistência* é inválido. Se o absolutamente incapaz praticar o negócio jurídico por meio de seu representante, ele é válido. Da mesma forma, se o relativamente incapaz praticá-lo com a assistência dos pais, tutor ou curador, também é válido o negócio. Ou seja, no rigor da lógica, a validade do negócio jurídico não exige propriamente “agente capaz”, mas sim o “atendimento às normas jurídicas de capacidade e legitimação”. Assim, para ser válido em relação às qualidades da parte, o negócio jurídico deve constituir-se de declaração feita diretamente pela pessoa física capaz, pelo representante do absolutamente incapaz, pelo relativamente incapaz devidamente assistido, pela pessoa jurídica (por meio de seu presentante) ou pelo ente despersonificado (pelo responsável). Atendidos esses pressupostos, confere-se validade ao negócio jurídico.

O negócio jurídico praticado pela pessoa física incapaz é válido se obedecida a respectiva regra de capacidade. Isto é, o absolutamente incapaz deve fazer a declaração de vontade por meio de seu representante; o relativamente incapaz deve fazê-la devidamente assistido. Desatendidas essas regras, o negócio será, no primeiro caso, nulo e, no segundo, anulável.

Se não for observada a regra de capacidade na celebração do negócio jurídico, ele será inválido. Se desobedecida regra sobre incapacidade absoluta, o negócio é nulo; se sobre incapacidade relativa, anulável (CC, arts. 166, I, e 171, I).

A anulabilidade do negócio jurídico em razão da inobservância das regras da capacidade relativa só pode ser pleiteada pelo próprio incapaz (CC, art. 105). As normas que suprimem a capacidade da pessoa física destinam-se, como já visto, a proteger o incapaz (Cap. 7, item 3). Como não dispõem do discernimento médio necessário para se portar com desenvoltura no comércio jurídico, o menor, deficiente mental, pródigo, viciado e demais incapazes são protegidos pela supressão da aptidão para a prática de negócios jurídicos *diretamente*. Tendo em vista a finalidade da incapacitação, mas já reconhecendo ao relativamente incapaz certo grau de discernimento para cuidar de seus próprios interesses, restringe a lei a legitimação para o pleito de anulação do negócio jurídico. Naquele exemplo anterior, em que *Carlos*, menor relativamente incapaz, vendera sem a assistência dos pais a biblioteca a *Darcy*, este não poderia pedir ao juiz a anulação da venda, a pretexto de inobservância das regras de capacidade do vendedor. Isto porque tais regras são estabelecidas para a tutela dos interesses do incapaz, no caso *Carlos*, e não dos capazes com quem houver negociado.

10.2. Objeto do negócio jurídico

A existência do negócio jurídico pressupõe um objeto. Trata-se do bem, coisa, atividade, direito, estado ou outro objeto sobre o qual versam as declarações de vontade dos sujeitos participantes da relação negocial. Para ser válido o negócio, diz a lei que seu objeto deve atender a três condições: licitude, possibilidade e determinabilidade.

O objeto é lícito quando os atos necessários à sua realização não são sancionados por norma jurídica. A venda de fotografias eróticas de crianças, de tóxicos, de votos são exemplos de negócios jurídicos inválidos, por ilicitude de objeto. Para tornar efetivos os resultados pretendidos pelas partes nesses negócios, uma delas deve incorrer em conduta sancionada pelo direito. O comerciante de artigos de pedofilia e o pedófilo cometem crime, assim como o traficante e o consumidor de tóxico, o eleitor e o aliciador de voto. Não é necessário, para se configurar a ilicitude do objeto, que todas as partes incorram em ato sancionado. Basta que uma delas tenha que fazer o que a lei proíbe, em cumprimento do negócio jurídico, para que se caracterize o objeto como ilícito. Se o homem casado, mentindo acerca de seu estado, casa-se com mulher solteira, só o primeiro incorreu em conduta sancionada pelo direito, mas o casamento é inválido.

Em relação à possibilidade do objeto, foi a lei também aqui infeliz. Se está se

referindo à possibilidade *física*, não cuida de requisitos de validade do negócio jurídico, mas de um de seus pressupostos de existência (item 8). Não se pode contratar o transporte de astros celestes não porque um negócio dessa natureza seria inválido, mas porque nem sequer existiria. E se a lei está-se referindo à possibilidade *jurídica*, está sendo redundante, visto que a hipótese já se encontra albergada no conceito de licitude. No direito privado só é juridicamente impossível o ilícito. De qualquer forma, como não se costumam seriamente fazer negócios jurídicos sobre o fisicamente impossível, e o juridicamente impossível é redundância, a falta de rigor lógico do dispositivo não terá desdobramentos além da crítica acadêmica.

A validade do negócio jurídico pressupõe objeto lícito. Não são válidos, assim, os negócios em que uma parte (ou as duas), para que se alcancem os objetivos predispostos, deva praticar ato sancionado por norma jurídica. O objeto do negócio jurídico válido não pode ser, por outro lado, impossível ou indeterminável.

Finalmente, em relação à determinabilidade do objeto, é inválido o negócio jurídico sobre negócio indeterminável. Atente-se à sutileza do conceito. O objeto pode ser indeterminado, desde que determinável. Locador e locatário podem celebrar contrato de locação por prazo indeterminado, vigorando a relação locatícia até o momento em que qualquer um deles resolva desfazê-la. Não há nenhuma invalidade nisso porque se trata de objeto determinável, já que o tempo de duração da locação será determinado pela vontade de uma das partes de terminar o vínculo, quando esta se manifestar. O que a lei invalida são declarações de vontade tão genéricas que se tornam insuscetíveis de especificação. Se *Antonio* declara que pagará dinheiro se *Benedito* lhe der alguma coisa, sem quantificar o primeiro, nem fornecer critérios para a especificação da última, está praticando negócio jurídico inválido por indeterminabilidade do objeto. Se *Carlos* declarar que, recebendo de *Darcy* uma casa, pagar-lhe-á o dinheiro equivalente, já há negócio jurídico válido. Os objetos são imprecisos mas suficientemente determináveis: qualquer casa que *Darcy* entregue, fará com que *Carlos* tenha que lhe pagar o correspondente valor de mercado.

A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou seja, se restar descaracterizada pela execução das obrigações (CC,

art. 106, *primeira parte*). Pode-se contratar a venda de coisas futuras, isto é, de bens de que não dispõe ainda o vendedor. No rigor das qualificações jurídicas, o vendedor está vendendo o que não possui e se obrigando, assim, por objeto juridicamente impossível (ninguém pode dispor do que não titulariza). Mas essa impossibilidade é inicial e relativa, pois o vendedor irá produzir ou adquirir o bem vendido para cumprir sua obrigação, fazendo com que se torne possível o objeto. Também não invalida o negócio a impossibilidade inicial cessada antes do implemento da condição a que se encontra sujeito (CC, art. 106, *parte final*).

10.3. Forma do negócio jurídico

Todo negócio jurídico pressupõe uma declaração de vontade feita pela parte ou pelas partes acerca do respectivo objeto. A declaração é a exteriorização da vontade do sujeito de direito e tem necessariamente uma forma. Não se manifesta a vontade a não ser por um meio de comunicação, quer dizer, pela emissão de signos inteligíveis pelos homens ou mulheres destinatários. Se *Patrícia*, que não domina o húngaro, está passeando pelas ruas de Budapeste e se encanta com uma bela toalha de mesa bordada, típica do lugar, exposta na vitrine de uma loja, ela pode adquiri-la mesmo que a vendedora não fale outra língua senão húngaro. O negócio jurídico será celebrado por meio de sinais universais, de significado compartilhado pelos comerciantes de qualquer recanto do mundo.

A forma do negócio jurídico pode ser o resultado de qualquer meio de comunicação. Pode assumir a forma oral, gestual, escrita, eletrônica etc. *Patrícia*, em Budapeste, aponta a toalha para a vendedora, faz cara de dúvida enquanto esfrega o dedo polegar ao indicador e médio, gesto respondido pela vendedora com o levantar de quatro dedos da mão direita. Vendo-a balançar a cabeça e sorrir, a vendedora embrulha a toalha, recebe o dinheiro e faz o troco. Locador e locatário comparecem na agência de corretagem de imóveis que apresentou um ao outro e, após acertarem detalhes do contrato, assinam o documento escrito intitulado “contrato de locação”. Credor e devedor comparecem no cartório para celebrarem a escritura pública de constituição de hipoteca. Diante do meu microcomputador, navegando pela internete, aporto na página www.saraiva.com.br; lá adquiro livros, manifestando a vontade por meio de cliques no botão esquerdo do *mouse*. Em todos esses casos, a vontade declarou-se por uma forma.

A forma do negócio jurídico é, em princípio, livre, no sentido de que a validade deste não depende de forma específica. Há, porém, alguns negócios jurídicos para os quais a lei prescreve uma forma determinada. São os negócios formais ou solenes, como o casamento, a constituição de hipoteca, o testamento e outros.

Vigora no direito brasileiro a regra geral da liberdade de forma dos negócios jurídicos, expressa no art. 107 do CC: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". Quer dizer, as partes podem, em princípio, revestir o negócio jurídico da forma que considerarem de seu interesse ou for a mais adequada às circunstâncias da celebração. Na maioria das vezes, quando relevante o valor do objeto, as partes tendem a optar pela forma escrita, que confere maior segurança. De outro lado, há situações, como a generalidade dos atos de consumo, em que é simplesmente inimaginável se cogitar da forma escrita. No comércio feito por meio da rede mundial de computadores, a forma é necessariamente a de envio e recepção de dados por via eletrônica. Assim, nas balizas marcadas pelas circunstâncias que cercam a celebração do negócio jurídico, as partes elegem a forma que melhor atende aos seus interesses.

A regra da liberdade de forma tem exceções. Certos negócios jurídicos somente valem quando revestidos da forma definida pela lei. São os negócios *solenes* ou *formais*, como o casamento, testamento, constituição de direito real sobre bem imóvel e outros. Nessas hipóteses, se não observada a forma legalmente prescrita, o negócio jurídico é nulo (CC, art. 166, IV). As formalidades próprias a cada negócio jurídico são examinadas no estudo do instituto. Em termos gerais, porém, preceitua a lei que a escritura pública é a forma necessária dos negócios que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta salários mínimos (CC, art. 108). Desse modo, a compra e venda de terreno por preço que ultrapassa esse limite só se pode fazer mediante escritura pública, não sendo válido esse negócio se feito, por exemplo, por instrumento particular. Além disso, também será obrigatória a escritura pública no negócio jurídico em que as próprias partes, em pré-contrato, haviam optado por essa forma (CC, art. 109).

Silvio Rodrigues aponta as razões pelas quais a lei exige, em determinados casos, forma especial para os negócios jurídicos (2002:264). Partindo-se de suas lições, diviso três justificativas: *a*) dar maior segurança ao negócio jurídico, já

que a forma solene visa garantir a veracidade da identificação do sujeito de direito emissor da declaração, a autenticidade do conteúdo desta e a inexistência de restrições à liberdade na exteriorização da vontade; *b*) facilitar a prova do negócio jurídico (item 8.1); *c*) despertar a atenção das partes para o grau de seriedade do negócio jurídico, sendo a solenidade proporcional à extensão dos seus efeitos (o casamento é negócio jurídico extremamente formal pela quantidade e importância dos efeitos que produz).

A publicidade, mesmo quando legalmente exigida para completa eficácia do negócio jurídico, não complementa a forma obrigatória. Na verdade, no direito brasileiro, a inexistência de publicidade não invalida, em nenhuma hipótese, o negócio jurídico. Não conhecemos, por assim dizer, a publicidade constitutiva (cf. Gomes, 1957:381). A venda de imóvel por preço superior a trinta salários mínimos exige, como visto, escritura pública. Atendidos esse requisito formal e os demais atinentes ao sujeito, objeto e declaração, o negócio jurídico é válido. Não produzirá, porém, o efeito pretendido pelas partes — a transmissão da propriedade imobiliária — enquanto não for tornado público pelo registro no Registro de Imóveis.

11. DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os defeitos ou vícios dos negócios jurídicos comprometem sua validade porque os tornam passíveis de anulação (CC, art. 171, II). São de duas espécies: o defeito de consentimento e o social.

Quando maculado por defeito de consentimento, o negócio jurídico é inválido porque a vontade das partes (no negócio unilateral) ou de uma delas (nos negócios bilaterais e plurilaterais) não teve oportunidade de se expressar consciente e livremente. Como os negócios jurídicos resultam da vontade das partes direcionada à produção de determinados efeitos, para valer, deve ser produto da perfeita manifestação da vontade dos sujeitos. Viciada esta pelo erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, deve-se anular o negócio jurídico, para evitar-se a projeção de efeitos não desejados.

Ao invalidar negócios jurídicos por defeito de consentimento, a lei tem o objetivo de tutelar o sujeito de direito cuja vontade não se expressou de modo consciente e livre.

O defeito social, por outro lado, compromete a validade do negócio jurídico não porque a vontade da parte tenha sido impedida de se expressar consciente e livremente; ou seja, não porque se incompatibilizem declaração e objetivos

pretendidos. Nos negócios jurídicos que ostentam esse tipo de vício, as partes não manifestam vontade que não possuem. Ao contrário, o defeito social se caracteriza a despeito de a declaração da parte ser compatível com os objetivos almejados. Acontece que, além da intenção, real ou aparente, própria ao negócio jurídico praticado, há a intenção subsidiária, de pelo menos uma das partes, de diminuir o patrimônio para impedir que seus bens sejam objeto de constrição judicial na satisfação dos direitos de credores.

Ao invalidar negócios jurídicos por defeito social, a lei visa tutelar os interesses dos credores estranhos à relação negocial inválida.

11.1. Defeitos internos do consentimento

Proponho distinguir duas situações. De um lado, os defeitos de consentimento em que a vontade não se constrange por ato imputável à outra parte ou ao beneficiado pelo negócio jurídico. São os casos do erro e da lesão. De outro, as demais hipóteses de defeito, em que o constrangimento à vontade da parte declarante é provocado pelo próprio sujeito destinatário da declaração defeituosa, ou por terceiro que quer favorecê-lo (dolo e coação), ou é extorsivamente aproveitado pelo declaratário (estado de perigo). Proponho designar os primeiros de defeitos internos e os últimos, de externos.

A distinção parece-me importante porque, na anulação do negócio jurídico em razão de defeito interno do consentimento, não se pode desconsiderar o interesse da outra parte (do negócio jurídico bilateral ou plurilateral) ou mesmo do beneficiário (do negócio jurídico unilateral), que não concorreu para o constrangimento da vontade que vicia o negócio. De fato, para conferir maior segurança jurídica às relações negociais e proteger a boa-fé, nem sempre se deve anular o negócio em razão dos vícios internos do consentimento.

Examino, porém, o erro (item 11.1.1) e a lesão (item 11.1.2), antes de cuidar especificamente da tutela dos interesses dos declaratários de boa-fé (item 11.1.3).

11.1.1. Erro

O conceito jurídico de *erro* é o da decisão tomada em função de falsa representação da realidade. Todos os homens e mulheres erram; isto é, ao administrarem seus negócios mais importantes ou mesmo ao se conduzirem nos assuntos do dia a dia, tomam decisões a partir de ideias equivocadas sobre os fatos, coisas, riscos e pessoas. Quando o desconhecimento da verdade é total,

costuma-se chamar o erro de ignorância. Não há, contudo, interesse na distinção, já que as duas hipóteses estão sujeitas à mesma disciplina jurídica.

Nem todo erro compromete a validade do negócio jurídico. Há erros sem importância, referentes a aspectos acidentais do negócio ou de seu objeto, que não são fatos jurídicos. Quando alguém incorre num erro assim, nada aconteceu para o direito. Há, também, erros indesculpáveis, que decorrem da culpa do sujeito que errou. Nesses casos, anular o negócio jurídico seria estimular negligências e subtrair das pessoas a responsabilidade por seus atos.

Não é qualquer erro que importa a anulabilidade do negócio jurídico. Se o erro é acidental (o sujeito teria praticado o negócio, mesmo que se tivesse apercebido dele antes) ou indesculpável (o sujeito não se apercebeu de erro perceptível por pessoa com diligência normal), o negócio jurídico é válido.

Para configurar-se como defeito de consentimento, assim, o erro deve ser *substancial* e *escusável*. Considera-se substancial o erro se a pessoa não teria praticado o negócio jurídico em questão caso o tivesse percebido a tempo; escusável, por sua vez, é o erro imperceptível às pessoas com diligência normal. Tanto uma como outra característica do erro causador da invalidade do negócio jurídico estão referidas pela lei. No art. 139, o Código Civil elenca as hipóteses de erro substancial, e no art. 138, menciona, embora com imprecisão, o critério para considerar-se desculpável um erro.

É substancial o erro, em primeiro lugar, quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais. Desse modo, se uma parte considerava estar contratando a doação de um bem como donatária, mas, a rigor, estava participando de contrato de compra e venda deste, o erro é substancial, porque diz respeito à natureza do negócio. Se havia entendido que estava adquirindo o terreno do lado esquerdo da rua, quando o objeto do negócio era o terreno do lado direito, também é substancial o erro, porque pertinente ao objeto principal da declaração. Finalmente, se comprou uma pintura pensando tratar-se de obra original, e não de cópia, é este um erro substancial relacionado à qualidade essencial do objeto da declaração.

Também define a lei como substancial o erro concernente à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante. Se alguém doa bens a um orfanato,

onde acreditava ter passado a infância, incorre em erro substancial quanto à identidade da pessoa se descobre, posteriormente, que na verdade havia sido criado por outra instituição. Se o proprietário do terreno não edificado contrata os serviços de um arquiteto pensando tratar-se de renomado profissional, com o intuito de valorizar, com o projeto, o imóvel a construir, e, depois, vem a saber que se trata, na verdade, de arquiteto desconhecido homônimo, verifica-se o erro substancial relativo à qualidade da pessoa com quem se entabula o vínculo negocial.

Finalmente, há erro substancial de direito quando for o motivo único ou principal do negócio jurídico, e desde que não implique recusa à aplicação da lei. Não se trata propriamente de desconhecimento da norma jurídica, porque ninguém se escusa de cumprir a lei alegando ignorá-la (LINDB, art. 3º). O erro de direito diz respeito ao desconhecimento de como a norma tem sido interpretada. Exemplifica-se com a hipótese da pessoa que, estando informada sobre a jurisprudência pacificada no Tribunal de Justiça do Estado em que vive, orienta-se por essa interpretação da lei. Sendo diversa, no entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria, poder-se-á caracterizar o erro de direito (exemplo inspirado por Lotufo, 2003:387).

Além de substancial, o erro deve ser escusável. Quer dizer, a falsa representação da realidade não pode ser produto de falta de empenho da pessoa em se informar adequadamente antes de praticar o negócio jurídico. É escusável o erro que *não* poderia ser percebido por pessoa de diligência normal.

Aquele proprietário do meu exemplo anterior, que desejava contratar o famoso arquiteto para projetar seu imóvel, incorreu em erro substancial, mas não escusável. Qualquer pessoa de diligência normal visitaria o ateliê do profissional antes de contratá-lo e, lá estando, perceberia o erro sem maiores dificuldades.

O art. 138 do CC está imprecisamente redigido, e deve ser lido mediante o acréscimo da locução “não”, de modo a se considerar escusável o erro em que tenderia a incorrer qualquer pessoa de normal diligência. Moreira Alves, que participou diretamente da redação desta parte do Código Civil, alerta para um erro de datilografia, que teria fundido o parágrafo único, da versão originária do art. 138, à parte inicial do *caput*, suprimindo a final (1986:115; Gonçalves, 2003:363). Não se deve aceitar, portanto, o entendimento de alguns doutrinadores, no sentido de que o direito brasileiro teria, a partir do Código Reale, adotado critério diverso de caracterização do erro como vício do negócio jurídico, dispensado o requisito da escusabilidade (Lotufo, 2003:380/385;

Theodoro Jr., 2003:42).

Não se considera também escusável o erro de cálculo, que autoriza apenas a retificação da declaração negocial (CC, art. 143).

> *O erro macula a validade do negócio jurídico quando é substancial e escusável. Considera-se substancial o erro quando a pessoa, se tivesse a verdadeira representação da realidade, não teria praticado o negócio jurídico. E escusável é o erro que passa despercebido da qualquer pessoa de diligência normal.*

O erro substancial e escusável pode ser suprido, para fins de garantir a validade do negócio jurídico, em duas hipóteses. *Primeira*, a indicação errada de pessoa e coisa não é defeito do negócio jurídico se, pelo contexto da declaração emitida ou pelas circunstâncias em que se emitiu, puder-se corrigir adequadamente (CC, art. 142). Imagine que do testamento consta legado ao terceiro filho de amigo do testador, que foi batizado em homenagem a este. Se o amigo, na verdade, havia dado o mesmo nome do testador ao seu quarto filho, corrige-se o erro na indicação sem se comprometer a validade do testamento. *Segunda*, se a pessoa a quem a declaração se dirige (a outra parte do negócio bilateral, as demais partes do negócio plurilateral ou o envolvido pelo negócio unilateral) se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do declarante (CC, art. 144). No exemplo mencionado linhas atrás, em que o comprador pensara ter comprado o terreno do lado esquerdo da rua, pode o alienante evitar a anulação do negócio jurídico providenciando a compra do terreno do lado direito e, em seguida, transferindo a propriedade àquela pessoa que incorrera no erro.

11.1.2. Lesão

Lesão é o defeito de consentimento em que a vontade de uma parte é constrangida por necessidade premente (não se manifesta livre) ou pela inexperiência (não se manifesta consciente), resultando negócio jurídico em que contrai obrigação manifestamente desproporcional à prestação da outra parte. A lesão, portanto, caracteriza-se pela conjugação de dois elementos. O *primeiro*, de natureza subjetiva (isto é, relativa ao sujeito), é o constrangimento à vontade da parte declarante derivada de premente necessidade ou inexperiência. O *segundo*, de natureza objetiva (relativa ao objeto do negócio), é a desproporção manifesta

entre a obrigação assumida pela parte declarante e a prestação oposta.

Para que se caracterize a lesão, o elemento objetivo deve ser mensurado no momento da constituição do negócio jurídico. Como ela causa a invalidade deste, deve ser contemporânea ao seu surgimento. Fatos jurídicos posteriores à constituição do vínculo negocial podem eventualmente desconstituí-lo (rescisão do contrato por culpa do contratante) ou alterar-lhe o conteúdo (revisão judicial), mas nunca invalidá-lo, porque as causas de nulidade ou anulabilidade são sempre concomitantes ao aparecimento do negócio (item 12.1). Por essa razão, preceitua a lei que se aprecia "a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico" (CC, art. 157, § 1º).

É defeituoso o negócio jurídico por lesão, quando uma parte assume obrigações manifestamente desproporcionais à prestação oposta, por premente necessidade ou inexperiência.

Quando a desproporção entre as prestações não se verifica no momento da constituição do negócio jurídico, mas no do cumprimento das obrigações contraídas, não é o caso de lesão, mas sim de *onerosidade excessiva* (Lotufo, 2003:443). A diferença é relevante, já que a lesão é causa de anulação do negócio jurídico, enquanto a onerosidade excessiva autoriza apenas a revisão das cláusulas pactuadas, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio entre as prestações.

A lesão é defeito interno de consentimento porque o constrangimento da vontade não depende de ato imputável à parte declaratária. Esta se limita a bem administrar os seus interesses, manifestando a vontade de participar de negócio vantajoso. Quando desconhece a necessidade premente constrangedora da vontade livre ou a inexperiência constrangedora da vontade consciente da parte declarante, age de boa-fé e terá os seus interesses protegidos. Em qualquer caso, porém, se partir dela uma proposta de proporcionalização das prestações negociais — por meio de suficiente suplemento do devido ou redução do proveito —, importando esta no reequilíbrio do negócio jurídico, preservar- -se-á sua validade (CC, art. 157, § 2º). Nessa hipótese, deveras, desaparecido o elemento objetivo, descaracteriza-se a lesão.

Desse modo, considere que *Antonio*, premido pela necessidade de levantar rapidamente dinheiro para pagar o tratamento médico do pai, põe à venda um

imóvel por $ 100, que, suponha-se, já é inferior ao valor médio de mercado. O único interessado que se apresenta, *Benedito*, oferece $ 40, menos da metade do valor do imóvel. *Antonio* acaba concordando porque a quantia basta ao pagamento das despesas médicas e hospitalares do tratamento do pai. Esse negócio jurídico é anulável por lesão, visto que se encontram nele os dois elementos caracterizadores desse defeito de consentimento. Em consequência, a menos que *Benedito* concorde em pagar pelo menos mais $ 60 pelo imóvel, o negócio é anulado. Retornará o bem ao patrimônio de *Antonio*, que deve restituir os $ 40 a *Benedito*.

11.1.3. Direitos do declaratário

Declaratário é o sujeito a quem a declaração de vontade se destina. Nos negócios unilaterais, é o envolvido pela declaração (por exemplo, o herdeiro beneficiado por testamento); nos bilaterais, é a outra parte (o vendedor em relação ao comprador, e este em relação àquele); e nos plurilaterais, as demais partes do negócio (no contrato de sociedade, todos os demais sócios). Quando a parte declarante é vítima de erro ou lesão, atendidos os pressupostos delineados para cada figura, o negócio jurídico é inválido. A invalidade visa proteger o declarante, cuja vontade não pôde exprimir-se de forma consciente e livre.

Mas, nas hipóteses de defeito interno de consentimento, o declaratário não pode ser responsabilizado pela causa da invalidade. O erro substancial e escusável é resultado da deformidade na representação do real pelo sujeito que nele incorre espontaneamente. A lesão, por sua vez, provém de necessidade premente ou inexperiência do próprio sujeito lesado. Chocam-se, então, dois interesses igualmente legítimos. De um lado, o da vítima do defeito interno de consentimento, cuja vontade merece proteção, para que ela não se vincule a negócio não desejado; de outro, o do declaratário, que apenas realizou um bom negócio, sem ter contribuído minimamente para o constrangimento da vontade da parte declarante, e cujos interesses também merecem proteção jurídica.

O declaratário de boa-fé merece tanta proteção do direito quanto o declarante cuja vontade foi constrangida por erro ou lesão.

Para compatibilizar esses interesses, o juiz não deve aplicar as normas

invalidadoras do negócio jurídico desatento à boa-fé do declaratário. As circunstâncias do negócio e os atributos subjetivos da pessoa a quem a declaração de vontade se destina devem ser levados em conta. Quer dizer, constatada a má-fé do declaratário (pela omissão em desfazer o erro, quando lhe era possível e indiferente fazê-lo; pelo conhecimento da necessidade premente que constrange o declarante etc.), o juiz não deve hesitar em decretar a anulação do negócio resultante do erro ou de lesão. Estando, porém, o declaratário de boa-fé, o juiz atenderá a todos os interesses merecedores de proteção, se preservar a validade do negócio jurídico mediante compensações razoáveis, que distribuam os custos correspondentes entre as partes.

Nesse sentido, deve o juiz aplicar os arts. 144 e 157, § 2º, do CC, com atenção aos interesses do destinatário da declaração defeituosa de vontade. Ao sopesar a proposta do declaratário de boa-fé, no sentido de executar o negócio jurídico em conformidade com a representação da parte que incorreu em erro ou no de proporcionalizar as prestações para desfazer o elemento objetivo da lesão, deve o juiz admitir, em margem razoável, que o destinatário continue realizando um negócio *vantajoso*. Em outros termos, o declaratário de boa-fé tem direito de manter *em parte* a vantagem que vislumbrou no negócio jurídico em questão. Apenas na hipótese de má-fé do declaratário deve a preservação da validade do negócio jurídico (nos termos dos arts. 144 e 157, § 2º, do CC) ficar condicionada à plena equiparação das vantagens, para ele, às que ordinariamente lhe proporcionaria o mercado. No exemplo do item 11.1.2, se *Benedito* estiver de má-fé, só poderá preservar a validade do negócio pagando a diferença entre os $ 40 que havia pago e o valor de mercado do imóvel vendido por *Antonio*. Estando, porém, de boa-fé, basta que pague os $ 60 correspondentes à diferença entre o que pagou e o valor pretendido por *Antonio* (lembrando que, no exemplo dado, este dispunha-se a vender o bem por menos do que o avaliado pelo mercado).

11.2. Defeitos externos do consentimento

Nos defeitos externos do consentimento, a vontade da parte declarante é, na maioria das vezes, constrangida por ato de pessoa natural plenamente identificável. O agente do constrangimento é, por outro lado, em geral, o próprio sujeito a quem a declaração se dirige. Caracteriza-se também o defeito externo na hipótese de o constrangedor não ser o declaratário, mas estranho à relação negocial que surgirá defeituosa. Por fim, o constrangimento da vontade do declarante pode derivar também de fato natural, independente de qualquer ação

humana.

São três os defeitos dessa categoria: dolo, coação e estado de perigo. No dolo, a falsa representação da realidade que conduz o declarante a praticar o negócio jurídico é resultante de embuste provocado pelo agente constrangedor. Na coação, o constrangimento resulta de ameaça de violência física ou moral. No estado de perigo, o declaratário se aproveita extorsivamente de conhecido risco de grave dano que cerca o declarante.

Examine-se com mais vagar cada figura.

11.2.1. Dolo

Dolo é a indução em erro de uma parte do negócio jurídico. Verifica-se esse tipo de defeito de consentimento quando o sujeito declarante é enganado — isto é, passa a ter falsa representação da realidade — em razão de expedientes astuciosos usados pela outra parte, ou por agente constrangedor estranho à relação negocial. Se o vendedor do lote, de loteamento ainda em implantação, indicara intencionalmente a localização errada do bem ao comprador, apontando-lhe terreno de menor aclive que tem o do objeto do contrato, agiu com dolo. Também age dolosamente a pessoa que, ao vender o carro usado numa feira de automóveis, omite defeitos do veículo e, quando indagado pelo comprador sobre estes, mente e nega sua existência. É igualmente vítima de dolo o empresário que contrata os serviços de avaliação de um profissional — que, em conluio com o futuro comprador, subavalia a empresa —, caso ele acabe sendo levado, pelos argumentos ardilosamente expendidos pelo avaliador, a vendê-la abaixo do preço de mercado.

O dolo pode ser principal ou acidental. No primeiro caso, a parte somente realiza o negócio jurídico porque foi enganada. Não fosse a distorção da verdade provocada pela conduta dolosa que a vitimou, ela não teria manifestado a vontade de fazer o negócio jurídico. O dolo principal é, assim, a *causa* do negócio jurídico e o invalida (CC, art. 145). Já o dolo acidental é aquele que não induziu a parte a praticar o negócio jurídico, mas o tornou menos vantajoso. Nesse caso, o sujeito é enganado não sobre os aspectos essenciais da relação negocial em vias de ser entabulada, mas acerca de elementos acidentais; isto é, são intencionalmente distorcidas algumas circunstâncias importantes do negócio, mas não o suficiente para fazer alguém desistir dele. O dolo acidental não implica a invalidade do negócio jurídico, mas gera o direito à indenização pelas perdas e danos (CC, art. 146).

Se *Antonio* adquire de *Benedito* automóvel usado, porque este mentiu, ao

garantir que o veículo nunca se envolvera em acidente de trânsito grave, está-se diante de hipótese de dolo principal. *Antonio* não teria comprado o bem se soubesse da verdade. O negócio é inválido e, uma vez decretada a anulação em juízo, o automóvel retorna a *Benedito* e o dinheiro do preço a *Antonio*. Já se a mentira de *Benedito* dizia respeito ao toca-fitas, tendo ele assegurado que o acessório funcionava bem quando não era este o caso, verifica-se igualmente o dolo; mas se *Antonio* não desistisse de comprar o carro, mesmo após ser informado dos defeitos do acessório, caracteriza-se este como acidental. Em consequência, o negócio permanece válido, e *Antonio* tem direito de ser indenizado pelo que gastar consertando o toca-fitas, ou o substituindo.

O dolo é o expediente malicioso que induz alguém a praticar certo negócio jurídico. Quando a parte vítima do dolo não teria praticado o negócio jurídico caso tivesse percebido, a tempo, o engodo, ele é inválido. Se, por outro lado, a parte foi enganada acerca de aspecto não essencial do negócio ou de seu objeto, e o teria praticado mesmo sabendo da verdade dos fatos, terá direito de ser indenizada pelos danos que sofrer, preservando-se a validade do negócio jurídico.

A tecnologia costuma tolerar o dolo até certo grau. Distingue entre o dolo inocente e o malicioso (*dolus bonus* e *dolus malus*), para sustentar que o primeiro não é causa de invalidade do negócio jurídico (por todos, Miranda, 1965, 4:389). Argumenta que o dolo de pouca intensidade não deve redundar defeito do negócio para segurança das relações jurídicas. Age com dolo inocente, por exemplo, o vendedor que, ao alardear as virtudes do bem exposto à venda, exagera-as um pouco. A distinção doutrinária não tem mais sentido atualmente. No plano das relações de consumo, inclusive, o instituto do dolo inocente afronta disposições legais que responsabilizam o fornecedor por propaganda enganosa (CDC, art. 37, §§ 1º e 3º), e, por isso, não se pode sustentar. Mesmo no plano das relações civis e comerciais, não sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, a exigência de boa-fé dos contratantes, ressaltada na codificação de 2002, é incompatível com a tolerância do *dolus bonus*. A distinção doutrinária, em suma, deve servir apenas de ilustração histórica, e o dolo, sempre que for causa do negócio jurídico, deve importar em sua anulabilidade, por menor que tenha sido sua intensidade.

Se o dolo não é da parte a quem se destina a declaração de vontade, mas de terceiro estranho à relação negocial, a invalidade do negócio jurídico depende da má-fé da primeira. Se o declaratário sabia do ardil do agente constrangedor

destinado a induzir o declarante a praticar o negócio jurídico, ou não tinha como ignorá-lo (devia conhecê-lo), dá-se a invalidade. Caso, porém, ele não tivesse nenhuma condição de saber do embuste perpetrado pelo terceiro, a lei não considera inválido o negócio praticado, mesmo na hipótese de dolo principal. Responderá o agente constrangedor da vontade do declarante, então, pela indenização das perdas e danos sofridos pela pessoa vitimada por seu dolo (CC, art. 148).

Quando o dolo provém do representante da parte beneficiada pelo negócio defeituoso, distingue a lei os efeitos suportados pelo representado, quanto à responsabilidade por perdas e danos, em função da natureza da representação. Sendo esta *legal* (o representante do absolutamente incapaz, por exemplo), o representado não poderá ser responsabilizado civilmente além do proveito que tiver aferido. Responderá, entretanto, solidariamente com o representante no caso da representação *convencional* (mandato). Em se tratando, assim, de negócio jurídico marcado por dolo acidental imputável a representante de uma das partes, esta poderá vir a responder pelas perdas e danos decorrentes limitada ou ilimitadamente, dependendo da natureza da representação: enquanto o absolutamente incapaz responde no limite do proveito que lhe trouxe o negócio, o mandante responde ilimitadamente.

Sendo o dolo de ambas as partes, nenhuma delas pode requerer a anulação do negócio jurídico ou a indenização por perdas e danos (CC, art. 150).

11.2.2. Coação

Coação é o constrangimento da vontade da parte declarante, por meio da ameaça de violência física ou moral, feita pelo próprio destinatário da declaração ou por terceiro. Se *Carlos* surra *Darcy* até obter dele a assinatura na nota promissória, a violência física foi empregada efetivamente. Mas o que faz *Darcy* concordar em praticar o negócio jurídico não é, propriamente, a lesão já sofrida, mas a ameaça latente de continuar apanhando.

A coação vicia a declaração de vontade quando desperta no paciente o receio fundado de dano iminente e relevante à pessoa dele, sua família ou seu patrimônio (CC, art. 151). Se a ameaça recair sobre pessoa de não familiar (amigo ou empregado do paciente, por exemplo), o juiz decidirá se ela tornou defeituoso o negócio.

Desse modo, para comprometer a validade do negócio jurídico, a coação deve apresentar quatro marcas. *Primeira*, ela deve ser determinante da declaração de vontade. Se o sujeito expressaria a mesma declaração, ainda que não tivesse sido

ameaçado, não se qualifica a coação como defeito do negócio jurídico. *Segunda*, deve ser grave, isto é, deve incutir na vítima o fundado temor de dano considerável à sua pessoa, família ou bens (eventualmente, a amigos, empregados e não familiares, a critério do juiz). Não há coação invalidante do negócio jurídico na ameaça leve. Se a alternativa à realização do negócio jurídico era ver difundidas mentiras desonrosas sobre a própria vítima, não se reputa a coação suficientemente irresistível a ponto de invalidá-lo. A apreciação da gravidade da coação deve ser feita pelo juiz com atenção ao sexo, idade, condição, saúde, temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam nela influir (CC, art. 152). *Terceira*, o dano objeto de ameaça deve ser iminente. Se o constrangimento da vontade é tentado por ameaça de dano futuro, se houver condições materiais (inclusive de tempo) para evitá-la eficazmente, não há invalidade. *Quarta*, a ameaça deve ser injusta. Se a alternativa imposta à concordância em realizar o negócio jurídico for o exercício regular de um direito, não há defeito que o invalide (CC, art. 153, *primeira parte*). Assim, se *Evaristo* concordara em doar bem a *Francisco*, porque, se o não fizesse, *Germano* ingressaria em juízo para lhe cobrar dívida de origem lícita, não se reputa constrangida a vontade do doador o suficiente para tornar a doação inválida.

Para a coação invalidar o negócio jurídico, a ameaça imposta à parte declarante deve ser determinante, grave, iminente e injusta.

A coação praticada por pessoa estranha à relação negocial é defeituosa nas mesmas condições que o dolo. Isto é, depende da má-fé do declaratário. Assim, se o sujeito a quem a declaração beneficia tinha conhecimento ou não podia ignorar (devia conhecer) a ameaça feita por terceiro, o negócio jurídico é anulável. Caso contrário, não tendo como saber dessa ameaça, não será inválido o negócio jurídico. Na coação, porém, o destinatário sempre responde solidariamente com o agressor pelas perdas e danos decorrentes (CC, arts. 154 e 155).

Antes de encerrar, convém tratar do *temor reverencial*, referido no art. 153, *parte final*, do CC. Trata-se de um misto de sentimento de respeito e medo que se costumava nutrir em relação a determinadas pessoas (pais, professores etc.).

Esse sentimento não existe mais, é coisa do passado. A educação sadia e as relações sociais, hoje em dia, não o estimulam. Filhos e pais, alunos e professores, velhos e crianças devem respeito mútuo, sem nenhum resquício do medo que, no passado, era ingrediente comum dessas relações. Assim, a norma jurídica que desqualifica o constrangimento derivado do temor reverencial caiu em desuso. Deve ser considerada ameaça moral qualquer imposição de pais aos filhos, professores aos alunos, velhos às crianças, no sentido de forçá-los a praticar negócios jurídicos contra a vontade. E, nesses casos, sempre que presentes os demais requisitos da coação, o negócio deve ser invalidado.

11.2.3. Estado de perigo

O estado de perigo é o defeito externo de consentimento em que o sujeito declara assumir obrigação excessivamente onerosa, por estar sua vontade constrangida por necessidade premente de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido do declaratário (CC, art. 156). O filho de *Evaristo* está-se afogando no mar bravio e *Fabrício* concorda em ajudar a resgatá-lo mediante remuneração elevada. *Evaristo* naturalmente aceita de pronto o preço cogitado. Configurou-se, porém, o estado de perigo que constrange a liberdade da vontade do declarante e viabiliza a nulidade do negócio jurídico.

Se o exposto ao dano não é da família de quem fez a declaração, o juiz poderá mesmo assim considerar presentes os pressupostos do defeito de consentimento, levando em conta os estreitos vínculos de amizade ou profissionais que o unem ao declarante.

A vontade é constrangida pelo estado de perigo quando o declarante, para salvar-se ou a pessoa de sua família de grave dano conhecido pelo declaratário, concorda em assumir obrigação excessivamente onerosa.

Para configurar-se o defeito externo do consentimento por estado de perigo, o declaratário deve ter conhecimento do grave dano a que se expõe o declarante ou pessoa de sua família.

No estado de perigo, o constrangimento pode ser provocado por fato da natureza, independentemente da atuação de qualquer ser humano, como o terremoto, inundação, braveza do mar, avalanches, erupção de vulcão etc. E pode decorrer de ato humano. Imagine que *Germano* foi sequestrado, e *Hebe*, sua

mulher, promete dar a *Irineu*, policial aposentado, todo o seu patrimônio se ele salvar o marido. Verifica-se o estado de perigo se *Irineu* não desestimular o excesso de gasto prometido por *Hebe* no desespero, com o objetivo de vir mesmo a receber quantia elevada por sua ajuda. Difere-se o estado de perigo causado por ação humana da coação por terceiros em razão do objetivo do constrangimento à vontade do declarante. No estado de perigo causado por ação humana os graves danos a que se expõe o declarante, ou pessoa de sua família, não partem de quem quer favorecer o declaratário; na coação por terceiros, a ameaça é feita especificamente para que o declarante emita a declaração defeituosa em benefício do declaratário. Os sequestradores de *Germano* não querem favorecer *Irineu*, a quem nem sequer conhecem, mas receber o dinheiro que estão extorquindo de *Hebe*.

11.3. Defeito social: fraude contra credores

Quando a dívida não é paga no vencimento, o credor tem — atendidos alguns pressupostos de ordem processual — o direito de requerer ao juiz que determine, com vistas à satisfação do seu crédito, a constrição de bens do patrimônio do devedor. Essa constrição chama-se penhora na execução individual (promovida por um só credor). O bem penhorado é avaliado e, em seguida, vendido a quem ofereça o maior lance em leilão judicial (que, por vezes, tem o nome de “praça”). Com o dinheiro apurado na venda do bem que pertencia anteriormente ao devedor, procede o juiz ao pagamento do credor. É, *grosso modo*, dessa forma que o Judiciário assegura ao titular do crédito a eficácia de seu direito. Costuma-se dizer, em vista desse procedimento, que a *garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor*.

Se o sujeito de direito deve mais do que o valor dos bens que titulariza, isto é, quando, no seu patrimônio, o ativo é inferior ao passivo, diz-se que o devedor está insolvente (se for empresário, atendidos alguns outros pressupostos específicos, ele está *falido*). Ocorrendo a insolvência do devedor, suspendem-se as execuções individuais e realiza-se uma execução concursal do seu patrimônio. Todos os credores são chamados a habilitar os seus créditos. Arrecadam-se, então, todos os bens do devedor para serem vendidos em juízo. Com o dinheiro apurado na venda, paga-se o que é possível pagar aos credores. Como não há recursos para a satisfação integral de todos os créditos existentes perante o devedor insolvente, faz-se uma distribuição justa dos recursos disponíveis.

É importante mencionar, também, que, na insolvência do devedor, os credores devem ser tratados de forma paritária. Isto é, se mais de um credor titulariza

direitos de mesma categoria, não sendo possível pagá-los integralmente, cada um receberá valor proporcional à importância de seu crédito. Entre as diversas categorias em que são distribuídos os credores do devedor insolvente, interessa por enquanto duas: os que titularizam garantias reais e os quirografários. O crédito de credor integrante da primeira categoria é garantido por um bem específico do patrimônio do devedor (o *bem onerado*), e o dos quirografários é, em conjunto, garantido pelos bens não onerados.

Um exemplo pode aclarar os conceitos aqui apresentados. Imagine que *João* tem um imóvel não edificado no valor de $ 200, um automóvel de $ 8 e um outro de $ 7; e deve a *Lúcio* $ 200, a *Márcia*, $ 30 e a *Norberto*, $ 15. Ele está insolvente, já que, em seu patrimônio, o ativo, composto pelos bens que titulariza ($ 215), é menor que o passivo, composto por suas dívidas ($ 245). Considere, ademais, que *Lúcio* é credor com garantia real; seu crédito está garantido por uma hipoteca sobre o terreno. Pois então, na execução concursal, o crédito dele será satisfeito integralmente, já que o imóvel onerado em seu favor tem valor suficiente para saldar a dívida. Já *Márcia* e *Norberto* são credores quirografários, porque os seus créditos não estão garantidos por nenhum bem específico de *João*. Eles terão os seus créditos parcialmente atendidos, porque não há recursos suficientes para o pagamento integral. Estabelecida a proporcionalidade, *Márcia* receberá $ 10 e *Norberto*, $ 5; isto é, cada um terá satisfeito apenas 1/3 do seu crédito, porque o valor dos bens não onerados, os automóveis ($ 15), não é suficiente para pagar mais do que essa parcela do passivo quirografário ($ 45).

A fraude contra credores é o defeito do negócio jurídico de alienação de bens do patrimônio do devedor insolvente. A pessoa em insolvência (ou em estado de pré-insolvência) não pode dispor dos bens que titulariza porque estes representam a garantia dos credores. Nas circunstâncias que se detalham a seguir, os negócios jurídicos de disposição desses bens, pelo devedor insolvente, são inválidos.

Há fraude contra os credores quando o devedor insolvente aliena, gratuita ou onerosamente, bens de seu patrimônio, reduzindo assim a garantia dos que, perante ele, titularizam crédito.

Estabelece, inicialmente, a lei a invalidade dos negócios jurídicos *gratuitos* do

insolvente (CC, art. 158). Sempre que o devedor tiver, no patrimônio, ativo inferior ao passivo, e praticar negócio jurídico gratuito, o credor quirografário pode pleitear a anulação da liberalidade. Caberá também a anulação se a insolvência resultar do negócio gratuito, ainda que desconhecida do devedor. Além do quirografário, tem legitimidade para pedir a anulação do negócio gratuito o credor cuja garantia se tornar insuficiente (CC, art. 158, § 1º). Só os credores existentes ao tempo em que a liberalidade foi cometida, porém, podem pleitear a invalidação do negócio (CC, art. 158, § 2º). Os credores posteriores à alienação graciosa não podem reclamar porque, ao concederem crédito ao devedor, ele já não dispunha daquele bem em seu patrimônio.

A lei estabelece, também, a anulabilidade dos negócios jurídicos *onerosos* do devedor insolvente, quando notória a insolvência ou se não poderia ser ela ignorada pelo outro contratante (CC, art. 159). Em atenção aos direitos do adquirente dos bens, a lei faculta-lhe, caso ainda não tenha pago o insolvente, que deposite o preço em juízo. Se for o valor depositado aproximadamente o de mercado do bem alienado, por negócio oneroso, do patrimônio do insolvente, não se decreta a anulação do negócio. Os credores poderão, nesse caso, satisfazer seus créditos mais facilmente com a repartição da importância depositada. Se o preço contratado com o insolvente era inferior ao de mercado, o adquirente pode preservar a validade do negócio complementando o depósito com a diferença (CC, art. 160).

A ação judicial destinada a invalidar o negócio perpetrado com fraude contra os credores e possibilitar que o bem alienado, onerosa ou gratuitamente, retorne ao patrimônio do devedor chama-se *revocatória* ou *pauliana.* A ação revocatória pode ser movida contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele contratou e os terceiros adquirentes que tenham procedido de má-fé (CC, art. 161). Desse modo, se *Irineu,* no exemplo acima, vende um de seus automóveis a *Orlando* e este, por sua vez, o revende a *Patrícia*, poderá ser pleiteada a anulação desses dois negócios jurídicos. Para isso, no entanto, será indispensável provar a má-fé de *Patrícia*, ou seja, o seu conhecimento da fraude contra os credores. Anulados os negócios jurídicos objeto da ação pauliana, a vantagem resultante reverte não em favor do devedor insolvente, mas do acervo sobre o qual se realiza o concurso dos credores (CC, art. 165).

Consideram-se fraudulentos também dois outros negócios jurídicos praticados pelo insolvente. *Primeiro*, se ele pagou uma dívida antes do vencimento, quem recebeu o pagamento antecipado é obrigado a repor ao acervo sobre o qual concorrerão os credores a quantia correspondente (CC, art. 162). De fato, se a

dívida não estava vencida no dia em que se realizou o pagamento, não era ainda exigível. A antecipação do cumprimento da obrigação pelo insolvente, ademais, importa desrespeito ao tratamento paritário a que têm direito seus credores. *Segundo*, o insolvente não pode conferir a qualquer dos credores quirografários uma garantia real (CC, art. 163). Se o fizer, o antigo credor quirografário, ao ser beneficiado com a garantia, passará a fazer parte de categoria com maior chance de realizar integralmente o seu crédito na execução concursal. Uma vez mais está-se desrespeitando o tratamento paritário dos credores. A invalidade, nesse caso, importará somente na anulação da garantia, continuando o credor a exercer os mesmos direitos de quirografário que anteriormente titularizava (CC, art. 165, parágrafo único).

12. INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico que não atende aos requisitos de validade (item 10) ou apresenta defeito (item 11) é inválido. Pode, eventualmente, produzir efeitos, se as partes, movidas por razões éticas ou econômicas, espontaneamente cumprirem as obrigações dele emergentes. Nesse caso, a despeito da invalidade, os efeitos pretendidos pelos sujeitos de direito declarantes são alcançados. Porém, em caso de invalidade do negócio jurídico, se não houver cumprimento espontâneo das obrigações, nenhuma das partes terá o direito de acionar o aparato judiciário do Estado com vistas a obter forçosamente os efeitos pretendidos.

Há dois graus de invalidade do negócio jurídico. No grau mais elevado, o negócio é nulo (invalidade absoluta), no menos, anulável (invalidade relativa). Distingue a lei, na verdade, uma hipótese da outra em atenção aos valores socialmente difundidos. Se alguém se aproveita da falta de discernimento da criança de 10 anos de idade ou do portador de deficiência mental severa, isto gera maior repulsa social do que a exploração da inexperiência de vida de um jovem de 17 anos ou da situação precária em que se encontra o adulto viciado. Desse modo, há situações em que a lei, para coibir ações repulsivas mais graves, imputa ao negócio jurídico um grau máximo de invalidação, dando-o por nulo; e há aquelas em que coíbe ações ainda socialmente repulsivas, mas de menor gravidade, reservando ao negócio jurídico grau mínimo de invalidação, tomando-o, então, por anulável.

12.1. Diferenças entre negócios nulos e anuláveis

A invalidade do negócio jurídico é sempre um pronunciamento judicial. Nenhum negócio é inválido, por mais desobedecidas que tenham sido as normas jurídicas sobre a matéria, antes que o juiz decida que ele o é. Nesse aspecto, não existem diferenças entre os graus de invalidade do negócio jurídico. Tanto na hipótese de nulidade, como na de anulabilidade, a invalidação depende necessariamente de processo judicial. Outro aspecto comum aos dois graus de invalidade diz respeito à contemporaneidade das causas. Em ambas, a causa da invalidação existe ao tempo da constituição do negócio jurídico (Lopes, 1962:504). Nenhum fato posterior à constituição induz à invalidade do negócio. Pode, se tanto, implicar sua desconstituição ou a suspensão dos efeitos.

Diferenciam-se os negócios nulos e anuláveis por quatro aspectos: *a*) quanto aos efeitos; *b*) quanto às pessoas legitimadas para arguir a invalidade; *c*) quanto à possibilidade de ratificação; *d*) quanto à prescrição. Veja-se cada um deles com mais vagar:

a) *Efeitos*. O negócio nulo não produz nenhum efeito jurídico. Melhor, os efeitos jurídicos que produziu devem ser desconstituídos. Se o menor absolutamente incapaz alienou diretamente um bem de seu patrimônio para outrem, o negócio é nulo. O bem deve retornar ao patrimônio do menor e o dinheiro por ele eventualmente recebido como preço deve retornar ao de quem o havia pretendido comprar. Todos os demais efeitos devem ser desconstituídos para que se retorne à situação de fato e de direito imediatamente anterior ao negócio jurídico. Os frutos gerados pelo bem antes da declaração de nulidade do negócio pertencem ao menor, e não à pessoa que o havia pretendido comprar, por exemplo. Já o negócio anulável produz seus efeitos até a decretação da invalidade. Se o menor do exemplo era relativamente incapaz e fizera a venda sem assistência, a anulação do negócio implica o retorno do bem ao patrimônio dele e do dinheiro do preço, se recebido pelo menor, ao da pessoa que o havia pretendido comprar. Mas os frutos gerados pelo bem antes da decretação da anulação do negócio não retornam ao menor.

Em decorrência da diferença relativa aos efeitos, a sentença do juiz que confirma a nulidade de um negócio jurídico é *declaratória*, e a que decreta anulado certo negócio jurídico é *constitutiva*.

Os negócios jurídicos nulos não produzem efeitos, devendo ser desconstituídos os que tiverem produzido antes da declaração judicial da nulidade. Os negócios anuláveis têm preservados os efeitos produzidos antes da decretação judicial da anulação.

b) *Legitimação*. Qualquer interessado está legitimado a postular, em juízo, a declaração de nulidade do negócio jurídico. Se o testamento é feito por quem não tinha condições mentais de suficiente discernimento, mesmo que anteriormente à interdição, o negócio é nulo. O herdeiro legítimo que viu reduzido o valor da herança pode propor a ação declaratória de nulidade do testamento. Também está legitimado para requerer a declaração judicial de nulidade de qualquer negócio jurídico o Ministério Público, sempre que lhe couber intervir num feito na condição de fiscal da lei. Além disso, o próprio juiz pode declarar a nulidade independentemente de pedido da parte ou do promotor de justiça (decretação "de ofício"). Em relação aos negócios anuláveis, apenas os interessados estão legitimados para postular ou requerer a decretação da anulação. O juiz não pode decretá-la de ofício ou a pedido do Ministério Público.

Ademais, a declaração de nulidade aproveita a todos os interessados e não somente aos que a postularam, ao passo que a decretação de anulação aproveita apenas àqueles que ingressaram com a ação anulatória (exceto em caso de solidariedade ou indivisibilidade). A sentença tem, em outros termos, efeitos *erga omnes* no caso da nulidade; e não os tem no da anulabilidade.

Só os interessados são legitimados a postular a decretação da anulação do negócio relativamente inválido. No caso dos absolutamente inválidos, além dos interessados, também o Ministério Público, nos feitos em que intervier, está legitimado para requerer a declaração da nulidade. A seu turno, o juiz só pode declarar, de ofício, a nulidade de negócio jurídico, mas não pode decretar a anulação sem que o interessado a postule.

c) *Ratificação*. Apenas o negócio anulável pode ser ratificado; o negócio nulo não admite ratificação. Define-se esta como o ato pelo qual o sujeito de direito, após ficar ciente de que é devedor de obrigação originária de negócio jurídico relativamente inválido, manifesta a intenção de não postular nem alegar em juízo a anulabilidade. Por meio dessa manifestação confirma-se o negócio. Note-se

que a ratificação é outro negócio jurídico igualmente passível de invalidação na falta de requisitos de validade e em razão de vícios. Se o menor relativamente incapaz pratica negócio sem assistência, só será válida a ratificação se a fizer devidamente assistido. Caso contrário, também o negócio confirmatório será anulável.

A ratificação de negócio nulo é negócio jurídico inexistente. A lei não atribui nenhuma consequência à declaração de intenção de confirmar o negócio absolutamente inválido. Não se trata, por si, de ato ilícito, mas de fato não jurídico.

Só o negócio jurídico anulável comporta ratificação pelas partes. É juridicamente inexistente a ratificação do negócio nulo. Por outro lado, o direito de postular a nulidade do negócio jurídico não se perde com o decurso do tempo, mas o de buscar a anulação, sim.

d) *Prescrição*. A nulidade é causa imprescritível de invalidação do negócio jurídico, mas a anulabilidade está sujeita a prescrição. Significa dizer que a invalidade absoluta não se convalesce pelo decurso do tempo, enquanto a relativa, uma vez decorrido o prazo previsto em lei sem o exercício do direito correspondente (como a propositura da ação destinada a decretá-la), reputa-se superada. Com a superação da causa de invalidade, o negócio é, a partir da fluência do prazo, considerado válido para todos os efeitos.

12.2. Normas gerais sobre negócios jurídicos inválidos

O Código Civil estabelece algumas normas que se aplicam a qualquer hipótese de invalidade do negócio jurídico, seja a absoluta (nulidade), seja a relativa (anulabilidade). São quatro:

a) *Retorno à situação anterior*. Declarada a nulidade ou decretada a anulação do negócio jurídico, devem as partes retornar à situação anterior (CC, art. 182). Quer dizer, nos negócios patrimoniais, os bens transmitidos da propriedade de uma parte para a de outra devem retornar à titularidade originária. O negócio jurídico de constituição de hipoteca sobre uma casa gera duas mutações nos patrimônios das partes: no do credor, acresce-se o direito real de garantia, e no do devedor, as limitações ao seu direito de propriedade sobre o imóvel. Transitaram, por assim dizer, direitos do patrimônio do devedor para o do credor.

Se esse negócio for inválido, após a sentença judicial reconhecendo a invalidade, os direitos transitados devem percorrer o caminho de volta, de modo que se restabeleça a situação patrimonial imediatamente anterior ao negócio.

Se não for possível o retorno à situação patrimonial anterior ao negócio inválido, a parte será indenizada com o equivalente. Se o bem adquirido do menor não representado ou assistido na forma da lei era consumível e já tinha sido utilizado, é claro que não pode, materialmente falando, retornar ao patrimônio originário. Nesse caso, porém, o menor terá direito de ser indenizado pelo valor equivalente do bem objeto do negócio inválido.

No negócio jurídico extrapatrimonial, por sua vez, recupera-se o estado anterior à sua constituição. Se a mulher viúva e o homem solteiro se casam, adquirem o estado civil de casados. Se o casamento é invalidado, voltam ao estado anterior: ela de viúva, ele de solteiro.

b) *Negócios com incapazes*. Em razão da norma que determina o retorno à situação anterior ao negócio jurídico inválido, aquele que entabula relação negocial com um incapaz teria direito de receber de volta ao seu patrimônio os bens que nele existiam anteriormente ao negócio. Se comprou uma casa de interdito, sem a observância da regra de capacidade (representação ou assistência), teria direito de ser ressarcido pelo preço pago. Mas, recorde-se, o instituto da incapacidade é destinado a tutelar os interesses do incapaz. Se da invalidação do negócio jurídico resultasse *sempre* que o incapaz deveria restituir à outra parte o que esta expendera, restaria desprotegida a pessoa que se pretendia amparar. Imagine que o interdito vende bem sem a devida assistência, mas, exatamente em razão de seu reduzido discernimento, outorga quitação de valor que efetivamente não recebeu.

Para ampliar a proteção liberada às pessoas desprovidas de capacidade, impõe a lei a quem alega ter feito pagamento em favor de incapaz o ônus de provar que a quantia eventualmente paga havia, de verdade, revertido em proveito dele, incapaz (CC, art. 181). Se não fizer essa prova, não pode exigir do incapaz o ressarcimento do preço pago em correspondência à devolução do bem objeto do negócio inválido.

Certas normas aplicam-se a qualquer grau de invalidade do negócio jurídico. Destinam-se a assegurar o retorno ao estado anterior ao negócio, proteger integralmente os interesses dos incapazes, preservar a parte válida dos negócios e imunizá-los da invalidade instrumental.

c) *Invalidade do instrumento*. O negócio jurídico pode ser válido, mas o instrumento em que foi documentado, não (Beviláqua, 1908:265; Miranda, 1965, 4:109/110). Se o mandante alfabetizado decide outorgar procuração por escritura pública, pode fazê-lo, embora a lei não exija essa forma como condição de validade para o negócio jurídico. Aliás, é comum adotar-se o instrumento público de procuração com vistas a transmitir maior segurança e confiabilidade aos terceiros perante os quais será exibido o documento. De qualquer modo, se a escritura pública do mandato for lavrada por quem não estava regularmente investido na função de tabelião, ou de substituto legal, tratar-se-á de instrumento inválido. O negócio jurídico a que se refere, porém, não se contamina pela invalidade instrumental *se* puder provar-se por outro meio (CC, art. 183). Como para o mandato a forma é livre (CC, art. 656), pode o mandante provar o vínculo com o mandatário por qualquer meio de prova (testemunhas ou outros documentos escritos). O próprio papel em que foi lavrada a escritura pública inválida também pode servir à prova da existência do mandato, na qualidade de documento particular.

d) *Invalidade parcial do negócio*. Se o negócio jurídico for apenas parcialmente nulo ou anulável, mas puder ser desmembrado em parte válida e parte não válida, esta não compromete aquela, a menos que o contrário tenha sido a intenção das partes. Imagine que a pessoa pródiga aliene quotas de uma sociedade empresária e se obrigue, no mesmo negócio jurídico, a prestar serviços de assessoria ao adquirente. Esse negócio se desdobra em dois: cessão de participação societária e prestação de serviços. Se o negócio foi praticado sem a assistência do curador, a alienação das quotas será anulável, mas a prestação dos serviços, em si, é válida (CC, art. 1.782). Em princípio, pois, decreta-se a anulação da cessão da participação societária, mas não a do vínculo negocial de prestação de serviços. Mas, se a intenção das partes tinha sido a de vincular os dois negócios, de modo que a assessoria do pródigo só interessaria ao outro contratante na hipótese de passar a titularizar as quotas daquela sociedade, então os dois negócios são inválidos.

Nos negócios jurídicos insuscetíveis de desmembramento, a invalidade parcial os compromete por inteiro. Além disso, determina a lei que a invalidade do negócio jurídico principal implica a do acessório, mas a deste não compromete a do primeiro (exceto na hipótese de condição ilícita, em que a invalidade do acessório compromete a do principal — CC, art. 123, II). A

implicação, quando se verificar, será do mesmo grau. Se o negócio principal é nulo, o acessório também é nulo; se anulável aquele, será este igualmente anulável (cf. Miranda, 1965, 4:87/99).

12.3. Negócios jurídicos nulos

O negócio jurídico inválido é nulo quando corresponde a ações humanas que a sociedade repudia com maior intensidade. O grau de invalidação do negócio é máximo porque é grande o repúdio social. Em consequência, desconstituem-se todos os efeitos do negócio, este não se convalesce com o decurso do tempo, pode ser decretado de ofício pelo juiz etc. As nulidades do negócio jurídico não podem ser supridas nem mesmo por decisão judicial (CC, art. 168, parágrafo único), nem convalescem em razão do decurso do tempo (CC, art. 169, *parte final*).

Na indicação das razões pelas quais o direito agrava a invalidade dos negócios nulos, costuma afirmar a doutrina que haveria até mesmo interesse público na declaração da invalidade (por todos, Rodrigues, 2002:285). Não penso que assim seja em todos os casos. Há hipóteses de invalidade absoluta, em que são exclusivamente privados os interesses protegidos (o do incapaz, o da parte que fez a declaração sem a presença do tabelião etc.). Há sempre maior repúdio social às ações que se procuram coibir com a invalidade absoluta, mas somente em alguns casos se vislumbra o atendimento a interesse público nas regras sobre nulidade dos negócios jurídicos. Em outros termos, há, de um lado, causas de nulidade do negócio jurídico de interesse do direito privado e, de outro, causas de interesse do direito público. Convém conhecê-las antes de distingui-las.

São nulos os negócios jurídicos: *a*) celebrados por pessoa absolutamente incapaz, a não ser por meio de seu representante; *b*) cujo objeto é ilícito ou indeterminável; *c*) que não se revestem da forma prescrita em lei ou em que tenha sido preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para sua validade; *d*) quando for ilícito o motivo determinante (da parte, no negócio unilateral, ou de todas as partes, nos bilaterais e plurilaterais); *e*) que têm por objetivo fraudar lei imperativa; *f*) taxativamente declarados nulos ou proibidos pela lei.

As três primeiras hipóteses de nulidade dizem respeito aos requisitos de validade, que já foram examinados (item 10). Correspondem às causas de nulidade de interesse do direito privado. As demais hipóteses são causas de invalidade do negócio jurídico de interesse do direito público. Nelas, não se

contrapõem os interesses das partes do negócio jurídico, ou dos envolvidos por ele. Quando a lei torna nulo o negócio em que *todas* as partes tiveram motivação determinante ilícita, o interesse protegido nesse caso não é de nenhuma delas em particular contraposto ao de outra ou outras, mas tão somente o interesse público. É o caso, por exemplo, dos contratos administrativos resultantes de licitação fraudulenta.

Os negócios jurídicos são nulos, em razão de causas que interessam ao direito privado, quando desobedecida a regra da incapacidade absoluta ou se lhe faltar qualquer um dos demais requisitos legais de validade.

Se o negócio jurídico nulo contém os requisitos de outro negócio, este pode subsistir *se* os objetivos pretendidos pela parte ou pelas partes sugerem que, sabedoras da nulidade do primeiro, teriam querido este outro negócio (CC, art. 170). É hipótese incomum. Imagine-se que *Antonio* resolva instituir uma fundação com um objetivo bem específico de ajudar uma associação de caridade denominada *Crianças Felizes*. Ao expender sua vontade, porém, fê-lo num documento particular e não por escritura pública ou testamento, como determina a lei (CC, art. 62). Morreu em seguida. O negócio jurídico de instituição da fundação é nulo, porque carece da forma exigida por lei, mas poderá subsistir outro negócio jurídico, o de doação dos bens originariamente destinados à fundação para a associação *Crianças Felizes*. Os objetivos do sujeito de direito que emitiu a vontade são preservados, porque se supõe que *Antonio*, sabendo que o negócio anteriormente praticado era inválido, provavelmente teria insistido na realização dos mesmos efeitos por meio de outro negócio.

12.4. Negócios jurídicos anuláveis

A anulação dos negócios jurídicos atende, sempre, aos interesses da órbita privada dos sujeitos que deles participam ou são por eles envolvidos. Objetivam as normas jurídicas concernentes à invalidade relativa reprimir condutas de menor repulsa. E porque se destinam à coibição de ações humanas reprováveis com menor veemência pela sociedade, as normas referentes à anulação do negócio jurídico preservam alguns de seus efeitos, admitem a ratificação e obstam a decretação de ofício da invalidade.

Duas são as *principais* causas para a anulação dos negócios jurídicos: a

inobservância das regras de incapacidade relativa e os defeitos. Há diversas outras, espalhadas pelo direito positivo, das quais não trato por enquanto. Cuido, neste volume do *Curso*, apenas dos negócios que são anuláveis porque foram praticados pelo menor com mais de 16 anos de idade ou pelo interdito, sem a devida assistência, pelo sujeito vítima de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, ou com a finalidade de fraudar credores.

Em relação ao menor relativamente incapaz, a lei estabelece uma ressalva com vistas a evitar o indevido aproveitamento das regras de incapacidade. Ele não pode liberar-se do cumprimento de qualquer obrigação, em razão da idade, se havia dolosamente afirmado ser maior ou mesmo se ocultara a idade real, quando indagado pela outra parte (CC, art. 180). Nos casos dolosos de maioridade falsa ou omissão de menoridade, o negócio jurídico praticado pelo jovem entre 16 e 18 anos será válido, ainda que não esteja essa parte acompanhada do seu assistente legal (pais ou tutor).

O negócio jurídico é anulável quando desobedecida regra sobre incapacidade relativa se defeituosa a manifestação da vontade ou presente defeito social. Ele pode ser ratificado ou confirmado e convalesce com o decurso do tempo.

A ratificação do negócio anulável pode ser expressa ou tácita. No primeiro caso, é feita por meio de declaração direta de vontade, geralmente (mas não necessariamente) registrada por documento escrito em que a parte ou partes manifestam a vontade inequívoca de confirmar o negócio cuja substância nele se descreve (CC, art. 173). A ratificação tácita se caracteriza pelo cumprimento do negócio pelo devedor, ainda que em parte, *depois* de ter ele ciência da causa de invalidade relativa e estiver em condições, físicas ou jurídicas, para postular a decretação da anulação. O que se encontra sob coação para celebrar o negócio jurídico também é normalmente coagido a dar-lhe cumprimento. A lei, atenta a essa circunstância, estabelece que o prazo de prescrição, nesse caso, inicia-se apenas com o fim da coação (CC, art. 178, I). Do mesmo modo, não se tem por tacitamente ratificado o negócio jurídico enquanto não houver cumprimento *posterior* à cessação da coação.

A ratificação, expressa ou tácita, extingue o direito de postular em juízo a anulação do negócio jurídico. Trata-se, assim, de outro negócio jurídico, que não depende do ratificado, mas que deve atender também aos respectivos requisitos

de validade e não ser viciado. Se alguém ratifica negócio jurídico anulável por erro, pode pleitear a anulação tanto do negócio de ratificação como do ratificado. Os direitos de terceiros não podem ser prejudicados pela ratificação (CC, art. 172, *parte final*), porque ninguém pode renunciar ao direito titularizado por outro sujeito de ver decretada a anulação do negócio relativamente inválido.

A anulabilidade do negócio jurídico derivada da falta de autorização de terceiro é suprível a qualquer tempo, pela manifestação do ato autorizatório (CC, art. 176). Se o interdito não estava assistido regularmente no momento em que praticara o negócio jurídico, mas o assistente posteriormente manifestou sua autorização, não há causa para anulação.

O negócio jurídico anulável pode tornar-se válido pelo decurso do tempo. Se não for proposta, por nenhum interessado, a ação judicial destinada à decretação da sua anulação dentro do prazo legalmente estabelecido (CC, arts. 178 e 179), não haverá mais como invalidá-lo. Em consequência, converte-se em negócio válido para todos os efeitos.

12.5. Negócios simulados

Os negócios jurídicos simulados são nulos. A simulação consiste na prática de negócio jurídico aparente, isto é, que não corresponde à intenção da parte ou das partes, com o objetivo de prejudicar terceiros. Em geral, tem lugar em negócios bilaterais ou plurilaterais, mas não é impossível uma só parte declarar certa intenção para alcançar resultados diferentes em prejuízo alheio. Se *Antonio* institui fundação com o objetivo de explorar disfarçadamente uma atividade econômica, opera-se simulação de negócio jurídico unilateral.

Imagine-se que *Antonia*, casada com *Benedito*, cometeu adultério ao manter relações sexuais com *Carlos*. Por lei, ela não pode doar para o amante. Estabelece o art. 550, *primeira parte*, do CC que "a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo cônjuge". Pois bem, se *Antonia* simular que vendeu o bem com que pretende presentear *Carlos* à amiga *Darcy*, e esta fizer a doação, não haverá, no plano formal, nenhum descumprimento da proibição legal em questão. A intenção de *Antonia*, ao celebrar a venda com *Darcy*, não era realmente a de transferir-lhe o bem, nem a de *Darcy* era a de adquiri-lo. *Antonia* não receberá de *Darcy*, aliás, nenhum dinheiro, a título de pagamento do preço da coisa objeto do contrato. O objetivo do negócio foi o de prejudicar *Benedito*, que, para pleitear a anulação da doação em benefício de *Carlos*, deverá antes obter a declaração de nulidade do contrato de compra e venda simulado.

Simulado é o negócio jurídico que aparenta ter sido praticado para produzir os efeitos declarados, mas que oculta intenção diversa de ambas as partes e prejudica terceiros não participantes.

Há simulação nos negócios jurídicos, dispõe a lei, quando: *a*) aparentam conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem (*exemplo da doação do adúltero em favor do amante*); *b*) contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (*a simulação do divórcio para fugir a eventual responsabilidade por débitos futuros*); *c*) os respectivos instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados (*adúltero e amante formalizam contrato de doação com data anterior à do casamento daquele*).

Na simulação, há sempre prejuízo a terceiros. Não existe simulação sem que a parte ou as partes do negócio jurídico tenham a intenção de prejudicar direito de não participante do negócio e este reste realmente prejudicado. A doutrina civilista produzida sob a égide do Código de 1916 cogitava da simulação *inocente*, em que tal ingrediente — prejuízo de terceiro — não existia. Anotava, porém, que, em vista de dispositivo expresso da antiga codificação civil, não caracterizava essa espécie de simulação hipótese de defeito do ato jurídico (por todos, Gomes, 1957:429). Na verdade, se a simulação não prejudica terceiros, não existe como tal e deve ser considerado válido o negócio praticado em descompasso com a verdadeira intenção das partes. Assim, se certo documento particular é antedatado apenas porque as partes pretendem formalizar negócio jurídico oral cujo cumprimento estava em curso ou já se dera, não há nenhuma simulação. Do mesmo modo, se uma pessoa precisa viajar, mas deve assinar documento particular com data futura, por razões de conveniência das partes, não havendo nenhum prejuízo a terceiros, também não se configura a simulação.

12.5.1. Simulação e negócio dissimulado

A simulação pode ser de duas espécies: absoluta ou relativa. Na simulação absoluta, além do negócio jurídico simulado não existe nenhum outro que se procurou dissimular. Imagine que *Evaristo*, casado com *Francisca*, pretende dar início à exploração de uma atividade empresarial, mas teme os riscos do negócio. Tem, por isso, a intenção de preservar bens de eventual execução por

parte dos futuros credores, antes mesmo de estabelecer-se como empresário. Simulam, então, a separação consensual (e, em seguida, assim que possível, o divórcio), destinando, na partilha, para *Francisca* todos os bens de valor do casal, e, para *Evaristo*, alguns poucos não tão valiosos, cuja perda não terá importância. A dissolução simulada do vínculo matrimonial não ocultou nenhum outro negócio jurídico, correspondente à verdadeira intenção das partes. É, assim, absoluta.

A simulação pode ser absoluta (se não houver a intenção de ocultar outro negócio jurídico) ou relativa (quando há essa intenção).

Na simulação relativa, o negócio nulo foi praticado com o objetivo de dissimular outro negócio. No exemplo anterior, de doação da adúltera em favor do amante, a simulação é relativa, porque um negócio (doação) foi dissimulado por outro (compra e venda).

Na simulação relativa, subsiste o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Imagine que *Germano* vende, mediante escritura pública, um imóvel a *Hebe*, por certo preço, mas declaram ambos, na escritura pública, que o fazem por preço inferior. Nesse caso, há negócio jurídico simulado. O imposto incidente na operação tem por base o valor dela, e a declaração falsa das partes prejudica terceiro, no caso, o fisco. Se obtida por ele, terceiro prejudicado, a declaração judicial de nulidade do negócio simulado, para fins de arrecadar o tributo em seu valor correto, nem por isso a compra e venda entre *Germano* e *Hebe* se desconstitui. Ao contrário, subsiste porque válida na substância (eles podiam praticar o negócio de transmissão da propriedade do bem) e na forma (fizeram-no mediante escritura pública).

12.5.2. Simulação e reserva mental

A simulação não é um defeito de consentimento do negócio jurídico. Ao simular, as partes manifestam vontade consciente e livre, embora discordante de suas reais intenções e visando enganar e prejudicar terceiros. É, tal como a fraude contra credores, um defeito social do negócio jurídico. Aproxima-se muito a simulação da reserva mental, mas não se confunde com ela exatamente por essa característica de defeito.

Na reserva mental, recorde-se, a parte declarante não externa sua real intenção para a declaratária e, aliás, imagina que esta realmente a desconhece. Em sendo assim, isto é, conhecida a reserva mental apenas da parte reservante, não há fato jurídico. O negócio jurídico existe, vale e será cumprido em razão da declaração exteriorizada. Quando, porém, a vontade reservada é do conhecimento da parte declaratária, penso que estabelece a lei a alteração da declaração para se ajustar à intenção real do declarante (CC, art. 110). Significa dizer que, na reserva mental, não há invalidação do negócio jurídico. Não é ela, em outros termos, defeito. Já a simulação importa a nulidade do negócio e é, assim, defeito deste.

Uma outra forma de distinguir a simulação da reserva mental diz respeito à quantidade de partes que emitem declaração dissonante com as intenções reais (Nery Jr., 1983:49). Na simulação, todas as partes estão praticando o negócio jurídico em descompasso com os objetivos que pretendem de verdade ver realizados. Ninguém está enganando ninguém no interior da relação negocial simulada, mas todos pretendem enganar e prejudicar estranhos a essa relação. Na reserva mental, apenas uma das partes deixa de declarar a intenção verdadeira. Seu intuito é o de atingir objetivos que não pretende confessar à parte destinatária.

12.5.3. Simulação e negócio indireto

Não se confunde, finalmente, o negócio simulado com o negócio indireto. Neste, as partes fazem declarações de vontade com a intenção de alcançar, além dos objetivos próprios do negócio que realizam (primários), *também* outros (secundários). É o caso, por exemplo, da alienação fiduciária, em que o vendedor não quer exatamente se dispor do bem, nem o comprador quer adquiri-lo, mas pretendem com a compra e venda alcançar objetivo diverso (garantir mútuo, facilitar a administração etc.). O negócio indireto é sempre *um meio* de alcançar objetivos próprios de outro negócio.

Declarar querer o objetivo primário de um negócio quando, na verdade, se quer o secundário não importa, necessariamente, invalidade. Ambos os objetivos são compatíveis com a estruturação normativa do negócio praticado. Claro que o negócio indireto pode também configurar-se inválido, mas o será pelas mesmas razões que podem comprometer a validade do negócio direto.

Quando muitas pessoas passam a celebrar determinado negócio indireto lícito, é um sinal de que o direito positivo talvez não as esteja instrumentalizando adequadamente para a composição de seus interesses. As necessidades do comércio jurídico não cabem mais, por assim dizer, nos negócios que a lei

contempla. Se é este o caso, o direito positivo deve ser alterado para tipificar a nova modalidade de negócio e evitar, assim, que se tenha de usar certo instrumento negocial para atingir objetivos que não lhe são próprios, primários.

No negócio indireto, as partes não visam prejudicar terceiros ocultando suas reais intenções. Nele, a intenção verdadeira dos sujeitos até pode ser declarada, porque a distância entre o pretendido e o externado não invalida o negócio indireto, exatamente pela inexistência de prejuízos a terceiros. Nisso reside a principal diferença entre ele e o negócio simulado, em que as reais intenções das partes são forçosamente ocultadas na medida em que visam prejudicar terceiros (cf. Ascarelli, 1945:101/127).

Capítulo 11

ATOS ILÍCITOS

1. ILICITUDE DA CONDUTA

Podem-se definir os atos ilícitos em função do direito positivo ou subjetivo. Pelo primeiro critério, ilícitos são os atos *sancionados* pela norma jurídica. Quando a consequência prevista para um ato jurídico é a punição do sujeito que o pratica, então ele, se praticado, é *ilícito*. Se o motorista trafega em velocidade acima da permitida, incorre num ato ilícito porque essa conduta é sancionada pela lei. O Código de Trânsito Brasileiro determina a imposição a esse motorista de multa e também, de acordo com a gravidade da infração, da suspensão do direito de dirigir. São sanções que a lei escolheu como consequência daquele ato (dirigir em velocidade acima da permitida).

As condutas sancionadas pelo ordenamento jurídico são, normalmente, as reprováveis pela sociedade democrática. Num regime ditatorial, quem se investiu no exercício do poder do estado pode ocasionalmente sancionar condutas que a sociedade não reprova, mas, mesmo nas ditaduras, a maior parte das normas jurídicas sancionadoras vigentes elegem como pressuposto da aplicação da sanção condutas que a maioria das pessoas condena (roubar, não cumprir contratos, causar danos intencionalmente etc.). Desse modo, pode-se dizer que os atos ilícitos correspondem aos comportamentos que as pessoas não devem ter. Quem faz o que deve ser feito age licitamente; quem faz o que não deve ser feito, ilicitamente. A norma jurídica acaba, por assim dizer, *indicando* o que deve e o que não deve ser feito pelas pessoas ao prescrever em relação às condutas reprováveis a consequência de uma sanção.

Em outros termos, a norma jurídica define as condutas permitidas (*as não sancionadas*), proibidas (*as sancionadas*) e obrigatórias (*aquelas cuja omissão é sancionada*). Em decorrência, o ordenamento jurídico pode ser visto como uma extensa pauta dos comportamentos que se devem observar para garantir a organização da sociedade. O ato ilícito, nesse contexto, tem sido referido como o "contrário ao direito" ou "praticado contra a ordem jurídica" (Diniz, 2002:456). Note-se que essas fórmulas, embora correntes, são imprecisas. As normas acabam indicando as condutas que devem e não devem ser observadas, é certo,

mas a sua estrutura é a de descrever fatos jurídicos e ligá-los a consequências. Quer dizer, o ordenamento jurídico é sempre um conjunto de imputações. O "contrário" à imputação é a inexistência de imputação, e não o ilícito; não têm sentido lógico aquelas fórmulas. Em contraposição ao direito objetivo, ato ilícito deve ser definido, estritamente, como o sancionado por norma jurídica, e não como o contrário a ela.

As sanções são de três espécies: penais, administrativas e civis. A sanção penal é, em geral, a restrição da liberdade da pessoa que praticou o ilícito. Há, contudo, sanções de natureza diferente, como multas ou prestação de serviços à comunidade. As administrativas, por sua vez, são impostas pelo Poder Executivo com vistas à ordenação de condutas cujos efeitos negativos são os de menor potencial lesivo. Consistem em multas ou suspensão de direitos. No plano civil, o ato ilícito importa sempre o dever de indenizar os danos decorrentes da conduta reprovável. O motorista que desobedece o semáforo e provoca acidente de trânsito abalroando outro veículo, além de se submeter ao pagamento da multa pela infração cometida (sanção administrativa), deve também indenizar o proprietário do veículo danificado (sanção civil). Se, ademais, o acidente ocasionar a morte de alguém, o motorista também terá cometido crime e poderá ser preso (sanção penal).

O ato lícito, por sua vez, é, na norma jurídica, o pressuposto de consequências diferentes de sanção. Quando o eleitor assinala na urna eletrônica, ao votar para Presidente da República, o número do postulante de sua preferência, esse ato gera por consequência o cômputo de mais um voto àquele candidato. Tal consequência não é a punição ao sujeito que praticou o ato (eleitor) e, portanto, é lícito. O juiz de direito, ao assinar a sentença condenando o homicida à reclusão, está praticando ato evidentemente lícito. Note-se que a consequência do sentenciar será a aplicação da sanção em concreto, mas como ela não está direcionada ao sujeito que praticou o ato (juiz) e, sim, ao autor do crime, então o prolatar da sentença judicial é lícito.

Definido em contraposição ao direito objetivo, ato ilícito é aquele que a norma jurídica descreve como pressuposto de uma sanção; esta pode ser civil (normalmente, a indenização dos danos), penal (normalmente, a perda da liberdade) ou administrativa (normalmente, multa).

Esse primeiro critério de definição do ato ilícito, porém, não é inteiramente satisfatório, porque falha ao explicar a responsabilidade civil objetiva (item 4).

Definido pelo critério de contraposição ao direito subjetivo, ilícito é o ato culposo que o viola. É esta a opção do Código Civil, que, no art. 186, estabelece: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Desse modo, será ilícita a conduta de qualquer sujeito que importar o desrespeito a direito titularizado por outrem. O motorista que trafega em velocidade acima da permitida está desrespeitando direito dos demais motoristas, transeuntes e circunstantes das vias por que passa. Essas pessoas têm, por assim dizer, o direito de não serem expostas ao risco de dano por acidente de trânsito (derivação dos direitos à vida, saúde, incolumidade física e sossego).

São elementos inerentes ao conceito de ato ilícito adotado pelo direito positivo brasileiro a culpa e o dano. Violar um direito, assim, é causar culposamente danos ao seu titular. Culpa, no campo do direito civil, é expressão ambígua: em sentido lato, compreende o dolo; no restrito, contrapõe-se a ele (Gomes, 1957:489). Em outros termos, quando norma jurídica de direito civil menciona a culpa, em princípio está abrangendo tanto as hipóteses de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia) como as de dolo (ato voluntário e intencional). Por outro lado, a culpa, em sentido largo ainda, pode traduzir-se numa *ação* (ato comissivo) ou *omissão* (ato omissivo) do sujeito da conduta ilícita. Incorre em ilícito, por exemplo, tanto aquele que engana a parte declarante de negócio jurídico ao lhe prestar falsas informações sobre o objeto em negociação como o que a engana ao lhe sonegar informação essencial.

Em relação ao segundo elemento do conceito legal de ato ilícito — o dano —, cabe observar que pode ser este exclusivamente moral. É ilícito tanto o comportamento que importa prejuízo patrimonial para o titular do direito, como a ofensa a direito extrapatrimonial, não suscetível de mensuração pecuniária. Quem usurpa a posse do vizinho comete ilícito, porque viola o direito deste sobre o bem usurpado e causa-lhe dano patrimonial. Já quem divulga informação sobre determinada pessoa, quando esta a desejava manter reservada, viola o direito à privacidade e causa dano extrapatrimonial. Um mesmo ato ilícito, ademais, pode implicar danos dessas duas ordens. Quem mata o filho, causa aos pais danos patrimoniais (a legítima expectativa de amparo na velhice) e extrapatrimoniais (a dor da perda). A rigor, nesse caso o dano é um só (a perda do filho), com desdobramentos nos planos patrimonial e extrapatrimonial dos direitos de alguém.

A seu turno, o ato lícito é definido, agora, não como o que gera consequências diferentes de sanções, mas como aquele que não ofende direito subjetivo de ninguém. O eleitor teclando na urna eletrônica o número do candidato em que está votando e o juiz determinando a reclusão do condenado praticam ato lícito porque ninguém está tendo os seus direitos violados por essas condutas. Ao contrário, dos atos em questão até decorre o respeito a direitos de outras pessoas (o do candidato escolhido, de ter o voto nele computado, e o de todos, de verem punidos os crimes).

Embora os dois critérios de definição do ato ilícito — em função do direito positivo ou em contraposição ao direito subjetivo — cheguem, no mais das vezes, aos mesmos resultados, deve-se operar com o segundo. Além de ser o critério legal, não apresenta inconsistências ao cuidar da responsabilidade civil objetiva.

2. ABUSO DE DIREITO

No início do século anterior, um construtor de dirigíveis cujo hangar se situava no interior da França, departamento de Compiègne, deparou-se com um problema inusitado. O fazendeiro vizinho havia erguido, na divisa de sua propriedade com a do hangar, umas colunas altas de madeira com varas de ferro pontiagudas. Pelas condições do lugar, a estranha divisória tornou a manobra dos dirigíveis extremamente perigosa e houve mesmo um deles perfurado pela ponta de ferro da armação. O fabricante dos equipamentos moveu processo contra o vizinho para obrigá-lo a retirar ou alterar a divisória.

A defesa do fazendeiro pautou-se no direito de propriedade. O Código Civil francês, obra de Napoleão, assegura esse direito de forma absoluta. De acordo com seus preceitos, produtos de concepções liberais e individualistas predominantes no início do século XIX, o proprietário pode usar a propriedade como bem lhe aprouver, respeitando unicamente os limites da lei. Além destes, não há nada que constranja, reduza ou obste as prerrogativas do proprietário (Carbonnier, 1955:352). Dispõe, com efeito, um dos dispositivos do Código napoleônico: “a propriedade é o direito de usar e dispor das coisas de maneira absoluta (‘la plus absolue’), desde que o uso não seja proibido por lei ou regulamento”. Como não havia nenhuma norma jurídica proibindo o fazendeiro de erguer a divisória com as pontas de ferro, estava ele exercendo seu direito de propriedade de acordo com a lei.

Mas a justiça francesa rechaçou os argumentos do fazendeiro, decidindo a

questão em favor do construtor de dirigíveis. Considerou que o direito de propriedade, malgrado o previsto no Código Civil francês, esbarrava em outros limites além dos legais. Da definição do direito de propriedade como absoluto não se segue que o seu exercício possa ser feito sem o objetivo de satisfazer interesse sério e legítimo (Fernandes, 2001, 2:586). Nenhum proprietário, assim, pode usar sua propriedade *apenas* com o intuito de prejudicar outras pessoas, se isso não lhe traz nenhuma vantagem. Na verdade, não era esta a primeira vez que juízes franceses temperaram o liberalismo e individualismo das normas jurídicas assecuratórias do direito da propriedade. Em Colmar, em 1855, um proprietário havia sido condenado a demolir a enorme e falsa chaminé que construíra sobre a casa unicamente para reduzir a insolação do imóvel contíguo (caso *Doerr*). Mas o julgamento do caso dos dirigíveis (*Clément-Bayard*) tornou-se o mais famoso e paradigmático.

A tecnologia civilista começou, então, a se indagar sobre os critérios que norteiam os juízes em decisões como as dos casos *Doerr* e *Clément-Bayard*. Afinal, se a lei assegura ao proprietário o direito de usar seus bens como melhor lhe aprouver, em função de que valores estavam aqueles sendo coibidos de fazê-lo? Não se punham em dúvida — e, aliás, nenhuma pessoa sensata o poria — a justiça e a correção das coibições decretadas pelos juízes naqueles casos. Procurava-se, porém, encontrar o fundamento para elas; o padrão geral em função do qual se poderiam fincar os limites no exercício de um direito assegurado pela ordem jurídica. Afinal, as pessoas precisam ter clareza sobre o que é lícito e ilícito, para orientarem suas condutas.

O direito romano já reprimia atos praticados com a intenção de prejudicar outras pessoas (*atos de emulação*), de forma que as ordens jurídicas de tradição romanística, ao procurarem embasamento para limitações extralegais ao exercício de um direito, encontraram algum amparo na tradição. Formulou-se, então, nesse contexto, a *teoria do abuso de direito*. Duguit e Josserand, entre outros, deram contribuições de vulto à sua elaboração. De acordo com suas primeiras sistematizações, a teoria do abuso de direito afirma que nenhum direito assegurado por lei pode ser exercido com o único objetivo de prejudicar outras pessoas, se não houver proveito ao seu titular.

A noção de abuso do direito, porém, não foi prontamente aceita pela unanimidade da doutrina. Hoje, já é direito positivo em muitos países, o que torna indisputável a eficácia das limitações fixadas. Mas, enquanto não se opera a positivação, cabem sérios questionamentos à concepção doutrinária. Em França — onde não existe norma jurídica de coibição ao exercício abusivo do

direito, e esta se faz, como assinalado, por obra da jurisprudência —, manifesta-se a veemente e lúcida contra-argumentação de Marcel Planiol. Sintetizo-a. Os atos jurídicos são lícitos ou ilícitos; não há terceira categoria. O exercício de direito é, por definição, lícito. Ora, se o exercício abusivo do direito é considerado ilícito, então não é exercício de um direito. A ideia de abuso de direito encerra, em si, uma contradição insuperável. Note-se que questionar, como Planiol, a consistência lógica da figura do abuso do direito não é considerar que casos como *Clément-Bayard* devessem ter sido resolvidos em favor daquele que apenas buscou o prejuízo alheio. O que está em questão é a busca dos critérios que possam fundamentar a limitação extralegal do exercício do direito. Planiol questionava, a rigor, a noção de "abuso de direito" por considerá-la imprecisa. Reconhecia, não obstante, seu largo emprego (1952, VI:798/806).

Mas se a noção de abuso de direito é irrefreavelmente ilógica, isso não tem impedido sua adequada operacionalização na superação de conflitos de interesses. Tanto assim que, a despeito das críticas que sofreu, desenvolveu-se a teoria do abuso de direito pelos países de tradição jurídica romanística. Passou a apresentar, em sua trajetória evolutiva, duas formulações distintas. De um lado, a concepção designada *subjetiva*, que reputa abusivo o exercício do direito com a intenção única de provocar danos a outras pessoas, sem proveito ao titular. Essa concepção está mais próxima da figura do ato emulativo do direito romano. De outro, a designada *objetiva*, que não se ocupa das intenções do sujeito e considera ilícito o exercício do direito sem a observância de sua finalidade econômica e social ou da moral. Na primeira corrente, os limites ao exercício do direito são fixados pela intenção do titular, que não pode ser senão a de satisfazer interesse legítimo; o abuso se caracteriza pela emulação, pela vontade de prejudicar. Na segunda, são dados pela finalidade econômica e social do direito exercido e pelos preceitos da moral; abusa do direito quem, ao exercê-lo, desvia sua finalidade ou desconsidera regras éticas de convivência em sociedade.

Diversos ordenamentos positivos contemplam norma geral de repressão aos abusos de direito. O Código Civil alemão tem por inadmissível o exercício do direito destinado exclusivamente a causar dano a alguém. O suíço nega a proteção ao exercício manifestamente abusivo de qualquer direito. O português considera ilegítimo o exercício do direito desviado de sua função econômica e social ou desprovido de boa-fé, adotando a concepção objetiva da teoria (Fernandes, 2001, 2:589). Há, de outro lado, países em cujo direito não se encontra norma específica sobre o exercício abusivo de direito. Na Itália, o

Código Civil proíbe expressamente os atos emulativos, mas não adota a teoria do abuso de direito (Gallo, 2000:185/188). Em França, berço da teoria, a repressão aos abusos é, como já dito, obra da jurisprudência (Voirin-Goubeaux, 1999:249; Hubrecht-Vermelle, 1947:119).

> *Exerce abusivamente seu direito quem não observa sua finalidade econômica e social, age de má-fé com a intenção única de prejudicar outras pessoas ou desrespeita os bons costumes.*

No Brasil, durante a vigência do Código de 1916, a doutrina sempre lecionou que a repressão aos abusos de direito decorria da interpretação *a contrario* da norma que definia o exercício regular do direito como lícito. O argumento era o de que, ao circunscrever a licitude ao exercício regular do direito, a norma tomava por ilícito o exercício *irregular* (por todos, Beviláqua, 1934:424/426). Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2003, o direito positivo brasileiro passou a contemplar regra que, embora não mencione a expressão "abuso de direito", insere-se no contexto desse tema. Trata-se do art. 187, que preceitua cometer 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".

Como deflui da leitura do dispositivo, filiou-se o direito brasileiro à concepção objetiva do abuso do direito. Não somente os atos emulativos (intencionados a prejudicar outrem) mas todos os desvios de finalidade do direito são postos fora do campo da licitude. Três, assim, são os limites do exercício regular de qualquer direito, além dos quais se reputa este abusivo: os ditados por seu fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. À frente, o tema será retomado (Cap. 22, item 2.3).

3. EXCLUSÃO DA ILICITUDE

O ato ilícito se caracteriza, como visto, na violação de direito alheio. Assim, quem culposamente causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outra pessoa incorre num ilícito. Esta é a regra geral. Há, de outro lado, exceções, isto é, atos praticados voluntária e intencionalmente por alguém, dos quais derivam danos a outras pessoas, mas que não se caracterizam como ilícitos. São os atos que,

embora ostentem todos os elementos configuradores do ilícito, acabam excluídos, pela lei, do campo da ilicitude, tendo em vista a adequada proteção dos valores socialmente cultivados.

Nesse sentido, não se considera ilícito o ato praticado:

a) *Em legítima defesa*. A legítima defesa é o ato em que o titular do direito afasta, por seus próprios recursos, o dano ou o risco de dano derivado de ação humana. Para cumprir sua finalidade institucional, o direito não pode admitir sistemas alternativos de superação de conflitos de interesses. Quer dizer, em princípio, as pessoas somente podem defender seus direitos de uma lesão ou ameaça de lesão por meio do aparato repressivo do Estado e observado o devido processo legal. Em circunstâncias especialíssimas, porém, admite o direito a remoção do dano ou do risco pelo próprio titular, sem socorro ao Poder Judiciário. É a "justiça pelas próprias mãos" que deixa de configurar ato ilícito nos limites estreitíssimos da legítima defesa. Assim, quem vê alguém usurpando a posse de um bem que lhe pertence pode, por seus próprios recursos, retomar a coisa para si. Desde que o titular do direito esteja respondendo a agressão atual (ou iminente) e injusta, e empregue meios moderados (CP, art. 25), não há ilicitude no ato.

Em algumas situações, a legítima defesa pode servir de exclusão da ilicitude para fins de direito penal, mas não para as implicações civis do ato. É o caso, por exemplo, da legítima defesa putativa, em que o sujeito se defende de ameaça imaginária. Ele não comete crime, mas é responsável pela indenização de vítimas de seu ato (*RT*, 808/225). Outro exemplo está na lesão a direito de uma pessoa por legítima defesa contra ato de terceiros. A responsabilidade penal não existe, mas a civil se constitui. Se alguém, defendendo-se de ameaça real, dispara tiros contra uma pessoa e acerta outra, não pratica ilícito criminal, mas é obrigado à indenização (*RT*, 789/225).

b) *No exercício regular de direito*. O exercício regular de um direito também não se considera ilícito, ainda que importe prejuízos a outras pessoas. Se *Antonio* se estabelece como empresário para explorar determinada atividade, e tem sucesso na formação da clientela, acaba prejudicando necessariamente os demais empresários que atuam no mesmo mercado. Os consumidores que atrair para sua empresa deixarão de adquirir dos seus antigos fornecedores. Se *Antonio* empregar meios idôneos de concorrência, não poderá ser responsabilizado pelos prejuízos advindos aos seus concorrentes em razão do crescimento de sua empresa.

c) *Em estado de necessidade*. Configura-se o estado de necessidade com a

deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (não confundir com o "estado de perigo", defeito do negócio jurídico — Cap. 10, item 11.2.3). Se *Benedito*, para evitar que seu automóvel seja abalroado por um veículo desgovernado, realiza manobra arriscada e acaba atropelando e matando o cão de *Carlos*, não se considera ilícita sua ação, nem deve ele indenizar os danos decorrentes, porque se verificaram estes na remoção de perigo iminente. No estado de necessidade sempre há o sacrifício do direito de uma pessoa para salvar o de outra do perigo de se perder. Mas, para operar a exclusão de ilicitude, o ato de remoção do perigo deve ser necessário e não pode exceder os limites do indispensável para atingir esse objetivo. Quer dizer, se *Benedito* podia safar-se do acidente de trânsito por meio de manobra que não sacrificasse o cão de *Carlos*, foi ilícita sua conduta.

> Código Civil:
> *Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*
> *I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*
> *II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*

Quando o direito sacrificado refere-se a uma coisa (como no exemplo dado), não se exige que seja inferior ao salvaguardado (Monteiro, 2001:291). A moral não repudia, aliás, o sacrifício de um animal com o objetivo de preservar a integridade física de homem ou mulher. Mas cogite-se da inexistência desse risco. Se do acidente de trânsito evitado pela manobra arriscada de *Benedito* não pudessem decorrer senão danos materiais. Nesse caso, ainda que o cão de *Carlos* fosse extremamente raro e valioso, e custasse mais que o valor do reparo dos eventuais danos no veículo de *Benedito*, não teria este incorrido em ilícito. Se tanto o direito sacrificado como o salvaguardado são coisas, é suficiente para a exclusão da ilicitude que não fosse razoável exigir do sujeito o sacrifício do seu direito sob risco (CP, art. 24).

Quando, porém, o direito sacrificado refere-se a lesão em pessoa, pode configurar-se a ilicitude se o bem exposto a perigo era uma coisa. Se o astro da televisão, para evitar ser fotografado por um *paparazzo*, não tem outra alternativa a não ser correr, e, ao fazê-lo, acaba causando ferimentos em transeuntes, incorre em ato ilícito, porque não o beneficia a exclusão do estado

de necessidade. Nesse exemplo, o direito salvaguardado (imagem-retrato) é infinitamente menos valioso que o sacrificado (integridade física das pessoas).

4. RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS ILÍCITOS

Quem pratica ato ilícito fica responsável pela indenização dos danos a que culposamente der causa. Diz o art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Trata-se da sanção civil que a norma jurídica liga à prática de ato violador de direitos subjetivos.

Assim, quem age como não deveria agir (incorre em ato ilícito) tem o dever de indenizar as perdas e danos a que der causa. O motorista que não para o veículo no semáforo vermelho, e, com isso, provoca acidente de trânsito, fez o que não deveria fazer. Deve indenizar os prejuízos que produziu com sua conduta ilícita. É chamada essa hipótese de responsabilidade civil *subjetiva*, porque fundada na culpa do agente causador do dano.

Atente-se, contudo, que também o ato *lícito*, por vezes, gera o mesmo dever. É o caso da responsabilidade civil *objetiva*, em que a norma jurídica imputa a obrigação de indenizar a quem age exatamente como deveria ter agido (pratica apenas atos lícitos). Se o consumidor sofre acidente de consumo, o empresário fornecedor do produto ou serviço em questão deve indenizá-lo, mesmo que tenha feito todos os investimentos exigíveis no controle de qualidade de sua empresa. Isto é, mesmo que tenha feito exatamente o que dele se espera, será responsável por ressarcir os danos causados pelo acidente de consumo. Existe, note-se, sempre uma margem de defeitos inevitáveis em qualquer produto ou serviço oferecido ao mercado consumidor. Em razão da falibilidade humana, por mais que o empresário se empenhe em modernização de seu estabelecimento, treinamento de pessoal e aperfeiçoamento em controle de qualidade, alguns produtos ou serviços sairão com defeito. O ser humano é inevitavelmente imperfeito e essa imperfeição importará o fornecimento, aos consumidores, de algumas (ainda que poucas) mercadorias e comodidades defeituosas. A responsabilidade dos fornecedores pelos danos derivados de acidente de consumo não decorre, assim, de qualquer ato ilícito. Imputa-se mesmo ao empresário que agiu exatamente como deveria ter agido.

Quem pratica ato ilícito deve indenizar os prejuízos a que der causa (responsabilidade subjetiva fundada na culpa). Mas também se imputa, em alguns casos, a obrigação de indenizar danos a quem praticou atos lícitos (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade objetiva revela as insuficiências do critério de definição do ato ilícito em função do direito positivo. Como visto, são dois os critérios de delimitação da ilicitude da conduta. Pelo fundado no direito positivo, o ato ilícito é definido como aquele ao qual a norma jurídica liga uma sanção; contraposto ao direito subjetivo, como aquele que viola culposamente direito alheio (item 1).

O critério fundado no direito positivo falha ao explicar a responsabilidade objetiva porque, nela, verifica-se a imputação da sanção a quem incorreu em ato *lícito*. A norma jurídica liga, por exemplo, o fato "acidente de consumo" à consequência "dever do fornecedor de indenizar as vítimas". Essa consequência não é uma sanção civil porque no fato antecedente não se encontra nenhuma conduta do empresário que pudesse ter deixado de fazer. Quem explora empresa assume o risco de responder por defeitos nos produtos e serviços, que, como visto, são inevitáveis dentro de certa margem estatística. Para nunca responder por danos de acidentes de consumo, só não explorando empresa. Ora, como organizar a exploração de atividade empresarial é indiscutivelmente ato lícito, segue-se que a responsabilidade objetiva importa não a imputação de sanção, mas simples realocação de recursos (Cap. 22, item 2). O intérprete não tem, contudo, como saber se a responsabilização civil de determinada pessoa objetivou desestimular uma conduta (ilicitude do ato) ou apenas racionalizar a alocação dos recursos (licitude), como forma de definir se o antecedente foi lícito ou ilícito. A operação intelectual é a inversa: deve-se partir da ilicitude do antecedente para concluir sobre a natureza sancionatória da responsabilidade civil. Definir o ilícito, assim, como antecedente de sanção é inconsistente, por incorrer na falácia lógica da petição de princípio.

Capítulo 12

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

1. INTRODUÇÃO

Nasce e perece o direito subjetivo por razões variadas. Em primeiro lugar, em função de mudanças no direito objetivo. Para cumprir sua função, a norma jurídica faz e desfaz os direitos. Quer dizer, para orientar a superação dos conflitos de interesses, a lei "atribui" ao sujeito cujo interesse quer ver prevalente um "direito", e ao outro, o correspondente "dever". O juiz tem, então, o padrão para se guiar, ao decidir os processos: deve dar, em princípio, razão ao sujeito que tem o direito. Quando a lei se altera, muitas vezes tira o direito subjetivo de um sujeito para dá-lo ao outro. Mudanças do ordenamento jurídico, assim, podem importar o início e o fim de direitos. Em 1991, quando a lei suprimiu o efeito *suspensivo* da apelação contra a sentença de despejo por falta de pagamento, os locatários inadimplentes perderam o direito de continuar na posse do imóvel até o julgamento do seu recurso. Ao mesmo tempo, porém, o locador ganhou o direito de reaver o imóvel antes mesmo do julgamento final do processo.

Além das mudanças no ordenamento, o direito subjetivo se constitui por fato, ato ou negócio jurídico. A morte é o fato jurídico que constitui, por exemplo, o direito dos herdeiros sobre os bens da pessoa falecida. O achado casual do tesouro é o ato jurídico constitutivo do direito de propriedade sobre essa coisa. A assinatura do contrato de mútuo é o negócio jurídico de que deriva o crédito do credor.

Extingue-se, igualmente, o direito por fato, ato ou negócio jurídico. O perecimento do objeto é uma das causas de extinção por fato jurídico. Os direitos do proprietário sobre a casa deixam de existir se ela é consumida por incêndio de causas naturais. A morte de um homem extingue os direitos personalíssimos que titularizava: morto o pai separado, desaparece seu direito de visita aos filhos. São exemplos de fatos jurídicos extintivos de direitos. A inércia do proprietário em contestar a posse que outra pessoa exerce sobre o seu imóvel, depois de algum tempo, induz à extinção do seu direito de propriedade. Trata-se de ato jurídico extintivo de direito subjetivo. A remissão de dívida é negócio jurídico extintivo

do direito de crédito (Cap. 17, item 5).

Há várias outras hipóteses de extinção do direito (Diniz, 2002:328/329), mas interessa, aqui, centrar o foco na derivada de duas manifestações de vontade do titular: a *renúncia* e o *não exercício*. Naquela, o sujeito assume a obrigação, perante outro ou outros interessados, de não exercer seu direito. Trata-se de negócio jurídico unilateral (expressada por declaração apenas do renunciante, independentemente da vontade do beneficiário) ou bilateral (quando embutida num contrato entre renunciante e beneficiário), em que fica vinculado à vontade declarada. Se se arrepender e quiser, no futuro, exercer o direito a que renunciara, não poderá fazê-lo, pois estará descumprindo a obrigação contraída. O não exercício se verifica quando o titular, voluntária e intencionalmente, abstém-se dos atos necessários a torná-lo efetivo. É também negócio jurídico, porque se trata de ato praticado com a intenção de produzir os efeitos pretendidos pelo sujeito. Diferencia-se da renúncia porque no não exercício o declarante se reserva o direito de voltar a exercê-lo, no futuro, se quiser.

Os direitos renunciáveis podem simplesmente deixar de ser exercidos. Se *Antonio* tem a posse de imóvel, como se seu fora, sem oposição por quinze anos ininterruptos, ele titulariza o direito de se tornar proprietário do bem por usucapião (CC, art. 1.238). Para isso, porém, será necessário que requeira ao juiz, por meio do processo adequado, que o declare proprietário por sentença. Se *Antonio* nem sequer procura um advogado para tratar da propositura da ação, ele não está exercendo o direito que titulariza. Note a diferença com o negócio jurídico da renúncia. Aquele que se limita a não exercer o direito pode, posteriormente, a seu exclusivo critério, deixar o estado de inércia sem nenhuma responsabilização, posto não ter assumido a obrigação de se manter inerte.

Em certas situações, seja em razão da importância do objeto, seja em atenção às limitações de discernimento do sujeito, a lei prescreve a irrenunciabilidade do direito. É o caso, por exemplo, dos direitos extrapatrimoniais da personalidade. Ninguém pode renunciar ao direito ao nome ou à vida privada. Qualquer declaração do titular do direito que pudesse implicar renúncia é inválida e ineficaz. O direito irrenunciável, malgrado não possa ser objeto de negócio jurídico em virtude do qual o sujeito se obriga a não exercê-lo, pode simplesmente não ser exercido. Nesse caso, o não exercício é ato reiterado de vontade e intencional, mas, por não poder ser validamente declarável como negócio jurídico, tem a natureza de fato jurídico.

O não exercício de um direito durante o prazo estabelecido pela lei importa sua extinção. Duas são as hipóteses de prazos extintivos: a prescrição e a decadência.

O não exercício do direito (renunciável ou irrenunciável) pelo titular é uma faculdade deste. Não há meios de se forçar alguém a exercer um direito contrariamente à sua vontade. Quando interesses legítimos de terceiro são prejudicados pela inércia do titular do direito, a lei normalmente atribui-lhe legitimidade para atuar como substituto no processo. É o caso, por exemplo, da sociedade anônima que está sendo prejudicada por atos de má administração. Se a assembleia geral deliberou demandar o ressarcimento do prejuízo, mas, transcorridos pelo menos três meses, a pessoa jurídica ainda não propôs a ação judicial de indenização contra o mal administrador, qualquer acionista pode fazê-lo em nome da sociedade (Lei n. 6.404/76, art. 159). Para evitar que a inércia da pessoa jurídica, que é a titular do direito à indenização, prejudique os interesses dos acionistas, a lei os legitima a exercê-lo *em nome dela*. Entre forçar o titular do direito a exercitá-lo contra sua vontade e legitimar, em hipóteses excepcionalíssimas, terceiros interessados a substituí-lo no processo, a lei opta por esta última alternativa.

Mas, embora não force ninguém a exercer seus direitos, a lei não tolera a inércia para sempre. O não exercício de um direito por muito tempo acaba minando a segurança das relações jurídicas. Depois de longo período sem ser procurado para cumprir sua obrigação, o devedor não sabe mais se a deve ou não; se ainda convém manter imobilizados em reserva os recursos para o seu adimplemento, ou se já lhes pode dar emprego mais rendoso. Por essa razão, a lei *normalmente* estabelece prazo para que o direito seja exercido por seu titular, findo o qual extingue-o em nome da segurança nas relações jurídicas.

Em outros termos, o decurso do tempo, um fato jurídico, também é causa de extinção de direitos. A maioria dos direitos subjetivos perde-se se não for exercido pelo titular durante muito tempo. Não são, porém, todos os direitos que se extinguem em razão desse fato jurídico. Há os *imprescritíveis*, que o titular nunca deixa de titularizar, mesmo que não os exerça por longo tempo. *Antonio*, do exemplo anterior, titulariza direito dessa natureza. Mesmo que já se tenham passado décadas desde a aquisição do direito de pleitear judicialmente a declaração da propriedade do bem por usucapião, sem que o tenha exercido, ele ainda continuará podendo fazê-lo enquanto viver e possuir o bem. O direito de

propriedade e o de requerer a declaração de nulidade do negócio jurídico são outros exemplos de direitos imprescritíveis.

A irrenunciabilidade e a imprescritibilidade do direito são atributos independentes. Ao contrário do que entendem alguns doutrinadores (por exemplo, Fernandes, 2001, 2:650), a indisponibilidade do direito implica a irrenunciabilidade, mas não a imprescritibilidade. Os direitos pessoais patrimoniais são, em sua maioria, renunciáveis e prescritíveis. O credor da nota promissória tem, em geral, três anos, a contar do vencimento, para demandar em juízo o pagamento do título. Pode, também, a qualquer momento renunciar ao crédito. Mas há, no direito brasileiro, hipótese de direitos irrenunciáveis e prescritíveis. Os titulados pelos consumidores, por exemplo, traduzidos pelas normas de proteção contratual são exemplo dessa hipótese. Trata-se de direitos pessoais e patrimoniais, porém irrenunciáveis e prescritíveis. Nenhuma cláusula do contrato de consumo pode impedir o consumidor de exercitar direito que a lei lhe assegura, porque está legalmente obstada a alternativa de renúncia, mas deve exercer esse direito irrenunciável dentro do prazo de prescrição estabelecido no Código de Defesa do Consumidor.

O decurso do tempo, em suma, assim como pode criar o direito (como no caso da usucapião, a que a doutrina se refere também como *prescrição aquisitiva*), pode também extingui-lo. Apenas os direitos imprescritíveis não se extinguem em razão desse fato jurídico. São, por outro lado, duas as hipóteses em que a extinção assim se verifica: a prescrição e a decadência (esta chamada também de “caducidade”).

2. DIFERENÇAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

“Prescrição” é expressão ambígua que, em sentido largo, compreende a decadência, e, em sentido estrito, contrapõe-se a esta. A extinção do direito em razão do decurso do prazo é referida, em termos gerais, como prescrição. Quando se diz que certo direito é imprescritível, isso significa que nem a prescrição (em sentido estrito) nem a decadência podem importar seu desaparecimento. Neste item e seus subitens, relativos às diferenças entre prescrição e decadência, evito a ambiguidade empregando apenas o sentido estreito da expressão.

Os elementos comuns à prescrição e decadência, enquanto causas de extinção de direitos, são a inércia do seu titular em exercê-lo (fator subjetivo) e o decurso

do tempo (fator objetivo). O direito subjetivo (sujeito a essa causa de extinção) não é protegido se quem o titulariza deixa de exercê-lo durante o prazo fixado na lei. A perda do direito, nesse caso, visa a conferir maior segurança às relações jurídicas. Convém a todos que, decorrido tempo mais que razoável para o sujeito exercer seu direito, perca-o quem permanecer inerte. As demais partes da relação jurídica não podem ficar numa situação interminável de indefinição. Além disso, não fossem as regras de extinção do direito por decurso do tempo, os documentos de quitação de qualquer negócio jurídico deveriam ser guardados pelo devedor (e seus sucessores) *para sempre*. O bisneto do credor, várias décadas depois do vencimento da obrigação, poderia demandar o bisneto do devedor, e se este não possuísse a prova da quitação, deveria pagar o devido novamente. Com o instituto da perda do direito pelo transcurso do tempo, essa possibilidade está afastada. Vencidos os prazos legais, os documentos de quitação podem ser inutilizados porque não há mais a possibilidade de se cobrar novamente o seu pagamento. A necessidade de segurança nas relações jurídicas, em suma, exige que a maioria dos direitos sejam prescritíveis e que somente em casos excepcionais se preceitua a imprescritibilidade de um ou outro.

Tanto a prescrição como a decadência reúnem os mesmos elementos: inércia do sujeito em exercer o direito (fator subjetivo) e decurso do tempo fixado em lei (fator objetivo).

Presentes os dois fatores acima apontados — inércia do titular e decurso do tempo — extingue-se o direito por prescrição ou decadência. Não há, assim, dificuldade nenhuma em delinear os elementos comuns às duas espécies de prazos extintivos. Em relação às diferenças, porém, não se encontrou ainda nenhum critério satisfatório. Não é fácil, assim, apontar os traços essenciais específicos da prescrição e decadência. Os padrões diferenciais são vários, mas insuficientes (item 2.1). A insuficiência nos critérios de identificação, porém, não impede a devida operacionalização dos conceitos. De fato, uma vez estabelecido que certo prazo é de uma ou outra natureza, não há dúvidas quanto ao regime a aplicar (item 2.2).

O ideal, no meu ponto de vista, seria a lei trazer cláusula de fechamento, estabelecendo, por exemplo, que o prazo não definido expressamente como decadencial seria tido por prescricional. O Código Civil não traz essa cláusula

legal, mas a exposição de motivos dos elaboradores de seu anteprojeto informa que se adotou um critério próximo: se o prazo está previsto nos arts. 205 e 206 do CC, é prescricional; se contemplado em qualquer outro dispositivo do mesmo Código, decadencial.

O prazo geral de prescrição é de dez anos. Se não houver norma jurídica legal estabelecendo, para determinada hipótese, um prazo inferior de prescrição, opera-se esta no prazo de uma década (CC, art. 205). Quem tem a honra ofendida, por exemplo, deve promover a ação de reparação civil no prazo de três anos, porque para essa hipótese previu a lei interregno específico (CC, art. 206, § 3º, V). Para cobrar o emitente de cheque sem fundos, o prazo é de seis meses, contados do término do prazo de apresentação do título ao banco (Lei n. 7.357/85, art. 59). Contra pessoa jurídica de direito público, o prazo é de cinco anos (Decreto n. 20.910/32). Sempre, porém, que inexistir prazo específico de prescrição, incide a norma do prazo geral de dez anos.

Exemplo de prazo decadencial se encontra, por sua vez, no art. 178 do CC: "É de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico". Se o negócio é defeituoso por vício de consentimento, o declarante tem esse prazo para ingressar em juízo com a ação visando a decretação de sua anulação.

2.1. Critérios de diferenciação

O critério de diferenciação mais difundido, na doutrina brasileira, diz que a prescrição é a extinção da *ação* para a defesa do direito violado, e a decadência, a do próprio *direito* (Beviláqua, 1908:285/286). Considera-se, nesse contexto, que o titular do direito não o perde mesmo depois de transcorrido o prazo prescricional. Se o devedor cumprir a obrigação quando já prescrito o direito, não poderá posteriormente reclamar a restituição. Ora, se carece o devedor do direito à restituição, argumenta-se em favor desse critério diferencial, é porque o credor ainda titularizava o seu crédito mesmo depois de decorrida a prescrição. Ela, assim, importaria unicamente a perda do direito de ação: vencido o prazo prescricional, o credor não pode mais acionar judicialmente o devedor em busca do cumprimento da obrigação. Na decadência, por esse critério, perece, com a fluência do prazo legal, o próprio direito.

Esse critério, porém, não se sustenta por duas razões. Em primeiro lugar, porque também o devedor de obrigação caducada não pode reclamar a restituição se o cumprimento se verificou após o decurso do prazo de decadência. Se essa circunstância é alegada para demonstrar a sobrevivência do

direito prescrito, também acaba demonstrando a do decaído. Ademais, no final das contas, dá na mesma a perda da ação e do direito. Se alguém não pode mais ingressar em juízo para obter o cumprimento forçado da prestação correspondente ao seu direito, isto é, em termos concretos, igual a não titularizar mais o próprio direito.

Note-se que na redação do art. 189 do Código Civil o legislador tentou contornar a questão suscitada por esse critério: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição...". A pretensão deve ser entendida como um "direito" situado entre o direito material violado e o direito à ação (cf. Lotufo, 2003:518/521), embora isso acrescente mais complexidade ao tema, ao invés de o aclarar. De qualquer forma, de acordo com o dispositivo em questão, a pretensão é o que surge com a violação ao direito material e desaparece com a prescrição. *Antonio* passa a ter a pretensão de cobrar seu crédito contra *Benedito* em juízo (exercer seu direito à ação) depois que este deixou de pagar o devido no vencimento (violando o direito material do credor). Esse direito à ação, por sua vez, extingue-se com a fluência do prazo prescritivo. Na lei brasileira, em suma, a prescrição diz sempre respeito à *pretensão* do titular do direito violado.

Não há critério consistente de distinção entre prescrição e decadência. Se a própria norma jurídica não fixar a natureza do prazo extintivo do direito, deve-se pesquisar o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência.

Outro critério aponta para a época do surgimento do direito à ação. Quando concomitantes direito e ação que o assegura, seria decadencial o prazo extintivo; quando o direito surge antes da ação, e esta apenas após a violação do direito, seria prescricional (Rodrigues, 2002:329/330; Gomes, 1957:507). É, porém, insuficiente também esse critério porque não esclarece quando se verifica uma ou outra situação. O comprador de coisa móvel pode reclamar contra os vícios no prazo de trinta dias (CC, art. 445). Esse prazo é decadencial, como reconhece a unanimidade da doutrina. Pois bem, tente aplicar o critério. O comprador, dentro do prazo legal, procura o vendedor para exercer o seu direito à rescisão do contrato ou redução proporcional do preço. Se o vendedor não concordar em devolver o dinheiro (todo, no caso de rescisão; parte, no de redução), restará ao comprador ingressar em juízo para fazer valer o seu direito *ainda* dentro do

prazo fixado na lei. Pode-se dizer, sem inconsistência, que o direito de acionar o vendedor nasceu da recusa deste em respeitar espontaneamente o direito do comprador, ficando tudo como se prescricional fosse o prazo.

Goza, finalmente, de algum prestígio na doutrina brasileira o critério de distinção da natureza do prazo por institutos do direito processual civil, proposto por Agnelo Amorim Filho a partir de lições de Chiovenda. Em função do tipo de sentença que será proferida pelo juiz, o direito postulado sujeitar-se-ia a prazos prescricionais ou decadenciais. Assim, quando a sentença é condenatória, por assegurar o cumprimento de dever correspondente a direito objeto de prestação (os *reais* e *pessoais*), o prazo é de prescrição; se constitutiva, por assegurar o exercício de direito *potestativo*, decadencial (apud Rodrigues, 2002:330/ 331). Também não fornece pautas seguras o critério aqui referido. Se aplicado à hipótese acima, do prazo que o comprador tem para reclamar contra os vícios da coisa, será alcançada conclusão oposta à da unanimidade da doutrina.

Na verdade, *não existe* critério capaz de distinguir consistentemente os prazos prescricionais dos decadenciais. Trata-se de classificação, como muitas das operadas pela tecnologia jurídica, que se sustenta retoricamente, sem estrita congruência lógica. Como fazer, então, para distinguir a natureza de determinado prazo extintivo de direito? Desconsiderar a questão, tratando a todos os prazos igualmente, não é possível. Afinal, são diferentes os regimes da prescrição e da decadência: os prazos prescricionais se suspendem e podem ser interrompidos; os decadenciais, não; os prescricionais são renunciáveis; os decadenciais, irrenunciáveis, e assim por diante (item 2.2).

A solução adequada para a questão da diferenciação entre prescrição e decadência indica que se deve, em primeiro lugar, verificar se o direito positivo definiu a natureza do prazo extintivo do direito. Se o fez diretamente, não há dúvidas possíveis. Se o fez indiretamente, também. Muitas vezes a norma se expressa por termos que indicam a espécie de prazo estabelecida. Se disser, por exemplo, “o sujeito decairá do direito de reclamar”, está evidentemente fixando prazo decadencial; se falar “prescreve a ação”, estipula prazo prescricional, e assim por diante. Quando, contudo, não se puder extrair, direta ou indiretamente, da própria norma jurídica a natureza do prazo extintivo, deve-se pesquisar a posição predominante na doutrina e jurisprudência. Autores e julgadores costumam pôr-se de acordo sobre a natureza de boa parte dos prazos extintivos que a norma jurídica não externou. Mas, havendo divergência séria na doutrina e jurisprudência sobre certo prazo, ou não se encontrando a respeito dele nenhuma manifestação, deve o julgador decidir conforme os ditames de justiça, o bom-

senso ou o que lhe parecer mais apropriado no caso. Trata-se de solução, como se vê, forçosamente incompleta, tendo em vista a falta de padrão geral que pudesse norteá-la.

2.2. Regimes jurídicos

Os regimes jurídicos da prescrição e da decadência se diferenciam em função de três aspectos: *a*) fluência; *b*) disponibilidade; *c*) decretação de ofício pelo juiz.

a) *Fluência*. A fluência dos prazos prescricionais pode ser suspensa ou interrompida nas hipóteses previstas em lei. A dos decadenciais nunca se suspende nem se interrompe.

No caso da prescrição, certos fatores que impedem a livre manifestação da vontade do titular do direito são levados em conta pela lei. Entre marido e mulher, por exemplo, não correm prazos prescricionais porque a inércia no exercício do direito que qualquer um deles tenha contra o outro é plenamente justificável. Operantes esses fatores, o direito subjetivo é preservado da extinção por prescrição. Essa preservação, porém, a lei não estabelece nas hipóteses dos prazos decadenciais (item 2.1). Exceto em relação aos incapazes (item 2.3), os motivos justificadores da inércia não são relevantes para deter o curso da decadência.

b) *Disponibilidade*. Na questão da disponibilidade, devem-se distinguir dois assuntos: de um lado, a renúncia aos benefícios decorrentes da extinção de direitos por decurso do prazo e, de outro, a fixação de prazos extintivos por manifestação de vontade das partes.

Em relação à renúncia, admite a lei que o beneficiado pelos efeitos da prescrição a eles renuncie, desde que atendidas duas condições: fluência do prazo prescricional e preservação dos direitos de terceiros (CC, art. 191). Desse modo, apenas depois de prescrita a pretensão é que pode o devedor renunciar aos efeitos da prescrição, de modo a retornar o credor a titularizar o direito anteriormente perdido. Não admite a lei a renúncia antecipada aos efeitos da prescrição, mas somente depois de exaurido o prazo correspondente. Entende-se que o devedor somente pode renunciar livre de qualquer constrangimento negocial ou factual. Isso somente se verifica *após* o decurso do prazo que o libera de qualquer obrigação. Também não pode ocorrer a renúncia, se terceiros forem prejudicados pela liberalidade. Em relação aos prazos decadenciais, a lei considera nula a renúncia (CC, art. 209). Se o beneficiado pelos efeitos da decadência quiser, de alguma forma, compensar o titular do direito perdido, deverá fazê-lo por novo negócio jurídico constitutivo de direito, e não pela

renúncia à decadência.

Quanto à fixação dos prazos pela vontade das partes, a lei não a tolera relativamente aos prazos prescricionais (CC, art. 192). Trata-se de norma de ordem pública, inderrogável pela vontade das partes. Já em relação à decadência, porém, refere-se a lei à modalidade "convencional", fazendo supor que admite a alteração, pelas partes, dos prazos decadenciais (CC, art. 211).

Prescrição e decadência se diferenciam por três aspectos: quanto à fluência (só a prescrição suspende-se ou interrompe-se), à disponibilidade (somente a prescrição é renunciável, mas apenas os prazos decadenciais podem ser alterados por vontade das partes) e pela possibilidade de conhecimento judicial de ofício (a decadência pode ser decretada independentemente de alegação da parte, mas a prescrição, não).

c) *Conhecimento pelo juiz, de ofício*. Os prazos prescricionais podem ser conhecidos pelo juiz, de ofício. Mesmo que a parte a quem a prescrição beneficia não a alegue no momento e pela forma processualmente adequada, o juiz *deve* decretar a extinção do direito por esse tipo de decurso do tempo (CPC, art. 219, § 5º, com a redação dada pela Lei n. 11.280/2006). Em relação à decadência, contudo, cabe distingui-la em função da origem. Aquela cujo prazo é fixado pela lei *deve* ser conhecida pelo juiz de ofício, independentemente de alegação pelos interessados e em qualquer momento do processo, tal como no caso da prescrição. Já a fixada pelas partes, por meio de negócio jurídico, não pode ser conhecida pelo juiz de ofício, embora possa ser alegada por quem dela se beneficia em qualquer momento do processo (CC, arts. 210 e 211).

2.3. Os incapazes e os prazos extintivos

Em matéria de extinção do direito por decurso do prazo, a lei cuida de proteger os incapazes, em razão da condição particular em que se encontram. A extensão da proteção varia de acordo com o grau da incapacidade.

Contra o absolutamente incapaz, a proteção é plena: não correm contra ele nem a prescrição nem a decadência (CC, arts. 198, I, e 208). Enquanto a pessoa completa 16 anos de idade, assim, não perde nenhum direito por inércia ao longo do tempo. Também o deficiente mental absolutamente incapaz ou o impedido de manifestar sua vontade, enquanto se encontrarem na situação de fato correspondente à incapacidade, não podem ser prejudicados pela inércia.

Considera a lei que o absolutamente incapaz, exatamente por não ter nenhum discernimento para atuar com desenvoltura no comércio jurídico, não pode ser penalizado pelo não exercício de seus direitos, mesmo que por longo tempo.

Há regras específicas para a proteção dos incapazes relativamente à perda de direito pelo não exercício durante certo tempo. Assim, contra os absolutamente incapazes não correm nem prescrição nem decadência. Por outro lado, os relativamente incapazes podem demandar os assistentes que negligenciaram o exercício tempestivo dos direitos ou deixaram de alegar a perda do direito, por terceiros demandantes, em função do decurso do tempo.

Já aos relativamente incapazes assegura a lei o direito de serem indenizados por seus assistentes, caso estes tenham dado ensejo à perda de um direito, por prescrição ou decadência, ou se não diligenciaram no sentido de que fosse alegada no momento e forma adequados (CC, arts. 195 e 208). Aqui a lei atribui ao assistente uma responsabilidade *maior* do que a ordinária. Ao contrário do representante, que é incumbido de tomar todas as providências em nome e em favor do representado, e, portanto, tem função *ativa*, o assistente apenas deve impedir que o relativamente incapaz pratique atos desvantajosos, tendo, por isso, mera função *passiva*. Se o relativamente incapaz não quiser praticar certo negócio jurídico, não será suficiente que o assistente o queira para realizar-se este. Se o prazo de prescrição está vencendo, o assistente deve alertar o relativamente incapaz desse fato, mas não poderá outorgar procuração a nenhum advogado para as providências judiciais cabíveis. É o relativamente incapaz a pessoa apta a fazer essa outorga, mediante a assistência do pai, tutor ou curador. Do mesmo modo, se o relativamente incapaz não alegar a prescrição, no momento e forma adequados, o assistente não poderá substituí-lo. Quer dizer, não tem responsabilidade o assistente que, tempestivamente, alertou o assistido sobre a proximidade da fluência de prazo prescricional ou decadencial em desfavor deste, ou sobre a alegabilidade da prescrição ou decadência em seu favor. Basta que o assistente faça o alerta ao assistido para se desincumbir satisfatória e integralmente da função ativa que, excepcionalmente, a lei lhe reservou na matéria de perecimento de direitos em razão do tempo.

3. SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Só os prazos prescricionais suspendem-se ou interrompem-se. São, porém, diferentes as hipóteses de interrupção e suspensão. No primeiro caso, o prazo volta a fluir por completo desde o fim da causa interruptiva (CC, art. 202, parágrafo único); no segundo, o prazo volta a fluir, desde o fim da causa suspensiva, apenas pelo quanto ainda não tinha transcorrido. Imagine-se um prazo de três anos iniciado hoje. Daqui a dois anos opera-se uma causa interruptiva cujos efeitos cessam em seis meses. O prazo volta a correr por inteiro (mais três anos). Se nada mais interferir em sua fluência, ele se exaure daqui a cinco anos e seis meses. Imagine, agora, que daqui a dois anos opera-se uma causa suspensiva, cujos efeitos cessam também em seis meses. O prazo volta a correr pelo que faltava para completar os três anos (isto é, um ano). Agora, se nada mais interferir em sua fluência, a prescrição ocorre daqui a três anos e seis meses.

As causas de suspensão da prescrição (também chamadas de impedimentos) dizem respeito a situações em que o titular do direito está impossibilitado de promover a ação judicial. A primeira hipótese legalmente referida a essa impossibilidade diz respeito a uma especial ligação com o sujeito a ser demandado (devedor inadimplente, agente do ato ilícito, usurpador etc.), que justifica a inércia em promover a ação judicial. Assim, não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal (CC, art. 197, I). Se um homem causa danos ao patrimônio de uma mulher, nasce para esta o direito de ser ressarcida. Se causador do dano e vítima se casam, suspende-se o prazo de prescrição. Na constância do casamento, é realmente justificável que aquela mulher, titular do direito à indenização, se visse constrangida a exercê-lo. Sua inércia não pode ser considerada uma opção livre. Vindo, porém, a se separarem, volta a fluir a prescrição, já que nada mais a inibe de exercer seu direito. Se ela continuar inerte, sofrerá as consequências da prescrição.

Não corre também a prescrição, em razão de especiais ligações das partes, entre: *a*) ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; *b*) tutelados e tutores, durante a tutela; *c*) curatelados e curadores, durante a curadoria (CC, art. 197, II e III). Nesses casos, como a vontade do titular do direito é manifestada pelo próprio demandado, seu representante, eventual inércia no exercício do direito não pode ser imputada ao primeiro. Nesses três casos, é simplesmente impossível ao sujeito exercer o direito, porque só poderia fazê-lo por meio da pessoa que restaria responsabilizada diretamente. Se o tutor administrou mal o patrimônio do tutelado, deve indenizá-lo. Enquanto não alcançada, porém, a maioridade, a vontade do tutelado se expressa necessariamente por meio de seu

representante, o tutor; e é claro que não promoverá a ação judicial, em nome do representado, porque o réu seria, ele próprio, representante.

Também não corre a prescrição contra: *a*) incapazes (item 2.3); *b*) ausentes do País, em serviço público, como embaixadores e cônsules; *c*) os que servem as forças armadas em tempo de guerra, estando no Brasil ou no exterior (CC, art. 198). São três as situações em que se consideram impedidos os titulares do direito de exercê-lo por razões alheias à própria vontade. Os incapazes, porque não podem manifestá-la diretamente; os servidores públicos ausentes do País, porque estão impedidos pela distância; e os que servem às forças armadas em guerra, porque concentrados nas tarefas relacionadas ao conflito bélico. Finalmente, esclarece a lei que a prescrição não corre enquanto pender condição suspensiva, não estiver vencido o prazo ou transcorrer ação de evicção (reivindicação da coisa por terceiro) (CC, art. 199). São circunstâncias referentes ao objeto do direito que justificam a inércia do titular. Nesses casos, o sujeito deixa de promover a ação judicial não por sua vontade livre, mas em razão de impeditivos externos.

Não se confundem suspensão e interrupção da prescrição. No primeiro caso, o prazo deixa de correr enquanto eficaz a causa suspensiva e volta a fluir pelo tempo que faltava para se completar. Na interrupção, o prazo volta a fluir por completo a partir do momento em que cessam os efeitos da causa interruptiva.

Quando a ação civil tiver por pressuposto fato que deva ser apurado no juízo criminal, o prazo de prescrição somente começa a correr da sentença penal definitiva (CC, art. 200). Desse modo, se o direito surge de ato ilícito que a lei penal também tipifica como crime, contravenção ou outra modalidade de ilicitude, não corre a prescrição enquanto não se concluir o processo penal. Se o prejuízo cujo ressarcimento se pretende deriva de conduta criminosa do demandante (homicídio, latrocínio, roubo, dano etc.), apenas após a condenação ou absolvição definitiva do agente a quem se imputa o ato é que tem início a fluência do prazo de prescrição da pretensão objetivando a indenização civil. Embora sejam independentes as esferas da responsabilidade civil e penal, respeita a lei o interesse da vítima em aguardar a definição, no processo criminal, da tipificação da conduta causadora do dano, antes de ingressar com o seu pleito civil, para, em caso de condenação no foro penal, poder robustecê-lo

com mais argumentos e provas.

A interrupção, por sua vez, é causada pelos seguintes fatos: *a*) despacho do juiz, mesmo incompetente, ordenando a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; *b*) protesto feito nas mesmas condições, isto é, perante juiz, mesmo que incompetente, e desde que o interessado o promova no prazo e forma da lei processual; *c*) protesto cambial; *d*) apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; *e*) qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; *f*) qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe o reconhecimento do direito pelo devedor (CC, art. 202).

Enquanto um mesmo prazo pode ser suspenso por várias vezes, a interrupção só ocorre uma única vez. Imagine o prazo de dez anos que começou a fluir quando o titular do direito tinha 14 anos. Ficou suspenso até o fim da incapacidade absoluta. Começou a fluir, assim, no dia em que esse jovem completou 16 anos. Imagine, porém, que, ao fazer 18 anos, foi convocado pelas forças armadas, em momento em que o Brasil entrara numa guerra. Novamente ficará suspenso o mesmo prazo até o fim da guerra ou da incorporação às forças armadas. Imagine, finalmente, que o jovem, dois anos depois, casa-se com a titular da obrigação correspondente ao seu direito. Nova causa de suspensão se verificou, e assim por diante. Quando se trata, porém, de interrupção, ela não é admitida senão uma única vez.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José

1976 *Curso de direito constitucional positivo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ALVES, José Carlos Moreira

1986 *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, Fernando

1999 *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David

1994 *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: CORDE, 1994.

1996 *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAUJO, Nadia & ANDREIUOLO, Inês da Matta

1999 A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCARELLI, Tullio

1945 *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASCENSÃO, José de Oliveira

1997 *O direito – introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. Sem data da 1ª ed.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de

1974 *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha

1969 *Princípios de direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto

2008 *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Sem data da 1ª ed.

BASTOS, Celso

1982 *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982. Sem data da 1ª ed.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e

1991 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Obra coletiva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BEVILÁQUA, Clóvis

1895 *Direito de família*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

1908 *Teoria geral do direito civil*. Edição histórica revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

1934 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1934. Sem data da 1ª ed.

BITTAR, Carlos Alberto

2001 *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Sem data da 1ª ed.

BOBBIO, Norberto

1960 *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, s. d.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco

1983 *Dizionario di politica*. 4ª ed. Edição brasileira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

CARBONNIER, Jean
1955 *Droit civil*. 26ª ed. Paris: PUF, 1999.
CARDOZO, José Eduardo Martins
1995 *Da retroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995.
CARREIRO, C. H. Porto
1976 *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.
CARVALHO, Paulo de Barros
2004 *Curso de direito tributário*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Sem data da 1ª ed.
COELHO, Fábio Ulhoa
1989 *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989.
1992 *Roteiro de lógica jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
1995 *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
1998 *Curso de direito comercial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1; 5ª ed., vol. 2.
COMPARATO, Fábio Konder
1977 *O poder de controle na sociedade anônima*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977. Sem data da 1ª ed.
DALLARI, Dalmo de Abreu
1984 *Constituição e constituinte*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. Sem data da 1ª ed.
DINIZ, Maria Helena
1981 *As lacunas no direito*. São Paulo: RT, 1981.
1983 *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. Sem data da 1ª ed.
2002 *Curso de direito civil brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1. Sem data da 1ª ed.
FARIAS, Edilsom Pereira de
2000 *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem* versus *a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000. Sem data da 1ª ed.
FERNANDES, Luís A. Carvalho
2001 *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001. Sem data da 1ª ed.
FERRAZ Jr., Tércio Sampaio
1980 *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
1988 *Introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1985.
1993 Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo: USP, vol. 88, 1993.
2000 *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves
1978 *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. Sem data da 1ª ed.
1995 *Do processo legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Sem data da 1ª ed.
FILOMENO, José Geraldo Brito
1991 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
FIUZA, Ricardo (Coord.)
2002 *Novo Código Civil comentado*. Diversos autores. São Paulo: Saraiva, 2002.
FRANÇA, R. Limongi
1958 *Do nome civil das pessoas naturais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1975.
GALLO, Paolo
2000 *Istituzioni di diritto privato*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2000. Sem data da 1ª ed.
GOMES, Orlando

1957 *Introdução ao direito civil*. 15ª ed. atual. e anotada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto

2003 *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

GRAU, Eros Roberto

2002 *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jurgen

1968 *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*. Edição espanhola. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1992.

HUBRECHT, Georges & VERMELLE, Georges

1947 *Droit civil*. 16ª ed. Paris: Dalloz, 1998.

JUGLART, Michel de, PIÈDELIÈVRE, Alain & PIÈDELIÈVRE, Stephane

1999 *Cours de droit civil*. 15ª ed. Paris: Montchrestein, 1999, t. 1, vol. 1. Sem data da 1ª ed.

KELSEN, Hans

1960 *Reine Rechtslehre*. Edição portuguesa. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LABRUSSE-RIOU, Catherine & BELLIVIER, Florence

2002 *Les droits de l'embryon et du foetus en droit privé*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris: SLC, 2002(2), p. 579-601.

LARROUMET, Christian

1998 *Droit civil*. *Introduction à l'étude du droit privé*. 3ª ed. Paris: Economica, 1998, t. 1. Sem data da 1ª ed.

LEITE, Eduardo de Oliveira

1995 *Procriações artificiais e o direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

2001 O direito, a ciência e as leis bioéticas. In *Biodireito – ciência da vida, os novos desafios*. Organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: RT, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima

2000 *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES, Serpa

1962 *Curso de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. 1. Sem data da 1ª ed.

LORENZETTI, Ricardo Luis

1995 *Las normas fundamentales de derecho privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

LOTUFO, Renan

2003 *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

MARTINS, Sérgio Pinto

2001 *Direito do trabalho*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Sem data da 1ª ed.

MAXIMILIANO, Carlos

1924 *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes

1964 *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de

1980 *Elementos de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

1981 *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981.

MIRANDA, Pontes de

1965 *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, vols. 4 e 7; São Paulo: RT, 1984. 3ª ed., vol. 50.

MONTEIRO, Washington de Barros
2001 *Curso de direito civil*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001; vol. 1. Sem data da 1ª ed.
MONTESQUIEU
1748 *De l'esprit des lois*. Edição brasileira. São Paulo: Victor Civita,1973.
MORAES, Alexandre de
2000 *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro
2001 *Curso de direito do trabalho*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Sem data da 1ª ed.
NERY Jr., Nelson
1983 *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: RT, 1983.
OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de
1979 *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
PEREIRA, Caio Mário da Silva
1961 *Instituições de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. 1.
PERELMAN, Chaïm & TYTECA, Lucie Olbrechts-
1958 *Traité de l'argumentation – la nouvelle rhetorique*. 5ª ed. Bruxelas: Universidade de Bruxelas, 1988.
PIOVESAN, Flávia
1995 *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995.
1996 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges
1952 *Traité pratique de droit civil français*. 2ª ed. a cargo de Georges Ripert. Paris: LGDJ, 1952, t. 1 e 6.
RÁO, Vicente
1977 *O direito e a vida dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. Sem data da 1ª edição.
REALE, Miguel
1973 *Lições preliminares de direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
REQUIÃO, Rubens
1971 *Curso de direito comercial*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
RODRIGUES, Silvio
2002 *Direito civil*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Sem data da 1ª ed.
ROSS, Alf
2004 *Tû tû*. Edição brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
SANCHÍS, Luis Pietro
1987 *Ideología e interpretación jurídica*. Madri: Tecnos, 1987.
1992 *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
SANTOS Neto, José Antonio de Paula
2001 *Da ausência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
SERICK, Rolf
1955 *Rechtsform und Realitaet jurisdicher Personen*. Ed. it. Milão: Giuffrè, 1966.
VIVANTE, Cesare
1922 *Trattato di diritto commerciale*. 5ª ed. Milão: Francesco Valardii, 1922. Sem data da 1ª ed.
VOIRIN, Pierre & GOUBEAUX, Gilles
1999 *Droit civil*. 27ª ed. Paris: LGDJ, 1999, tomo I. Sem data da 1ª ed.
WALD, Arnoldo
2002 *Direito civil – Introdução e parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Sem data da 1ª ed.

WARAT, Luis Alberto
1979 *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.