

Teoria Geral do Direito Privado

Eliete Vanessa Schneider
Fernanda Serrer





O presente livro objetiva traçar um panorama geral da Teoria Geral do Direito Privado, conteúdo introdutório ao estudo do Direito Civil. Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, uma vez que o estudo da Teoria Geral do Direito Privado é extremamente abrangente, tem como objetivo traçar as noções fundamentais dos elementos que compõem as relações jurídicas de direito privado, analisando a doutrina, os dispositivos legais pertinentes e tendo como referência axiológica os princípios do direito privado relidos à luz da Constituição Federal de 1988.



Teoria Geral do Direito Privado

Teoria Geral do Direito Privado

Eliete Vanessa Schneider
Fernanda Serrer



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SCHNEIDER, Eliete Vanessa; SERRER, Fernanda

Teoria Geral do Direito Privado [recurso eletrônico] / Eliete Vanessa Schneider; Fernanda Serrer -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

162 p.

ISBN - 978-85-5696-792-3

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Teoria; 2. Direito Privado; 3. Apostila; 4. Manual; 5. Ensino superior; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

1	11
Noções gerais sobre Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Privado	
1.1 O que é direito?	11
1.2 Direito Natural e Direito Positivo	15
1.3 Direito Objetivo e Direito Subjetivo	16
1.4 Direito Público e Direito Privado	19
1.5 Direito Material (substantivo) e Direito Processual (adjetivo ou formal):	21
2	22
Noções gerais sobre Teoria Geral do Direito Privado	
2.1 Justificativas para a construção de uma Teoria Geral do Direito Privado	22
2.2 Um panorama histórico do Direito Civil e das codificações.....	24
2.3 Direito Privado e a Constituição Federal.....	27
2.4 A organização e distribuição de matérias no Código Civil	33
3	34
Aspectos acerca da LINDB	
4	40
Relação jurídica	
4.1 Sujeitos de direito	41
4.2 Personalidade e Capacidade Jurídica	42
4.3 Da pessoa natural	43
4.3.1 Começo da personalidade jurídica da pessoa natural	44
4.3.2 Incapacidade da pessoa natural	47
4.3.3 O fim da incapacidade da pessoa natural.....	52
4.3.4 Da extinção da personalidade jurídica da pessoa natural	53
4.3.5 O Registro Público	57

5.....	60
Direitos da personalidade	
5.1 Noções Gerais	60
5.2 Conceito	61
5.3 Natureza dos direitos da personalidade	61
5.4 Titularidade.....	62
5.5 Características	63
5.6 Tutela e legitimação para a ação envolvendo os direitos da personalidade	65
5.7 Classificação dos Direitos da Personalidade.....	66
5.8 Direitos da personalidade nas pessoas jurídicas	73
6.....	74
Sujeito de direito: pessoa jurídica	
6.1 Conceito de pessoa jurídica.....	74
6.2 Requisitos para a constituição da pessoa jurídica	75
6.3 Característica essencial da pessoa jurídica	76
6.4 Início da personalidade jurídica e o registro da pessoa jurídica.....	76
6.5 Da Capacidade e da Representação das Pessoas Jurídicas.....	77
6.6 Transformação da pessoa jurídica.....	79
6.7 Extinção da pessoa jurídica	80
6.8 Desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica	81
6.9 Classificação da Pessoa Jurídica	82
6.10 Pessoas jurídicas de direito privado em espécie.....	83
6.11 Grupos sem personalidade jurídica.....	88
6.12 Responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica de direito privado.....	89
7.....	92
Domicílio da pessoa natural e da pessoa jurídica	
7.1 Conceito de domicílio.....	92
7.2 Importância e Finalidade	92
7.3 Domicílio da pessoa natural	93
7.4 Classificação do domicílio da pessoa natural.....	94
7.4.1 Legal: quando estabelecido por lei, como:	94
7.4.2 Voluntário: quando escolhido livremente.	95
7.5 Perda e modificação do domicílio.....	95
7.6 Domicílio da pessoa jurídica.....	95

8	97
----------------	-----------

Os bens jurídicos

8.1 Conceito de bens	97
8.2 Conceito de Patrimônio	97
8.3 Classificação geral dos bens jurídicos.....	98
8.4 Características dos bens jurídicos.....	98
8.5 Critérios adotados pelo legislador pátrio para a classificação dos bens jurídicos	99
8.5.1 Dos bens considerados em si mesmos	99
8.5.2 Dos bens considerados uns em relação aos outros	102
8.5.3 Bens em relação ao titular do domínio.....	103
8.5.4 Bens quanto a possibilidade de serem comercializados	103

9	105
----------------	------------

Teoria geral do fato jurídico

9.1 Fato jurídico em sentido amplo	105
9.1.1 Conceito e classificação do fato jurídico	105
9.1.2 Dos efeitos dos atos jurídicos em geral	106
9.1.3 Defesa dos direitos	108
9.2 Fato jurídico em sentido estrito	108
9.3 Ato-fato jurídico.....	109
9.4 Ato jurídico em sentido estrito.....	109
9.5 Negócio jurídico	110
9.5.1 Noções Gerais sobre o negócio jurídico	110
9.5.2 Classificação.....	111
9.5.3 Plano de existência do negócio jurídico – Elementos constitutivos.....	112
9.5.4 Plano de Validade do Negócio Jurídico	113
9.5.5 Plano de eficácia do negócio jurídico	116
9.5.6 Elementos acidentais	116

10	119
-----------------	------------

Defeitos do negócio jurídico

10.1 Vícios do consentimento.....	119
10.1.1 Conceito e tipologia.....	119
10.1.2 Vícios do Consentimento	120
10.2 Defeitos do negócio jurídico - vícios sociais.....	126

11.....	134
Teoria da invalidade do negócio jurídico	
12	139
O ato lícito e o ato ilícito	
12.1 Noções gerais sobre o ato lícito e o ato ilícito	139
12.2 Ato lícito ou meramente lícito	140
12.3 Ato ilícito.....	140
12.4 Elementos de imputabilidade	141
12.5 Pressupostos do ato ilícito	142
12.6 Atos lesivos não considerados ilícitos	142
13	144
Prescrição	
13.1 Conceito de prescrição	144
13.2 Requisitos para a configuração da prescrição.....	146
13.3 Pretensões imprescritíveis	146
13.4 Fatos interruptivos da prescrição.....	148
13.5 Fatos impeditivos e suspensivos da prescrição	149
13.6 Disposições legais sobre a prescrição.....	151
13.7 São prazos prescricionais	151
14	154
Decadência	
14.1 Prazos decadenciais.....	154
14.2 Distinções entre prescrição e decadência	155
15	156
Da prova do fato jurídico	
15.1 Conceito e noções gerais sobre a prova.....	156
15.2 Características gerais	156
15.3 Princípios norteadores.....	156
15.4 Os meios de prova previstos no Código Civil.....	157
Referências.....	162

Noções gerais sobre Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Privado

O presente material objetiva traçar um panorama geral da Teoria Geral do Direito Privado, conteúdo introdutório ao direito civil, importante ramo do direito.

Porém, para estudar a Teoria Geral do Direito Privado faz-se necessário fazer algumas considerações básicas acerca da Teoria Geral do Direito, com destaque para as acepções do direito, suas fontes e formas de classificação.

Assim, sem qualquer pretensão de aprofundar o tema, uma vez que o estudo da Teoria Geral do Direito demandaria muitas e muitas páginas, passamos as noções básicas e fundamentais à compreensão da Teoria Geral do Direito Privado.

1.1 O que é direito?

O direito é um fenômeno histórico e social, pois depende da existência e da convivência humana. Um homem que vive só, em regra, não necessita do direito. Porém, onde homens coexistam, seja em família ou em uma entidade complexa como o Estado, encontra-se o fenômeno jurídico.

Para que os homens possam viver harmonicamente há e sempre houve a necessidade de um mínimo de condições existenciais de vida em comunidade. Condições que de forma coativa contenham o egoísmo e o individualismo humano, viabilizando a vida em grupos.

Assim, deve haver regras de conduta, pautando a atuação do indivíduo nas suas relações com os outros indivíduos. O estudo do direito é o estudo destas regras sociais de contenção das vontades e desejos humanos.

Para que possamos traçar uma noção aproximada do direito é preciso primeiro compreender o universo no qual está inserido, buscando determinar qual o conteúdo da norma jurídica.

É pacífico o entendimento de que a vida humana está submetida a uma enorme variedade de normas. Para conservar a saúde é preciso seguir preceitos higiênicos. Para cultuar uma divindade, princípios religiosos e para viver em sociedade pautar-se por uma conduta ética. Nesse sentido, aparecem as normas éticas, que são todas as normas que disciplinam o comportamento do homem, quer seja ele íntimo e subjetivo, quer seja exterior e social. As normas éticas prescrevem deveres para a realização de valores. Para parte da doutrina classificam-se como normas éticas as normas religiosas, as normas morais, as normas de trato social e as normas jurídicas.

Assim, a norma ética compreende normas jurídicas, que interessam diretamente aos juristas, e normas morais, as quais pautam ações humanas que nem sempre interessam ao direito.

Como lembra Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 21) “as normas jurídicas e morais têm em comum o fato de constituírem regras de comportamento”.

Todas as normas que impõem comportamentos ao ser humano são imperativas, uma vez que fixam diretrizes a serem seguidas pela conduta humana. Porém, apenas a norma jurídica dá ao lesado pela sua violação o poder de exigir seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido.

Já as ações humanas quando se realizam sem que interfiram em normas jurídicas vão buscar sanção no foro íntimo, no foro da consciência, aonde não chega a força cogente do Estado. Quando uma ação ou omissão humana agride um preceito jurídico é o Estado de forma cogente que impõe ao descumpridor da norma uma sanção, que também é jurídica (PEREIRA, 2001, p. 08).

Nesse sentido, no século passado o jurista Von Jhering (apud FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 93) em sua obra “A finalidade no direito” afirmava:

A definição usual de direito reza: o direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio da coação. O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar.

Assim, moral e direito distinguem-se, pois a primeira atua no foro íntimo, enquanto o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a esfera moral, encontra a reprovação na sua consciência. Se a ação implica a inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparato estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a imposição de uma sanção.

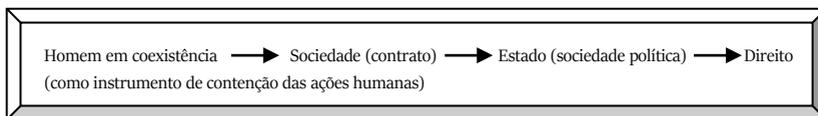
Desta forma, quanto ao efeito de uma e de outra, da norma jurídica decorrem relações com um alcance bilateral, enquanto da norma moral derivam consequências unilaterais. Quando a moral diz a um indivíduo que ame a seu próximo, pronuncia-se unilateralmente, sem que ninguém possa reclamar aquele amor, a não ser a sua própria consciência. Já quando o direito determina que o devedor pague, assegura ao credor, bilateralmente, a faculdade de receber.

MORAL	DIREITO
Mais amplo (deveres do homem consigo e seu semelhante)	Mais restrito (deveres do homem para com seus semelhantes)
É incoercível (repressão da ação é interior, sem implicação social)	Possui coação/sanção
Efeito Unilateral	Efeito Bilateral

Por outro lado, o direito não se identifica tão somente com a lei. Quando se fala de normas jurídicas não se deve reduzi-lo à legislação. Compõem o direito um vasto conjunto de princípios, os quais pautam a elaboração das leis.

O direito não pode ser reduzido a um conjunto de normas ditadas pelo Estado com a ameaça de sanções organizadas, abrange também as pressões sociais, não-estatais de classes e grupos oprimidos. Nesse sentido, Luiz Fernando Coelho Herkenhoff (2003, p. 93) afirma que a ordem jurídica não resulta apenas da preservação da hierarquia das normas de direito e da coerência entre elas e a ordem social. A ordem jurídica também demanda coerência axiológica, ou seja, uma necessária harmonização entre as normas e os princípios gerais do direito. Nesse sentido, o juiz está subordinado ao direito e não à lei, por ser possível lei contrária ao direito.

Como visto, diante da complexidade do fenômeno jurídico, elaborar um conceito de direito é uma tarefa muito complicada. Mas uma coisa é certa: o direito enquanto norma, enquanto regra de regulação de condutas imprescinde da interferência intersubjetiva de indivíduos. O direito só pode existir em função do homem.



Desta maneira, ao lado da conceituação do direito está a sua função: assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento de suas virtualidades e a consecução e gozo de suas necessidades sociais. Como lembram Gagliano e Plamplona Filho (2016, p. 53) “como um dado cultural produzido pelo homem, o direito visa a garantir a harmonia social, preservando a paz e a boa-fé, mediante o estabelecimento de regras de conduta, com sanção institucionalizada”.

Assim, pode-se dizer que o direito é o conjunto de normas, estabelecidas pelo poder político, que se impõe e regula a vida social de um dado povo em determinada época. Este conjunto de normas que é o direito tem na imposição de uma sanção a sua efetividade. Pois o direito desprovido de sanção é inatuante.

Importante mencionar ainda, que a palavra “direito” vem do latim *directum*, significando aquilo que é reto, que está de acordo com a lei. Os juristas romanos já relacionavam o direito com o que é justo. Nos ensinamentos de Aristóteles, “a justiça é a perpétua vontade de dar a cada um o que é seu, segundo uma igualdade” (GONÇALVES, 2016, p. 20).

Por fim, é útil lembrar que uma vez criada a norma jurídica ela não permanece inalterável, mas continua a sua vida buscando adaptação a fatos e valores sociais de cada época e de cada grupo social.

A seguir, trabalhar-se-á com diversas acepções ou denotações do direito.

1.2 Direito Natural e Direito Positivo

O direito pode ser concebido como um ideal de justiça, como algo abstrato, anterior e superior à regulação humana das ações individuais e coletivas. Surge assim, a distinção entre direito positivo e direito natural. O direito positivo é o ordenamento jurídico em vigor em um determinado país em uma determinada época (não importa se escrito, ou não escrito, sistematizado ou de formação jurisprudencial). O fundamento de sua existência está ligado ao conceito de vigência (GONÇALVES, 2016); já o direito natural é um ordenamento ideal, correspondente a uma justiça superior e suprema.

Na época moderna, o direito natural se desenvolveu sob o nome de *jusnaturalismo*, sendo visto como expressão de princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem.

O jusnaturalismo foi defendido por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, bem como pelos doutores da Igreja e pensadores dos séculos XVII e XVIII. Hugo Grócio, já no século XVI, defendia a existência de um direito ideal e eterno, ao lado do direito positivo, sendo considerado o fundador da nova Escola de Direito Natural (GONÇALVES, 2016, p. 23).

Há em especial duas escolas que refutam o jusnaturalismo, atendo-se à realidade concreta do direito positivo. São elas, a Escola Histórica e a Escola Positivista. Há que se ressaltar que, no século XIX, “renasceu e predominou a ideia jusnaturalista, especialmente em razão do movimento neotomista e da ideia neokantiana.” (GONÇALVES, 2016, p. 23).

Malgrado a aparente antinomia, não se pode falar em contraposição entre ambos, eis que, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (apud GONÇALVES, 2016, p. 23):

Se um é a fonte de inspiração do outro, não exprimem ideias antagônicas, mas ao revés, tendem a uma convergência ideológica, ou, ao menos devem procura-la, o direito positivo amparando-se na sujeição ao direito natural para que a regra realize o ideal, e o direito natural inspirando o direito positivo para que este se aproxime da perfeição.

Na realidade, o direito natural, a exemplo do que sucede com as normas morais, tende a converter-se em direito positivo, ou a modificar o direito preexistente.

A título de conhecimento, para o direito positivo, não é exigível o pagamento decorrente de dívida prescrita (814 CC) ou de dívida de jogo. Para o direito natural, este pagamento é obrigatório. Entretanto, há ainda uma ressalva, a constante do artigo 882 do CC, que menciona não ser possível de repetição a dívida prescrita.

1.3 Direito Objetivo e Direito Subjetivo

O direito objetivo é o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de uma violação. Ao se falar de direito objetivo, está se referindo ao conjunto das regras sociais impostas ao proceder humano. Nas palavras de Gonçalves (2016, p. 24), “Direito objetivo é o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja inobservância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção”. Nas palavras de Pablo Stolze

Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016, p. 54), “Por exemplo, respeitar as normas de trânsito é um direito objetivo imposto ao indivíduo”.

Conforme o tipo de organização estatal, a norma se apresenta, ora sobre os aspectos de princípios e regras ditados pelo órgão do Estado, ora sobre a modalidade de uma definição judicial de comportamento, ora sobre a forma de uma regra de costume. Assim, a sua apresentação externa pode variar, mas para que constitua direito objetivo há de encontrar legitimidade na expressão da vontade coletiva, tornando-se obrigatória, dotada de uma sanção, sem a qual se limita a mero conselho. O direito objetivo tem duas acepções: em sentido estrito a lei, e em sentido amplo, várias outras formas de normas de conduta como os usos e costumes e os princípios gerais do direito.

Como quer que seja, o direito objetivo compreende um complexo de normas, a que os indivíduos devem obediência, sob a sanção do Estado, que no caso de transgressão é chamado, pelo seu órgão competente, a compelir o infrator a se sujeitar ao império da ordem jurídica - *norma agendi* (GONÇALVES, 2016).

Por direito subjetivo entende-se a “faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma em seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*” (GONÇALVES, 2016, p. 24). É a permissão dada a cada um, pela norma jurídica, para fazer ou não fazer algo, ou ainda, para exigir por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo ou violação da norma, o cumprimento da norma ou reparação do mal causado. O direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas. Por exemplo, se tenho o direito subjetivo de propriedade posso ou não exercer os direitos inerentes a esta mesma propriedade, que são os direitos de usar, gozar e dispor do bem.

O direito subjetivo é composto por três elementos fundamentais: sujeito, objeto e relação jurídica.

Sujeito é o titular do direito. É aquele a quem a ordem jurídica assegura a faculdade de agir. Sendo o direito um poder exercido mediante a vontade, não se pode admitir a sua existência sem que haja um sujeito. O sujeito não precisa ser certo e determinado, mas deve ser determinável e também pode ser singular ou coletivo.

O objeto do direito subjetivo é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal. Pode ser objeto do direito subjetivo tudo aquilo que tenha existência fora do homem, ainda que seja abstrato. Pode ter um valor econômico ou moral.

Por fim, a relação jurídica é o vínculo que impõe a subordinação do objeto ao sujeito.

Alguns autores ainda destacam a existência de um quarto elemento do direito subjetivo, ou seja, a tutela jurídica, pois o direito não está completo sem a proteção e constrangimento do Estado-juiz.

Por sua vez o direito subjetivo apresenta-se dividido, para fins meramente didáticos, em algumas categorias, a saber:

- *Direito absoluto e direito relativo.* Os direitos subjetivos são absolutos quando traduzem uma relação oponível à generalidade dos indivíduos, ou seja, têm eficácia geral e abstrata. São classificados como *erga omnes*, a exemplo dos direitos reais e dos direitos inerentes ao estado do indivíduo, como os direitos da personalidade. O sujeito do direito absoluto é dotado de um poder que não se dirige contra pessoa determinada, mas à generalidade dos indivíduos. Já os direitos relativos contêm deveres jurídicos impostos a determinadas pessoas. O poder de ação implica a exigibilidade específica de uma prestação contra alguém, seja este alguém um indivíduo isolado, seja um grupo de indivíduos, porém previamente identificados ou passíveis de identificação. Cuidado!! Importante não confundir a natureza absoluta de um direito como inexistência de limitações, ou seja, a fruição do direito de natureza absoluta se dá dentro de limites impostos pelo próprio direito, como ocorre como o direito de propriedade que se exerce observados os limites impostos pela função social da propriedade, nos termos do artigo 5º, incisos, XXII e XXIII, e art. 170, III, todos da Constituição Federal de 1988.
- *Direito principal e acessório.* O direito principal é aquele que tem existência autônoma, independente de qualquer outro. Já o acessório é aquele que não existe senão em decorrência de outro, seguindo a sorte deste.

- *Direito transmissível e intransmissível.* Transmissível é o direito que pode passar de uma pessoa a outra, mediante a substituição do titular do direito. Assim sendo, um novo sujeito ocupa o lugar do anterior e se sub-roga em todas as faculdades do substituído. Já intransmissível é o direito que é insuscetível de substituição subjetiva.
- *Direitos patrimoniais e não-patrimoniais.* Patrimoniais são os direitos que têm objeto avaliável pecuniariamente. Não-patrimoniais os que escapam à avaliação econômica, como os direitos de personalidade e os direitos de família puros.
- *Direitos reais e direitos obrigacionais.* São direitos reais os que atribuem ao sujeito uma dominação direta e imediata sobre o objeto do direito, a qual se dá de modo oponível a todos, podendo abranger todas as suas qualidades ou parte delas. São direitos de obrigação ou direitos de crédito, os que importam em exigibilidade de uma prestação relativamente a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. No direito real o objeto é uma coisa. Nos direitos de crédito o objeto é uma prestação positiva ou negativa do devedor, consistente na entrega de uma coisa, na prática de um ato ou na abstenção de uma ação.
- *Direitos divisíveis ou indivisíveis.* São direitos divisíveis os direitos suscetíveis de partilha em cotas entre todos os sujeitos. Assim, esta categoria de direitos subjetivos só interessa quando existe em uma mesma relação jurídica mais de um sujeito. São indivisíveis quando não puderem ser exercidos senão na íntegra. A indivisibilidade pode ser material ou meramente jurídica.

Em síntese o direito objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando-o a fazer ou não-fazer algo. Estando, portanto, fora do homem, indicando-lhe o caminho a seguir, prescrevendo sanções em caso de descumprimento. E o direito subjetivo é sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo. Um não existe sem o outro.

1.4 Direito Público e Direito Privado

Distinguir direito público de direito privado é uma tarefa que, principalmente nos dias do hoje, com o fenômeno da publicização do direito privado, tornou-se arriscada. Porém há de ser encarada por motivos didáticos. Alguns autores utilizam como critério diferenciador a utilidade ou interesse visado pela norma, ou seja, o direito público visa proteger os interesses da sociedade e o direito privado os interesses dos particulares. Este critério, porém, é falho, pois os interesses dos particulares também são interesses públicos e vice-versa (GONÇALVES, 2016).

Já para outros, o critério diferenciador é a natureza do titular da relação jurídica. Assim, direito público é aquele que regula as relações em que o Estado é parte, lembrando que “Estado” é utilizado na acepção ampla como poder público (União, Estado, Municípios, Ministérios, Secretarias, Departamentos, autarquias, fundações públicas, organizações internacionais) e visa organizar a atividade do Estado considerado em si mesmo, em relação a outros Estados, e em suas relações com os particulares.

Por direito privado entende-se a disciplina das relações entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse da ordem privada, por exemplo, as regras relativas à compra e venda e ao casamento. Critério também insatisfatório, pois muitas vezes o Estado está presente em um dos polos da relação jurídica que se mantém de natureza privada, como é o caso do Estado fazendo com um particular um contrato de compra e venda de bens dominicais (GONÇALVES, 2016).

Outro critério é o finalístico, em que são de direito público as normas em que predomina o interesse geral, e de direito privado as que visam atender imediatamente o interesse dos indivíduos.

Por fim, Caio Mário da Silva Pereira (apud GONÇALVES, 2016, p. 28, grifo nosso) traz critério satisfatório. Para este autor

público é o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com os seus súditos, **quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo**; direito privado é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais predomina imediatamente o interesse de ordem particular.

Normas de ordem pública são cogentes, ou seja, de aplicação obrigatória. E normas de ordem privada, são as que vigoram enquanto a vontade dos particulares não convencionar de modo diverso, apresentando, portanto, caráter supletivo. No direito civil, de regra, as normas são dispositivas, mas existem também normas cogentes como aquelas que regulam o direito de família, sucessões e direitos reais (GONÇALVES, 2016).

Direito Público	Direito Privado
Direito Constitucional	Direito Civil
Direito Administrativo	Direito Comercial
Direito Tributário	Direito Agrário
Direito Penal	Direito Marítimo
Direito Processual (civil e penal)	Direito do Trabalho
Direito Internacional	Direito do Consumidor
Direito Ambiental	Direito Aeronáutico

Fonte: GONÇALVES, 2016, p. 29.

1.5 Direito Material (substantivo) e Direito Processual (adjetivo ou formal):

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em relação a uma pretensão o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional, a qual ele fará através de uma sucessão de atos, aos quais damos o nome de processo. Assim, o direito processual é o complexo de regras e princípios que regem este modo de agir do Estado, ou seja, a conjunção da ação do Estado-juiz com os particulares, o autor e o réu de uma ação processual. Já por direito material tem-se o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida. O direito material é o direito civil, penal, administrativo, tributário, trabalhista.

O que os distingue é que o direito material cuida dos bens jurídicos, enquanto o direito processual trata da maneira como o Estado-juiz protege um direito ameaçado ou lesionado. O direito processual é o instrumento para a ação e efetividade do direito material.

Noções gerais sobre Teoria Geral do Direito Privado

2.1 Justificativas para a construção de uma Teoria Geral do Direito Privado

Desde o século XIX se investe na necessidade de unificação do direito privado, ou seja, da criação de uma disciplina que uniformize o trato do direito civil e do direito comercial (GONÇALVES, 2016, p. 30). Segundo alguns autores, como Arnold Wald (apud GONÇALVES, 2016, p. 31), “o Novo Código Civil unificou o direito privado, a exemplo do que ocorre no direito civil italiano, ao dispor sobre os títulos de crédito (artigos 887 a 926), do direito de empresa (artigos 966 a 1195)”, em suma, quando passou a regulamentar os títulos de crédito e o direito da empresa.

No entanto, esta opinião não é aceita por Miguel Reale (apud GONÇALVES, 2016, p. 31), que supervisionou a comissão responsável pela elaboração do Código Civil de 2002. Para ele, não ocorreu a unificação do direito privado com o simples fato de ter o Novo Código Civil regulamentado questões relativas ao direito empresarial. O que o Legislador quis foi aperfeiçoar a unidade do direito das obrigações, comum ao direito de família, obrigações, sucessões e coisas.

O Código Civil é o estatuto do direito civil e estabelece os fundamentos da Teoria Geral do Direito Privado disciplinando situações e relações jurídicas entre os titulares de direito. O direito civil é o direito comum a todos os homens, é ele que regula o modo de ser e de agir das pessoas, lhes qualificando como pai, filho, devedor, credor, esposo, alienante, adquirente, proprietário, possuidor, condômino, vizinho, herdeiro, testador.

O Código civil disciplina a vida das pessoas desde a concepção, e mesmo antes dela, até a morte, e ainda, depois dela, reconhecendo a eficácia do testamento e garantindo o respeito à memória dos mortos, de acordo com o art. 12, Parágrafo Único. Costuma-se dizer que o Código Civil é a constituição do homem comum (GONÇALVES, 2016, p. 32-33).

No direito civil estudam-se relações pessoais e patrimoniais e devido à complexidade das relações humanas pertinentes à vida civil a disciplina jurídica do direito civil é encontrada não só no Código Civil, mas também em legislações extravagantes e na própria Constituição Federal. A título de exemplo, dentre as relações pessoais se pode citar o poder familiar, e dentre as patrimoniais, todas as que apresentam um interesse econômico e visam a utilização de determinados bens.

Muitas relações jurídicas, ligadas ao direito privado, não são tratadas pelo Código Civil, constituindo-se em microssistemas legais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de variada gama de legislações especiais que regulam matérias específicas do direito privado. No entanto, em razão da sua generalidade, o Código Civil se aplica de maneira subsidiária a todos estes microssistemas legais.

O Código Civil é, portanto, bem mais do que um dos ramos do direito privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada, que se projetam em todo o arcabouço jurídico, e não restrita à matéria cível. Nele se situam normais gerais, como as de hermenêutica, as relativas à prova e aos defeitos dos negócios jurídicos, as concernentes à prescrição e decadência etc, institutos comuns a todos os ramos do direito (GONÇALVES, 2016, p. 33).

Razões para a existência de uma Parte Geral ou de uma Teoria Geral:

*contém normas aplicáveis a qualquer relação jurídica (qualquer relação jurídica pressupõe um sujeito, um objeto e um fato que a constitui, modifica ou extingue).

* estabelece parâmetros para todo o direito, não só o civil e engloba princípios de cunho ético-jurídico de aplicação generalizada ao direito.

2.2 Um panorama histórico do Direito Civil e das codificações

A noção de direito civil comum remonta ao direito romano. Em Roma, a princípio, o direito romano era o direito civil. Mais tarde, o direito romano passou a fazer a distinção entre direito civil (*jus civile*), como o direito dos súditos romanos e direito das gentes (*jus gentium*), aplicado para os estrangeiros e para as relações envolvendo estrangeiros e romanos (GONÇALVES, 2016, p. 33).

Na Idade Média o direito romano que então estava organizado no *Corpus iuris civilis*, da época de Justiniano, passa a sofrer influências do direito germânico e do direito canônico.

Na Idade Moderna, com a racionalização do pensamento a ciência jurídica ganha contornos de legitimadora dos atos do soberano e o direito civil, até então existente, passa a integrar o ramo do direito privado, ao lado das primeiras cartas políticas e das declarações de direitos humanos¹. Esta fase também é marcada, no cenário internacional, pelas primeiras grandes codificações, como o Código de Napoleão e depois o Código Civil Alemão ou *Bürgerliches Gesetzbuch* (ou BGB).

Para os sistemas jurídicos com raiz romana, o direito civil tomou uma acepção especializada, tendo em vista que, em princípio, disciplinava as instituições opostas ao direito público. A partir do Século XIX tomou um sentido mais estrito. Os comerciantes exigiram normas especiais, surgindo então o direito comercial, pertencente também ao direito privado (GONÇALVES, 2016, p. 35).

Na França, em 1807, foi publicado o Código Comercial, que influenciou diversos outros países, dentre eles, o Brasil, que em 1.850 trouxe a vigência seu código comercial, sem sequer ter codificação civil (GONÇALVES, 2016, p. 35).

No Brasil a codificação civil segue a seguinte linha do tempo:

¹ Relembrar a Revolução Francesa, o *Bill of Rights* inglês de 1689, a Declaração de Direitos de Virgínia (EUA) de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (GONÇALVES, 2016, P. 34).

1822- Independência política brasileira- Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas, embora alteradas por leis e decretos extravagantes).

1824 – A Constituição Federal referiu-se a organização de um Código Civil e Criminal para consolidar a unidade política das províncias brasileiras.

1845- Primeiras tentativas de codificação civil.

1855- Aprovada a Consolidação das Leis Cíveis, com 1333 artigos.

1900- Depois de muitas tentativas, Clóvis Beviláqua e outros remetem ao Congresso Nacional projeto do que mais tarde seria o CCB de 1916.

1916- Depois de 1736 emendas é aprovada a Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916, que entra em vigor em 1º de janeiro de 1917 e é amplamente modificada em 15 de janeiro de 1919 pela Lei n. 3725.

Nesse contexto como destacam Gagliano e Plamplona Filho (2016, p. 99) o Código Civil de 1916,

Preocupa-se com o “ter”, e não com o “ser”. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terra, e, o que é pior, imagina que as partes de um contrato são sempre iguais.

Ocorre que desde a entrada em vigor da Lei nº 3.071/1916 ocorreram inúmeras transformações no cenário sócio-político nacional e internacional, em especial com o enfraquecimento do Estado liberal e a busca pela consolidação de um modelo estatal de caráter social.

Como exemplos de tal transição pode-se citar o aumento na ingerência do Estado-jurisdição sobre os negócios jurídicos, o reconhecimento jurídico de novos modelos de família a partir da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) e da entrada em vigor da Lei 8.971/94, que conferiu ao homem e a mulher o status de companheiros, bem como a adoção de uma legislação de proteção ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor), entre outros exemplos de leis publicadas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), além da constitucionalização de relações tradicionalmente privadas como a proteção

da propriedade e a função social da propriedade, mediante a publicação da Constituição Federal de 1988.

Essas leis, pode-se dizer, foram publicadas no sentido de atualizar a nossa legislação civil, até que se ultimasse a reforma do código, embora já houvesse um projeto de atualização sendo formulado, conforme abaixo descrito:

1984- surgiu o projeto de Lei Complementar n. 118 de autoria de Miguel Reale, o qual já vinha sendo discutido de 1975. Porém somente em 1997 passa a ter andamento.

O projeto procurou manter a estrutura básica do Código Civil, reformulando os modelos normativos já existentes à luz dos valores éticos e sociais vigentes e da experiência legislativa e jurisprudencial contemporânea. Substituiu na Parte Geral a disciplina dos atos jurídicos, pelos negócios jurídicos. Manteve o Código dividindo em uma Parte Geral e uma Parte Especial, sem descuidar de na Parte Geral abordar o trinômio pessoas, bens e fatos jurídicos. Alterou a ordem das matérias na Parte Especial, hoje: obrigações, direito empresarial, coisas, família e sucessões e unificou o direito civil ao direito mercantil, revogando a primeira parte do Código Comercial de 1850 e toda a legislação comercial que com ele for incompatível.

2002- em 10 de janeiro de 2002 a Lei n.10.406 e publicada e entra em vigor em 10 de janeiro de 2003, contando com 2.046 artigos.

Atualmente, o Direito Civil, importante mencionar, não se limita ao que está no código civil, abrangendo toda a legislação civil que regula direitos e obrigações de ordem privada, inclusive a Constituição Federal (GONÇALVES, 2016).

Ainda importante mencionar que o Código Civil de 2002 inaugurou um sistema de cláusulas gerais, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo Juiz, que desfruta assim, de certa margem de interpretação. Cabe destacar, entre outras, a

cláusula geral que exige um comportamento condizente com a probidade e boa fé objetiva (CC, art. 422) e a que proclama a função social do contrato (CC, art. 421). O Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro “prevê a possibilidade de o julgador, para além dos princípios constitucionais, aplicar também os princípios gerais de direito, de âmbito civil, que têm importante função supletiva” (GONÇALVES, 2016, p. 42).

2.3 Direito Privado e a Constituição Federal

O Código Civil de 2002 reflete uma tentativa de modificação dos paradigmas que permeavam a legislação civil pátria. Já no século passado o país deixou de ser essencialmente agrário para assumir uma postura econômica mais diversificada, com a formação de um parque industrial mais rico, especialmente ligado aos setores de serviço e tecnologia. Portanto, houve a necessidade de adaptação das estruturas jurídicas a nova realidade do país.

Em razão disso a comissão responsável pela elaboração do Novo Código Civil, coordenada por Miguel Reale, preocupou-se em traçar um modelo legislativo capaz de mais facilmente adaptar-se a realidade atual. Nesse sentido, o CC de 2002 contém normas de caráter mais aberto, como maior relevo a cláusulas gerais moldáveis às diversas situações da contemporaneidade, cada vez mais complexa, exigindo uma maior atuação positiva do julgador.

Amparada nesta nova postura assumida pelo Código firma-se o movimento de Constitucionalização do Direito Privado buscando a eficácia civil dos direitos fundamentais, os quais reiteradas vezes são violados no contexto do direito privado.

Também nessa linha de pensamento que estão assentados os princípios constitucionais do direito privado, ou seja,

determinados valores, ou determinados princípios, que foram adotados pela CF e se referem especificamente a temas que são próprios do direito privado, quer da tradicional prática disciplinar do direito privado (família, sucessões,

obrigações, contratos, coisas), quer dos temas relacionados com o chamado direito de empresa, cujas regras fundamentais estão hoje inseridas no CC (CC 966 a 1195) (NERY JR, 2007, p. 179).

São estes valores traduzidos em princípios como o princípio da eticidade, o princípio da socialidade e o princípio da operabilidade, distribuídos entre os artigos. 1º, III² e IV³; 3º, I a IV⁴; 4º, II⁵; 5º⁶; 110 e parágrafos; 127 e parágrafos; 170 incisos e parágrafo único; 183; 184; 186; 193; 196; 205; 220; 225; 227; 230, todos da Constituição Federal de 1988.

O *Princípio da Socialidade* se opõe ao individualismo do CC/1916. “Reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais” (GONÇALVES, 2016, p. 43), sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana. O CC antigo foi elaborado para ser utilizado na solução de conflitos individuais. O Código atual celebra a necessidade da aplicação da norma de direito privado pelo juiz em um ambiente que favoreça os interesses sociais, como exemplos podem ser citados os artigos. 421, 1239 e 1228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil.

A Constituição Federal consagra esta opção feita pelo legislador privatista impondo ao exercício do direito privado linhas claras de socialidade como nos arts. 170, III; 226; 230; 186; 183; 192. Para retratar o envolvimento da matéria com questões práticas, os julgados abaixo:

² Art. 1º, Inciso III: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – A dignidade da pessoa humana;

³ Art. 1º, Inciso IV: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos Direitos Humanos;

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO DE DÍVIDA HOSPITALAR. PENHORA DE SALÁRIO. PARCELAMENTO DO PAGAMENTO. CONFRONTO DE DIREITOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A possibilidade de parcelamento diz respeito à execução de título extrajudicial em que o devedor reconhece o débito, cujo reconhecimento justifica o parcelamento ao invés da discussão processual. O pagamento no cumprimento da sentença com a qualidade de coisa julgada deve ser integral sob pena de multa, é incompatível com o parcelamento, salvo anuência do credor e homologação do juízo. O salário é impenhorável. O inadimplemento de dívida em hospital universitário é grave. A função social do hospital é tão ou mais importante quanto o salário. Pelo princípio da socialidade, deve preponderar o interesse coletivo sem prejuízo da dignidade da pessoa humana. O confronto entre direitos justifica julgar mediante opção por um deles, conforme a preponderância indicada pelas circunstâncias. Julga-se prevalente manter a penhora para satisfazer o atendimento hospitalar feito ao pai da parte à impenhorabilidade do salário. (Agravo de Instrumento Nº 70664855562, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 12/11/2015).

Ementa: RECURSO INOMINADO. OBRIGACIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. ESTATUTO DO TORCEDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSOCIAÇÃO A CLUBE DE FUTEBOL. DIÁLOGO DAS FONTES. COBRANÇA DE MENSALIDADE REALIZADA ANTES DA DATA DE VENCIMENTO. PRETENSÃO DO ASSOCIADO DE REAVER O VALOR PAGO PELA COTA. CONDUTA CONTUMAZ DO RECORRENTE. "TU QUOQUE". "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". PRINCÍPIOS DA SOCIALIDADE E DA ETICIDADE. TRANSPARÊNCIA E HARMONIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. EVIDENCIADA MÁ-FÉ DO CONSUMIDOR. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA DE DANOS MATERIAS E DE DANOS MORAIS. 1. Narra o autor ter adquirido cota social do Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense com o único objetivo de realizar a compra dos ingressos para a final da Copa do Brasil de 2016, haja vista a limitação da venda das entradas somente aos associados. Afirma que o débito da segunda mensalidade ocorreu antes do previsto, de modo a lesar seu direito como consumidor. Nesse sentido, pugna pela restituição dos valores, bem como pagamento de indenização por danos morais pelos transtornos decorrentes das tratativas com o Clube para o estorno dos valores que restaram inexitosas. 2. Sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pelo autor. 3. O Estatuto do Torcedor, consubstanciado na lei 10.671/03, embora lei especial, propõe-se ao diálogo com o Direito do Consumo, de modo a equiparar as entidades de desporto profissional à figura do

fornecedor instituída pelo Código de Defesa do Consumidor. Como se vê do texto dos artigos 3º e 14 da Lei nº 10.671/03, o Estatuto do Torcedor faz expressa remissão ao microsistema consumerista, equiparando a entidade responsável pela organização da competição ao fornecedor. Precedente: Recurso Cível Nº 71002390987, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 24/06/2010. 4. Embora apontadas nos autos divergências entre a data de cobrança e de vencimento da mensalidade, o autor não logrou constituir prova mínima acerca dos prejuízos que experimentou em face da antecipação do pagamento, fulcro no art. 373, inc. I, do CPC. 5. Aliás, trata-se de torcedor que, de modo contumaz, associa-se e desassocia-se do clube em busca de privilégios concedidos esporadicamente aos sócios em face do público em geral. 6. Caso em que se reconhece o brocardo "venire contra factum proprium" que se verifica em situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado. *Princípio* da confiança e cláusula geral da boa-fé objetiva. Comportamento dos contratantes. Ao associar-se ao clube de futebol, a conduta esperável do consumidor é a de que permaneça associado. O autor confessa, ao contrário, que tão-logo transcorrida a partida de futebol, viria a desassociar-se, frustrando o pagamento da segunda mensalidade. 7. O clube de futebol, visando a privilegiar o sócio-torcedor fiel ao clube, abre a venda de ingressos para esse, de modo público, transparente e justo. Se remanescente carga de ingressos, franquia-se venda ao público em geral. O torcedor que se associa para ter direito ao privilégio de assistir apenas uma determinada partida age em abuso de direito, causando dano à coletividade de fieis associados, porquanto seu comportamento constitui burla contratual, já que, mediante reserva mental, age com a intenção de, na verdade, apenas adquirir o ingresso e não de se associar. 8. Assim sendo, diante da ofensa à boa-fé objetiva, que se traduz nas condutas esperáveis das partes contratantes durante a contratualidade, integradas em cada caso concreto pelo juiz, evidenciada a contumácia do autor em descumprir as regras aventadas, não pode exigir a contrapartida de lhanza de comportamento que ele mesmo não observou durante o trato contratual, sendo indevido o seu pleito de restituição do valor pago a título da mensalidade referente ao mês de dezembro de 2016 ao clube réu. 9. As regras do Direito do Consumidor constituem uma via de mão dupla, para a qual as partes devem agir de boa-fé, com transparência. 10. A conduta do autor e o requerimento por ele expressado nos autos conduzem à parêmia do "tu quoque", segundo a qual deve ser reprimida a conduta contraditória daquele que invoca regra obrigacional exigível à contraparte, quando ele próprio não age de boa-fé. 11. Diálogo

das fontes entre Estatuto do Torcedor, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. Falta do autor com dois dos princípios fundantes desse último estatuto. Primeiro, o *princípio* da *socialidade* ou sociabilidade, que impõe prevalência dos valores coletivos sobre os individuais. No caso, o autor deliberadamente tencionou tirar o lugar de um número indeterminado de associados de longa data, que permanece fiel ao clube. Segundo, o *princípio* da *eticidade*, que impõe justiça e boa-fé nas relações. 12. Inocorrência dos alegados danos morais. 13. Presentes os requisitos impostos pelo art. 8o, incisos II e III do CPC, impõe-se a condenação da parte autora por litigância de má-fé. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível, Nº 71006903488, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em: 22-02-2018)

Já o *Princípio da Eticidade* se opõe ao formalismo jurídico do CC/1916, ou seja, enquanto o CC/1916 era elaborado sob uma técnica voltada para a determinação do caráter estritamente jurídico, o CC/02 tem forte inspiração ética abrindo espaço para valores como boa-fé, probidade, correção. O princípio da Eticidade “funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores” (GONÇALVES, 2016, p. 44). Cite-se como exemplos os artigos 113; 187 e 422 do Código Civil. A ementa abaixo trata do tema:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. USO DO IMÓVEL AO LONGO DE ANOS SEM OPOSIÇÃO. AUTOR INTERDITO DESDE 1985. PRESCRIÇÃO USUCAPIÃO DESCABIMENTO. COMPROVAÇÃO DE USO DE PARTE DO IMÓVEL PELO RÉU ALEM DA PARCELA QUE LHE COUBE DA PARTILHA DE BENS. NOTIFICAÇÃO APENAS COM A CITAÇÃO DO PROCESSO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.. - Descabe falar em prescrição, inclusive aquisitiva, uma vez que o autor da ação encontra-se interdito, na forma da incapacidade absoluta, desde 1985, com base no art. 5º, inciso II, do Código Civil de 1916. Conforme o artigo 198, inciso I, do Código Civil de 2002 e artigo 169, I, do Código Civil de 1916, não corre o prazo da prescrição aquisitiva contra os absolutamente incapazes, devendo-se considerar, por analogia, o que preceitua o artigo 1.244 do Código Civil atual, no sentido de que incide na usucapião as mesmas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição aplicáveis ao devedor na relação jurídica obrigacional. - Conforme comprovado dos autos, o demandado efetivamente ocupa área de

0,87hectares maior daquela que lhe coube da partilha de bens do imóvel de matrícula nº 1.123, mantida em condomínio com o autor, sem nunca ter ocorrido qualquer notificação, pedido de desocupação, cobrança, formalização de contrato, divisão ou demarcação de terras. E, considerando que o Código Civil veda expressamente o enriquecimento sem causa nos artigos 884 e 886, **com base no princípio da eticidade** visando, especialmente, o equilíbrio patrimonial e a pacificação na relação entre as partes, cabível a indenização pelo uso indevido das terras. - Necessária, no entanto, a formalização da devida notificação, permitido a desocupação da área ou indenização respectiva, o que apenas ocorreu com a citação do presente processo, marco da mora do devedor na presente situação, nos termos do art. 219 do CPC/73, reproduzido no art. 240 do CPC/15. - Mantida a forma de indenização estabelecida na sentença, uma vez que razoável na situação em comento e porque não foi objeto específico na situação em comento, com modificação do termo inicial de incidência. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70071554687, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 23/02/2017).

Por fim, o *Princípio da Operabilidade* confere maior autonomia ao órgão julgador, para que busque a solução mais justa, conforme o que determina o art. 5º, da Lei de Introdução aos Normas do Direito Brasileiro. Em outras palavras, o mencionado princípio “importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando no caso concreto as efetivas necessidades de exigir a tutela jurisdicional.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 103).

Além dos princípios constitucionais que norteiam o Novo Código Civil também são princípios gerais do direito civil o *princípio da personalidade* que determina que todo o ser humano é sujeito de direitos e de obrigações pelo simples fato de ser homem. O *princípio da autonomia da vontade* para o qual a capacidade jurídica da pessoa humana lhe permite praticar ou abster-se de praticar determinados atos conforme a sua vontade (DINIZ, 2018, p. 60).

Ainda, o *princípio da liberdade de estipulação negocial*, que valoriza a liberdade individual de estabelecer direitos e deveres entre partes negociantes. O *princípio da propriedade individual*, pois o homem através de

seu trabalho e conforme os parâmetros legais pode adquirir bens que constituirão um patrimônio pessoal protegido pela lei. O *princípio da intangibilidade familiar*, com destaque para o valor da família. O *princípio da legitimidade da herança e do direito de testar* que protege a transmissão dos bens aos herdeiros e respeito as disposições de última vontade. E ainda, o *princípio da solidariedade social*, buscando conciliar interesses privados com coletivos. (DINIZ, 2018, p. 61).

Abaixo, julgado que envolve o princípio da autonomia da vontade:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS. I. Reconhecida a legitimidade ativa, visto a confusão existente entre a locadora e a administradora do imóvel. II. Não se verifica abusividade das cláusulas livremente pactuadas, considerando-se os princípios da *autonomia da vontade* e da liberdade contratual que permeiam a contratualidade, bem como o princípio *pacta sunt servanda*. III. Não há que falar em dupla cobrança, visto que a destinação dos valores de taxa administrativa e de taxa de condomínio é distinta. IV. Face ao princípio da causalidade, os ônus sucumbenciais devem ser suportados pela parte ré, pois foi quem deu causa ao ajuizamento da demanda. V. Honorários sucumbenciais majorados, por expressa previsão legal. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70083283192, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em: 30-01-2020)

2.4 A organização e distribuição de matérias no Código Civil

O Código Civil atual contempla os sujeitos de direitos (pessoas), o objeto do direito (bens jurídicos) e os fatos jurídicos. Regulamenta a pessoa natural e a pessoa jurídica (arts. 1º a 69); o domicílio da pessoa natural e jurídica (arts. 70 a 78), as diferentes categorias de bens (arts. 79 a 103), os negócios jurídicos, os atos jurídicos lícitos e ilícitos (arts. 104 a 188) e, por fim, a prescrição e decadência (arts. 189 a 211) e a prova dos fatos jurídicos (arts. 212 a 232) (BRASIL, 2002).

Aspectos acerca da LINDB

A LINDB - A Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, foi criada pela Lei 12.376, de 30/12/2010, que alterou a nomenclatura do que antes era a LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), para LINDB. De acordo com Maria Helena Diniz (2018, p. 73), sua função não é tecnicamente reger relações sociais, mas sim, as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e a eficácia, suas dimensões espaciotemporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão.

Como se vê, engloba não só direito civil, mas também diversos ramos do direito privado e público, notadamente o direito internacional privado.

Algumas regras trazidas pela LINDB:

a) Quanto à validade, vigência, eficácia e vigor das normas:

- Validade: é um aspecto dogmático fundamental, pois significa a sua identificação como compatível ao sistema jurídico que integra, sendo um critério lógico-formal. A validade pode ser verificada sob duas óticas: Formal, que condiz com a observância das normas referentes a seu processo de criação (Ex. Art. 60 CF, § 1º e § 2º), e material, que refere se houve a observância da matéria passível de normatização (Ex: CF 88 – art. 21 a 24, 29 e 30, 48, 52).
- Vigência: é um critério puramente temporal. Refere-se ao período de validade da norma, ou seja, o lapso temporal que vai do momento em que ela passa a ter força vinculante até a data em que é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração (no caso de normas temporárias).

- **Eficácia:** é a qualidade da norma que se refere à aptidão para a produção concreta de efeitos. Pode ser: Social, que é a produção concreta de efeitos porque presentes as condições físicas exigíveis para seu cumprimento (ex: equipamento de segurança existente no mercado), ou Técnica, que é a produção de efeitos porque presentes as condições técnico normativas exigíveis para sua aplicação (ex: art. 7º, Inciso I da CF, exemplo de norma ineficaz).
- **Vigor:** também chamado de força da norma. Diz respeito à força vinculante da norma. No vigor, diferente da validade e da eficiência, o que se verifica é a realização efetiva de resultados. Assim, uma norma já revogada (não mais vigente) pode continuar sendo aplicada em juízo, se disser respeito a situações consolidadas sob sua vigência, fenômeno que se denomina ultratividade.

b) Quanto à aplicação de normas jurídicas: de acordo com o fato concreto e aplicação de normas sobre ele, podem ocorrer duas situações:

- **Subsunção:** quando determinado fato individual se enquadra perfeitamente no conceito abstrato da norma.
- **Integração:** quando o magistrado deve se valer das fontes do direito. Nesses casos, de acordo com o art. 4º da LINDB, o Juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Além dessas, soma-se a doutrina, jurisprudência e a equidade.

c) Quanto à aplicação temporal das normas:

Para que uma norma seja aplicável, é preciso que esteja vigente. Essa vigência surge, para o Direito, com a publicação no diário oficial, que faz presumir o conhecimento de todos sobre a regra. De acordo com o art. 3º da LINDB, “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”. Assim sendo, a obrigatoriedade da lei surge após a sua publicação, mas isso não significa necessariamente, vigência e vigor imediatos. De acordo com o art. 1º da LINDB:

Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 10 Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

Em um ordenamento jurídico, as normas podem perder a sua vigência, deixando de pertencer ao sistema, fato que, do ponto de vista temporal, é denominado revogação. De acordo com a LINDB:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º 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.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

A revogação de uma lei pode ocorrer de forma expressa ou tácita, pode ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação). O fenômeno da repristinação, de acordo com o § 3º. Art. 2º do LINDB não é aceito pelo ordenamento brasileiro.

d) Conflito de normas no tempo: no conflito temporal de leis, deverá ser aplicada a lei nova ou a lei velha às situações cujos efeitos invadirem o âmbito temporal da lei revogadora?

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. O respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada concretizam o princípio de que as leis civis não têm retroatividade.

e) Aplicação espacial de normas: pelo conceito jurídico de soberania estatal, a norma deve ser aplicada dentro dos limites territoriais do Estado que a editou. Este é o princípio da territorialidade, que é a regra. Entretanto, o deslocamento das pessoas pelo mundo faz com que eventualmente travem relações jurídicas travadas em um mundo que vive em constante interação. Entretanto, se “ninguém é uma ilha”, o deslocamento das pessoas pelo globo faz com que eventualmente travem relações jurídicas submetidas a um sistema positivo distinto do existente em sua nação de origem” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 127).

Essa situação cria a questão da extraterritorialidade que se constitui enquanto admissibilidade de aplicação no território nacional, de leis de outro Estado, segundo princípios e convenções internacionais. A norma de um Estado acompanha seu nacional para regular seus interesses em outro país.

A lei nacional, portanto, deve ser aplicada ordinariamente a todas as relações travadas em seu âmbito espacial de incidência, embora, no caso de interferirem estrangeiros sobre relações jurídicas constituídas dentro do território nacional ou de nacionais terem bens ou negócios jurídicos em território estrangeiro, possam surgir exemplos de extraterritorialidade ou de aplicação extraterritorial do direito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 127).

De acordo com a LINDB, há regras acerca da territorialidade:

Art. 8º. Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

E também há regras de extraterritorialidade:

Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

§ 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.

§ 2º. O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.

§ 5º - O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977)

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. (Redação dada pela Lei nº 12.036, de 2009).

§ 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.

§ 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus. (Redação dada pela Lei nº 9.047, de 1995)

§ 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

No Brasil, por meio de artigos da LINDB supramencionados, é possível verificar a presença do princípio da territorialidade moderada.

Relação jurídica

A interação humana gera relações sociais que ao serem disciplinadas por normas jurídicas se transformam em relações de direito. Assim, a relação jurídica consiste em um vínculo entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem ou uma prestação a que a outra é obrigada (DINIZ, 2018, p. 122).

Relação jurídica é toda relação da vida social regulada pelo direito. São três os elementos que compõem uma relação jurídica: o sujeito, o objeto e o fato.

O sujeito em uma relação jurídica será ativo ou passivo. O **sujeito ativo** é o titular do direito subjetivo de ter ou de fazer o que a norma não proíbe e o **sujeito passivo** é o sujeito de um dever jurídico de respeitar o direito do sujeito ativo. O vínculo que prende estes dois sujeitos pode ser de sujeição relativa/específica (direitos pessoais/patrimoniais), ou de sujeição absoluta (direitos reais e direitos pessoais não patrimoniais) (DINIZ, 2018, p. 123).

Quanto ao seu conteúdo a relação jurídica pode ser simples, quando se constitui de um só direito subjetivo e cada sujeito ocupa uma só posição, ou ativa ou passiva. Ou pode ser complexa, quando contiver vários direitos subjetivos, caso em que os sujeitos ocupam as duas posições, como sujeitos ativos e passivos, a exemplo do que ocorre no negócio jurídico de compra e venda. (DINIZ, 2018, p. 123).

O objeto de uma relação jurídica subdivide-se em **objeto imediato** que é a prestação (de dar, fazer ou não-fazer) ou coisa devida pelo sujeito passivo e que pode ser exigida pelo sujeito ativo. E **objeto mediato** que é

o bem móvel ou imóvel, material ou imaterial contido naquela prestação devida (DINIZ, 2018, p. 123).

Por fim, mas não menos relevante o **fato propulsor da relação jurídica** é um acontecimento dependente ou não da vontade humana ao qual a norma jurídica atribui a condição de criar, extinguir ou modificar direitos (DINIZ, 2018, p. 123).

A **prestação** pode aparecer em forma de uma **obrigação** de dar, de fazer e de não-fazer sobre um bem móvel, imóvel ou semovente, ou bens imateriais como a vida, o nome, a liberdade; a **coisa** deve ser suscetível de avaliação pecuniária, podendo submeter-se ao domínio da pessoa e sendo o seu uso e quantidade limitados.

4.1 Sujeitos de direito

O Livro I da Parte Geral do Código Civil dispõe a respeito das pessoas, como **sujeitos de direitos**. Realmente, no seu sentido subjetivo, direito é a faculdade ou poder de agir conferido a um sujeito ou titular. Portanto, o primeiro elemento que aparece na relação jurídica é o sujeito ou pessoa, sem a qual não pode existir o direito.

A palavra pessoa na sua acepção jurídica pode ser tomada como o ente físico ou moral dotado de direitos e de obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direitos e de obrigações ou sujeito de uma relação jurídica. No direito moderno todos os homens são sujeitos de direitos, mas além dos homens também são considerados sujeitos de direito algumas organizações ou coletividades, que tendem a consecução de fins comuns. Assim, duas são as espécies de pessoas reconhecidas pelo direito: a **pessoa natural** (pessoa física) e a **pessoa jurídica** (pessoa moral, pessoa coletiva).

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica.

Animais não são sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão não possuem capacidade para adquirir direitos. Não po-

dem por exemplo, ser beneficiados por testamento, salvo sob a forma de encargo, imposto ao herdeiro testamentário de cuidar do animal.

4.2 Personalidade e Capacidade Jurídica

A personalidade exprime a aptidão genérica da pessoa para adquirir direitos e contrair deveres, obrigações. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo o ser humano¹ também aos entes morais, sociedades e associações, as quais trataremos em momento oportuno ao estudar as pessoas jurídicas.

A personalidade é conferida ao sujeito de direitos em sentido de universalidade, basta ver o conteúdo do art. 1º do CC no qual se lê que “**toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil**” (grifo nosso).

Portanto, a personalidade não depende da consciência ou da vontade do indivíduo. “Afirmar que o ser humano possui personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.” (GONÇALVES, 2016, p. 95).

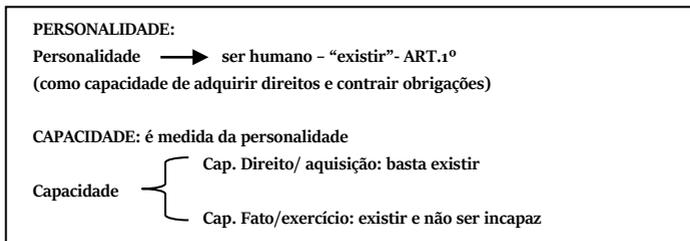
Já a capacidade a doutrina define como a medida jurídica da personalidade. Para alguns ela é plena, para outras, possui limitações. É a manifestação do poder de agir na esfera jurídica do sujeito dotado de personalidade. De novo o art. 1º do CC: “toda a pessoa é **capaz** de direitos e deveres na ordem civil”. Então, todos aqueles dotados de personalidade, ou seja, todas as pessoas podem agir na esfera civil, pois gozam de capacidade para tanto.

Porém, deve-se ressaltar que a capacidade é subdividida em duas espécies: **capacidade de direito ou de gozo**, estendida a toda e qualquer pessoa dotada de personalidade jurídica; e a **capacidade de exercício ou de fato** que apenas pertence àqueles indivíduos que preenchem os requisitos necessários para atuar na esfera jurídica por si. Reunidos os dois atributos fala-se em **capacidade civil plena**.

¹ Nem sempre foi assim, basta lembrar dos homens submetidos à escravidão, que nas relações jurídicas ocupavam a posição de objetos e não de sujeitos (GONÇALVES, 2016, p. 94).

Analisando a relação entre a capacidade de direito e a capacidade de fato Orlando Gomes (2001, p. 172) leciona que

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda a pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. [...] a capacidade de fato condiciona-se a capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concede, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo pó si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.



No direito brasileiro não existe incapacidade de direito!

4.3 Da pessoa natural

A pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e de obrigações. Quanto a capacidade da pessoa natural, tem-se que a personalidade tem a sua medida na capacidade, que é reconhecida em um sentido de universalidade, no art. 1º, do CC, empregando a expressão pessoa na acepção de TODO ser humano, sem qualquer distinção de sexo, raça, cor, credo, idade.

Esta capacidade descrita no artigo identifica-se com a chamada capacidade de aquisição ou de direito, que é decorrente da personalidade e que por isso é ilimitada a todos os seres humanos.

Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício em razão de algum fator que gere a incapacidade absoluta ou relativa, como a idade da pessoa.

Aos que a lei impõe restrições à capacidade, chama-se de “incapazes”. Mas observe que aos incapazes não lhes falta capacidade de direito,

que é atributo de todos os seres humanos independente de qualquer qualidade, mas capacidade de exercício do direito. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento, prudência, juízo, ou, sob o aspecto jurídico, aptidão para distinguir o lícito do ilícito.

Assim, todo aquele que possui a capacidade de exercício de um direito possui a capacidade de gozo do mesmo direito, mas nem todo aquele que possui a capacidade de gozo de um direito, possui também a capacidade de exercício do mesmo.

4.3.1 Começo da personalidade jurídica da pessoa natural

Segundo o art. 2º do CC a personalidade civil da pessoa começa com o seu **nascimento com vida**, ainda que o recém-nascido venha a falecer logo depois. O mesmo art. 2º, em sua segunda parte, ressalva que a lei resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro como: o direito à vida, à filiação, aos alimentos, à integridade física, adequada assistência pré-natal, o direito de ser adotado.

Para facilitar o entendimento necessário se faz trazer aqui alguns conceitos acerca da aquisição de direitos.

O direito será atual quando, tendo sido adquirido, está em condições de ser exercido. É direito que já está incorporado ao patrimônio de seu titular. Por **direito futuro** temos o direito cuja aquisição ainda não se operou, pois depende de um prazo ou de uma condição (direitos a termo, direitos condicionais, direitos eventuais).

Especificamente quanto ao **direito eventual** temos que se trata de direito incompleto, pois para que seja adquirido pelo seu titular é preciso que ocorra um acontecimento complementar. Exemplifica Venosa (2007, p. 324) “os contratos aleatórios estampam direitos eventuais, assim como a venda de coisa alheia: quem vende algo que ainda não possui fica na dependência de adquirir a coisa para poder transmiti-la”.

Já por **expectativa de direito** temos “a mera possibilidade ou simples esperança de adquirir um direito” (VENOSA, 2007, p. 324). É o caso do herdeiro testamentário, enquanto não ocorrer o evento morte ele não tem qualquer direito sobre o patrimônio do testador, simplesmente não possui qualquer proteção jurídica. Importante: “a lei só concede proteção jurídica quando a expectativa de direito se transforma em direito eventual, isto é, quando a expectativa se converte em direito. Enquanto não houver proteção jurídica, estaremos diante de mera expectativa e não de direito.” (VENOSA, 2007, p. 324).

Pois bem, a questão da personalidade do nascituro é um tema dos mais tormentosos e envolventes da Teoria Geral do Direito Privado.

São basicamente três as teorias que buscam explicar o sentido do disposto no art. 2º do CC.

Para a **teoria natalista**, muito defendida pela doutrina brasileira, a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, assim, antes desse acontecimento o nascituro não é considerado pessoa, possuindo, portanto, mera expectativa de direitos. Nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2001, p. 79.) defende que

Nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se em sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Ocorre que a questão não é tão simples assim, pois embora se possa afirmar que o nascituro não é pessoa, não é possível, diante do ordenamento jurídico, dizer que não tenha ele direito à vida. Nesse sentido vejamos, como exemplo, a proibição do aborto, ressalvadas as exceções legais.

Assim surge a **teoria concepcionalista** que afirma que o legislador ao proteger legalmente os direitos do nascituro já o considera pessoa “na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica” (Pamplona Filho; Araújo, 2007).

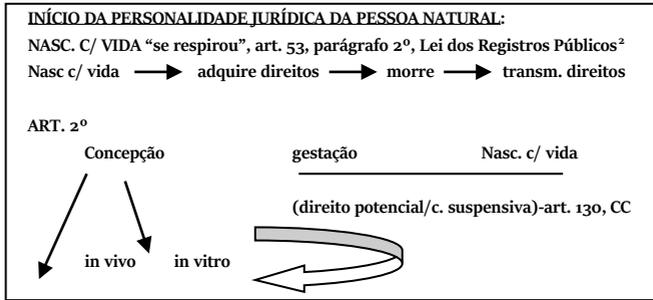
Por fim, a **teoria da personalidade condicional** sustenta a personalidade do nascituro (desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida, ou seja, sem o implemento da condição – nascimento com vida – não há como se admitir a personalidade. Assim, se nascer com vida a sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. Para essa teoria o feto tem personalidade condicional, tem protegidos seus direitos de personalidade, mas somente poderá gozar de tais direitos se nascer com vida. Arnold Wald (2002, p. 118) explica que “o nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

Portanto pela teoria da personalidade condicional os direitos do nascituro se encontram em estado potencial ou submetidos a uma condição suspensiva, ou seja, ao nascimento com vida.

Independente da teoria utilizada, nos termos do art. 2º do CC, mesmo que o nascituro não seja considerado pessoa é inegável que tenha direitos protegidos desde a concepção, seja de modo pleno, como sustenta a teoria concepcionista, de modo condicionado como defende a teoria da personalidade condicional ou de modo limitado, como mera expectativa de direito, segundo a teoria natalista. **Segue julgado acerca do tema:**

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. *DPVAT*. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO. *MORTE* DE NASCITURO. Acidente automobilístico envolvendo mulher grávida que acarreta a *morte* de *feto*. Reconhecimento do direito à indenização do seguro *DPVAT* aos herdeiros legais. Adoção da Teoria Conceptionista. Entendimento do STJ proferido no REsp. 1120676/SC. RECURSO DESPROVIDO.(Apelação Cível, Nº 70081961013, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 28-08-2019)

Resumindo:



Importante mencionar o art. 130 do código civil, que permite que o titular de direito eventual, como o nascituro, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, o exercício de atos destinados a conservá-lo, como, por exemplo, requerer, representado pela mãe, a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, estando a mulher grávida e não havendo outros descendentes, para se aguardar o nascimento, ou, ainda, propor medidas acautelatórias, no caso de dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados e testamento.

Ainda, importantes as colocações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.

4.3.2 Incapacidade da pessoa natural

A incapacidade da pessoa natural consiste em uma restrição legal, pois apenas derivada de lei³, sendo uma questão de ordem pública ao exercício dos atos da vida civil.

² Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. § 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.

³ Como a incapacidade é somente legal as limitações decorrentes de atos *inter vivos* e *causa mortis* não são consideradas incapacidades. Também não se deve confundir a capacidade de gozo dos direitos civis com a legitimação para praticá-los. Esta última quando não está presente pode impedir o indivíduo de praticar certo ato

O instituto da incapacidade visa proteger os interesses daqueles que possuem alguma deficiência jurídica apreciável em razão da idade, de enfermidade ou de doença mental. Dependendo do grau desta deficiência o Código elenca os casos considerados de **incapacidade absoluta** (art. 3º, CC) em que os sujeitos de direito devem ser *representados* nos atos da vida civil, bem como os de **incapacidade relativa** (art. 4º, CC) em que serão *assistidos* por sujeitos capazes, já que tem poder de atuar na vida civil, desde que autorizados. Por meio da representação e da assistência, supre-se a incapacidade e os negócios jurídicos realizam-se regularmente.

Com relação a definição da representação como instituto jurídico da Teoria Geral do Direito Privado tem-se que, nos termos do disposto nos arts. 115 a 120 do CC, são três as espécies de representantes admitidos em nosso direito.

Os **representantes legais** que são aqueles que a norma jurídica confere poderes, como os pais em relação aos filhos menores, tutores em relação aos pupilos e curadores em relação aos curatelados. Os **representantes judiciais**, nomeados pelo juiz para exercerem cargo no foro ou processo, como síndico, inventariante, curador de herança jacente e ainda os **representantes convencionais** munidos de mandato expresso ou tácito como os procuradores.

A representação produz efeitos, sendo o principal o de que uma vez realizado o negócio pelo representante, os direitos serão adquiridos pelo representado, incorporando-se ao seu patrimônio. Igualmente as obrigações assumidas em nome do representado devem ser cumpridas. Por isso o representante terá o dever de provar às pessoas com as quais vier a contratar em nome do representado a sua qualidade de representante e a extensão de seus poderes, sob pena de responder pelos atos negociais que excederem o mandato (art. 118, CC). Ao representante pode substa-
belecer poderes (art. 116, CC) e havendo conflito de interesses entre

jurídico, em razão da sua posição especial em relação a certos bens, pessoas e interesses (exemplos: art. 1.814, 1.646, I, 496, todos do CC). (DINIZ, 2018, p. 170).

representante e representado os atos negociais para serem válidos deverão ser celebrados por curador especial.

A hipótese de **incapacidade absoluta** está prevista no art. 3º do CC: “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos” (BRASIL, 2002).

Será absoluta a incapacidade quando houver proibição total do exercício direto ou pessoal do direito pelo incapaz⁴. Sendo assim, os absolutamente incapazes, apesar de terem direitos, não podem exercê-los de maneira direta, devendo ser representados. Com a edição da Lei 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) **passam a ser considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos por não possuírem o desenvolvimento mental completo, sendo facilmente ludibriados.**

Também os ausentes não podem mais ser considerados absolutamente incapazes, pois aparecendo poderão exercer todos os atos da vida civil. Não há, portanto, incapacidade por ausência, mas tão somente uma necessidade de proteger os interesses do desaparecido, devido a sua impossibilidade material de cuidar dos bens e interesses. A decretação da ausência será abordada a seguir, em momento oportuno quando se tratar do fim ou encerramento da personalidade jurídica da pessoa natural.

Será relativa a incapacidade nos casos previstos no art. 4º do CC. Os incapazes relativos, uma vez assistidos por quem o direito designa (parentes, cônjuge e tutores) podem praticar atos da vida civil (também há atos que eles podem praticar sem necessidade de autorização prévia⁵). A violação à regra da incapacidade relativa gera anulabilidade do ato (art. 171, I, CC). São eles:

- I- os maiores de 16 anos e menores de 18 anos: devido a seu incompleto desenvolvimento intelectual, pouca maturidade para o exercício autônomo dos atos da vida civil. A incapacidade é suprida pela assistência de seu representante legal

⁴ Ato praticado diretamente por absolutamente incapaz é nulo de todo o direito (art. 166, I, CC).

⁵ Como: aceitar mandato (art. 666, CC), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único, CC), casar-se (art. 1.517, CC), celebrar contrato de trabalho art. 7º, XXXIII, CF/88, ser eleitor (art. 14, parágrafo 1º, I, CF/88), etc.

(atenção para artigos. 105, 180 e 181 do CC), “caso contrário, serão anuláveis”. (DINIZ, 2018, p. 182).

- II- *Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos*: Os usuários eventuais que, por efeito transitório dessas substâncias, ficarem impedidos de exprimir plenamente sua vontade ajustam-se no art. 4º, Inciso II do CC.

Os viciados em tóxico que venham a sofrer redução da capacidade de entendimento, dependendo do grau de intoxicação e dependência, poderão ser, excepcionalmente, colocados sob curatela pelo Juiz, que procederá à graduação da medida, na sentença, conforme o nível de intoxicação e comprometimento mental. Assim também procederá o Juiz se a embriaguez houver evoluído para um quadro patológico, aniquilando a capacidade de autodeterminação do viciado.

- III- *Os que, mesmo por causa permanente ou transitória não puderem exprimir a sua vontade*. A expressão, genérica, não abrange as pessoas portadoras de doença ou deficiência mental permanentes, referidas no revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, mas as que não puderem exprimir totalmente sua vontade por causa transitória ou permanente, em virtude de alguma patologia (por exemplo: arteriosclerose, excessiva pressão arterial, paralisia, embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes, mesmo não permanentes). Essas pessoas, “deverão estar assistidas por um curador ou, se preferirem, apoiadas por dois apoiadores, desde que possam, embora precariamente, fazer com que se compreenda sua vontade.” (p. 187).

- IV- *Os pródigos*: para os especialistas pródigos são aqueles que sofrem de onimania⁶, cibomania⁷ e imoralidade⁸. Para o Código o pródigo só será interditado por requerimento do cônjuge, ascendentes, descendentes e MP, nomeando-se para ele um curador (arts. 1768, 1769 e 1783, CC). O pródigo só assim será considerado quando declarado por sentença de interdição e apenas será privado da prática de atos que possam comprometer o seu patrimônio (art. 1767, V, CC).

⁶ Perturbação mental que provoca o portador a adquirir descontroladamente tudo o que tiver vontade. (DINIZ, 2018, p. 196).

⁷ Psicose conducente à dilapidação patrimonial em jogos de azar. (DINIZ, 2018, p. 196).

⁸ Leva a gasto excessivo para satisfação de impulsos sexuais.

E os índios? Tutela da FUNAI- absolutamente incapaz, ver com atenção art. 9º lei 6001/73. ver também art. 50, parágrafo 2º, LRP⁹. Os índios são classificados em isolados, em integração, e integrados, sendo que estes últimos são considerados brasileiros como todos os demais, não tendo influência sua origem numa comunidade indígena. Para fazer a ligação com a prática, veja-se os seguintes julgados:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERAVEL. CONDENAÇÃO. Mantida a condenação, diante da confissão do acusado e demais depoimentos colhidos em juízo. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. Pena-base aplicada acima do mínimo legal tendo em vista as circunstâncias e consequências do delito. ATENUANTE DA CONFISSÃO. Pena reduzida diante da confissão espontânea do acusado. LEI 6.001/73. Impossível a aplicação da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio), por se tratar de silvícola integrado à sociedade. SUBSTITUIÇÃO. SUSPENSÃO DA PENA. Incabível a substituição ou suspensão da pena tendo em vista o "quantum" da pena. REGIME CARCERÁRIO. Fechado. AJG. Deferido o benefício da AJG com a suspensão da exigibilidade das custas processuais pelo acusado. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70071561179, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 21/02/2017).

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME DE SEMILIBERDADE. CONDIÇÃO DE SÍLVICOLA. REQUISITOS OBJETIVOS NÃO IMPLEMENTADOS. Apesar da demonstração da condição indígena, percebe-se que o Agravante resta devidamente *integrado* à sociedade, não fazendo jus aos benefícios previstos no Estatuto do *Índio*. Precedentes. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado, Nº 70075893453, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 28-03-2018)

Há que se mencionar que os relativamente incapazes podem praticar certos atos sem a assistência de seu representante legal. Como exemplos: ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1860, parágrafo único), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho.

⁹ Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório. § 2º Os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios.

Ainda importante tratar da inovação trazida pela Lei nº. 13.146/2015, ao admitir a interdição de pessoa capaz. Dispõe, com efeito, o § 1º do art. 84 da referida lei: “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à Curatela”.

4.3.3 O fim da incapacidade da pessoa natural

A disciplina está disposta no art. 5º do Código Civil que assim versa:

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

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

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

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

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

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

A incapacidade, de regra, termina com a cessação das causas que a determinaram. “Assim, p.ex., no caso da toxicomania, da surdo-mudez, da prodigalidade, cessando a enfermidade físico-psíquica que as determinou.” (DINIZ, 2018, p. 227). Em relação aos menores a incapacidade cessa quando:

1- O menor completar 18 anos de idade;

2- Quando depois de ter completado 16 anos de idade:

* for emancipado:

a) por concessão dos pais, ou de um na falta do outro, mediante instrumento público inscrito no Registro Civil, sem necessidade de homologação judicial (emancipação voluntária),

b) ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, no caso de menor sob tutela (emancipação judicial);

- * casar, ainda que este casamento seja posteriormente anulado, ocorra separação judicial ou divórcio;
- * exercer emprego público efetivo;
- * colar grau em curso de ensino superior; ou
- * firmar estabelecimento civil ou comercial, ou relação de emprego, desde que em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

4.3.4 Da extinção da personalidade jurídica da pessoa natural

Tem fim a personalidade civil da pessoa natural com a morte, que pode ocorrer, pelo viés jurídico, de 3 (três) maneiras:

* **morte real** (art. 6º, primeira parte, do CC) tem por consequências a dissolução do vínculo conjugal, o fim do regime de bens, a extinção do poder familiar, do mandato, da obrigação de alimentos, de contratos personalíssimos, etc. Prova-se a morte com a certidão de óbito.

Importante mencionar que a morte de uma pessoa natural pode ser simultânea com a morte de outra pessoa natural, quando se está diante de situação denominada “comoriência”, prevista no art. 8º do CC.

Falecimento simultâneo não é necessariamente aquele que acontece no mesmo lugar, mas sim no mesmo momento, ao mesmo tempo, quando não se consegue precisar qual das pessoas falecidas morreu primeiro. Este artigo é importante para a transmissão de direitos, pois se os comorientes são herdeiros uns dos outros, não há transferência de direitos, sendo chamados à sucessão os seus herdeiros (DINIZ, 2018, p. 268).

* **morte civil**: apenas presente no sistema pátrio na exclusão de herdeiro por causas de indignidade, ver art. 1.816 CC¹⁰. Importante a passagem de Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 145), ao mencionar que

¹⁰ Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

A morte civil existiu na Idade Média, especialmente para os condenados a penas perpétuas e para os que abraçavam a profissão religiosa, permanecendo recolhidos (...) Embora vivas, eram tratadas pela lei como se mortas fossem.

Afirma-se que o mencionado art. 1816, trata-se de um resquício da Idade Média, ao tratar o herdeiro afastado da herança, como se morto fosse.

* **morte presumida** (art. 6º, 2ª parte, CC) que pode se dar em duas hipóteses, através da declaração de ausência mediante procedimento de decretação de ausência, ou declaração de ausência sem necessidade de decretação de ausência, a qual ocorre em casos excepcionais como aqueles em que a morte é provável, pois a pessoa estava em situação de risco, naufrágio, incêndio, seqüestro, guerra, viabilizando o registro de óbito mediante justificação de óbito (art. 88, LRP¹¹) e regulando a questão da sucessão *causa mortis*.

A sentença declaratória da morte presumida, no caso de decretação de ausência, apesar de ter eficácia contra todos, não fará coisa julgada material, sendo passível de revisão. Retornando o desaparecido, voltará ao estado anterior, na medida do possível, deixando de existir a declaração de seu óbito.

Declaração da Ausência com decretação de ausência (arts. 22 a 39 do CC): O que é? Instrumento jurídico pelo qual se protegem os interesses daquele que se afastou de seu domicílio sem deixar procurador ou representante, e do qual não há notícias (art. 22, CC). Neste caso e no caso do art. 23 do CC (quando o procurador se recuse a administrar seu patrimônio ou não queira continuar o mandato, por ter ocorrido o término da representação a termo, por renúncia do mandato, por morte ou incapacidade ou insuficiência de poderes) o magistrado depois de declarar o indivíduo ausente institui para ele a curatela.

Há que se asseverar que, com o instituto da ausência, o primeiro objetivo é o de proteger os bens do ausente, impedindo que se deteriorem ou pereçam (art. 22 a 25), e além disso, em um segundo momento, em per-

¹¹ Art. 88. Poderão os juízes togados admitir justificação para o assentamento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.

manecendo ou se prolongando a ausência, a proteção legal volta-se para os herdeiros, cujos interesses passam a ser considerados (art. 25 a 38).

A ausência apresenta três fases distintas:

1ª fase: da curadoria dos bens do ausente: É a fase em que se dá a sentença declaratória da ausência devidamente registrada no cartório do domicílio anterior do ausente. Procedimento: verificada a ausência o juiz a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, certificando-se da veracidade dos fatos, arrecadará os bens do ausente, especificando-os minuciosamente e os entregando ao curador que nomear (art. 22, CC).

Podem ser nomeados como curadores: o cônjuge não separado judicialmente ou de fato por mais de 2 anos antes da declaração da ausência ou o companheiro (art. 25 do CC); na falta do cônjuge ou companheiro, os pais e na falta destes os descendentes (art. 25, parágrafo 1º, CC), filhos preferindo os netos, e na falta destes a escolha será feita pelo juiz (art. 25, parágrafos 2º e 3º, CC).

São atribuições do curador cumprir com os deveres e utilizar-se dos poderes conferidos pelo magistrado para o exercício da curatela (ver arts. 1767 a 1783, CC, relativos a curatela). Inventariando os bens do desaparecido, administrando-os e percebendo os seus rendimentos, a fim de entregá-los ao ausente quando voltar, ou aos seus herdeiros caso não retornar.

A curadoria dos bens do ausente é restrita aos bens, não produzindo efeitos na ordem pessoal e dura, em média, 1 ano, e neste ano o juiz ordena a publicação de editais, de 2 em 2 meses, convocando o ausente a retomar a posse de seus bens. Se retornar ou houver notícia de seu óbito, cessa a curatela, averbando-se os fatos no livro das ausências. Além destas duas formas de cessação da curadoria, há ainda, a abertura da sucessão provisória, segunda fase da declaração de ausência.

2ª fase: a sucessão provisória: De acordo com o art. 26 do CC, decorrido 1 ano da arrecadação dos bens do ausente, ou 3 anos caso tenha deixado representante ou procurador, os interessados (cônjuge não separado, companheiro, herdeiros legítimos ou presumidos e testamentários, credores de obrigações vencidas e não pagas- art. 27, CC) poderão requerer a abertura da sucessão provisória, cessando a curadoria.

Se findo o prazo do art. 26, CC, não houver requerimento de abertura da sucessão provisória por parte dos interessados, compete ao Ministério Público requerê-la (parágrafo 1º do art. 28, CC- legitimidade subsidiária). Procedimento: no pedido de abertura da sucessão provisória será pedida a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador, e a citação por edital dos ausentes para que se habilitem na sucessão. Promovidas às citações e as habilitações (citações, contestações, decisão a respeito dos herdeiros) o juiz proferirá sentença determinando a abertura da sucessão provisória, a qual produzirá efeitos somente depois de 180 dias contados da publicação da mesma pela imprensa. Devendo ser averbada no livro das ausências. Caso transite em julgado, se procederá a abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido (art. 28, caput, CC).

Então a herança do ausente passará aos seus sucessores, que serão provisórios e condicionais, devendo guardar os bens, caso estes sejam reclamados pelo ausente (ver art.36). Logo este ato é de mera imissão na posse e não de transferência de propriedade. Por esta razão as determinações de conservação dos bens presentes nos arts. 29 (possibilidade de conversão de bens móveis em imóveis ou em títulos garantidos pela União), 30 (necessidade de dar garantia, mediante penhor ou hipoteca) e 31 (casos de alienação e hipoteca).

Caso de existência de prova do falecimento do ausente: art. 35, abertura da sucessão em favor dos herdeiros pelo procedimento do inventário/arrolamento e partilha. Versa o artigo indicado que *“Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo”*.

Em suma, a sucessão provisória cessará: pelo comparecimento do ausente, quando houver a certeza de morte do ausente, dez anos depois de transitada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória,

ou quando o ausente contar com mais de 80 anos de idade, e contar de 5 anos as últimas notícias suas.

3ª fase: a sucessão definitiva: Passados 10 anos da sentença que concedeu a sucessão provisória, ou se provado que o ausente contaria com 80 anos e a mais de 5 anos não há notícias dele, poder-se-á requerer a abertura da sucessão definitiva com conseqüente levantamento das cauções prestadas (arts. 37 e 38, CC). Os sucessores adquirem o domínio e a disposição dos bens recebidos, de maneira quase absoluta, pois caso o ausente regressar nos 10 anos seguintes a abertura da sucessão definitiva terá o direito de requerer ao juiz a entrega dos bens existentes no estado em que se encontram, ressalvados os direitos de terceiros. Caso retorne depois de 10 anos da abertura da sucessão definitiva não tem direito a nada.

Caso o ausente não retorne nos 10 anos a que fala o art. 39, caput, e nenhum interessado lhe promova a sucessão definitiva os bens serão tidos como herança vacante sendo arrecadados pelo município ou distrito federal ao qual estejam circunscritos.

Efeitos da ausência (além dos relativos aos bens do ausente)

*põe fim ao vínculo conjugal (atenção ver art. 1571, parágrafo 1º, CC). Caso o presumido morto retorne depois da sucessão definitiva, e encontre seu antigo cônjuge agora casado com outra pessoa, não poderá fazer nada com relação ao casamento, vez que, como dito, a sucessão definitiva põe fim ao casamento. No direito Italiano, é considerado nulo o segundo casamento.

*se o ausente tiver deixado filhos menores e o outro consorte for falecido ou incapaz para exercer o poder familiar, nomear-se-á tutor (art. 1.728, I e II, CC).

4.3.5 O Registro Público

O Registro Civil da pessoa natural é a perpetuação, mediante anotação por agente autorizado, dos dados pessoais dos membros da coletividade e dos fatos jurídicos de maior relevância em suas vidas, para fins de autenticidade, segurança e eficácia.

Determina o art. 9º do CC que são registrados em registro público os nascimentos, casamentos e óbitos, a emancipação por outorga dos

pais ou por sentença judicial, a interdição por incapacidade absoluta e relativa, a sentença declaratória da ausência e da morte presumida.

Importante passagem trazida por Gonçalves (2016, p. 183), ao tratar do Registro Público, especificamente quanto a sua origem:

A origem do registro moderno encontra-se na Idade Média, na praxe adotada pelos padres cristãos de anotar o batismo, o casamento e o óbito dos fiéis, não só para melhor conhecê-los como também para controle e escrituração dos dízimos recebidos. Por essa razão, durante séculos, inclusive no Brasil, a perpetuação dos momentos principais da vida civil, ou seja, do nascimento, do casamento e do óbito, ficou a cargo da Igreja.

A lei que regulamenta o registro civil é a Lei n. 6015/73. Esta lei tem a finalidade de regular o registro civil das pessoas naturais, das pessoas jurídicas, dos títulos e dos documentos e o registro de imóveis, conferindo aos atos jurídicos deles decorrentes, autenticidade, segurança e eficácia (art. 1º, da Lei 6015/73). Além disso, confere publicidade e notoriedade aos atos, tornando-os, de maneira geral, oponíveis a terceiros.

Para alguns atos jurídicos o registro público é indispensável ao ato, ou seja, o registro é parte constitutiva, sem ele por meio do ato jurídico realizado não se cria, modifica ou extingue direitos. Como é o que ocorre com o registro imobiliário para o direito de propriedade sobre bem imóvel. Para outros atos o registro é facultativo, como é o caso do registro de um contrato particular no registro de títulos e documentos.

Registro de nascimentos (artigos. 50-66 da lei n. 6014/73)

De acordo como art. 50 da Lei, todo nascimento deve ser registrado no lugar em que tiver ocorrido o parto, no prazo de 15 dias, ou em localidades distantes 30 km ou mais da sede do cartório no prazo de 3 meses. O registro fora do prazo só é feito mediante despacho do juiz e recolhimento de multa.

Para os brasileiros nascidos no exterior é competente para efetuar o registro a autoridade consular brasileira no território estrangeiro, de acordo com o art. 18 da LICC.

São pessoas obrigadas a fazer a declaração de nascimento: os pais (a Lei 13.112, de 30 de março de 2015, autoriza a mulher a registrar, em igualdade de condições com o homem) em impedimento de ambos, o parente mais próximo, na falta deste, o administrador do hospital, médico ou parteira, pessoa idônea ou aquele que tem a guarda da criança.

Em caso de erro no registro a retificação é feita via judicial.

Registro de óbitos (artigos. 77-88 da Lei n. 6015/73)

Para que se proceda ao registro, a morte deve ser atestada por médico do local ou, na falta deste, por duas testemunhas que tiverem presenciado o falecimento.

De regra, o sepultamento só pode ser feito após o assento do óbito, mediante atestado, a exceção está no art. 88 da Lei que dispõe sobre admissão judicial de pedido de justificação para o assento de óbito em casos de naufrágio, terremoto ou outras catástrofes que impeçam a localização dos corpos para a realização do referido exame.

Registro de emancipação, interdição e ausência ver artigos 89-94 da Lei n.6015/73.

Os registros são *inscritos* no Registro Civil (o oficial do Registro procede ao “assento” no registro das pessoas naturais). As alterações são chamadas *averbações* (sempre são supervisionadas pelo juiz, podem ser decorrentes de procedimentos contenciosos ou voluntários). E ainda é possível proceder a *anotações*, que nada mais são de que notas e remissões que facilitam a busca de dados.

Direitos da personalidade

5.1 Noções Gerais

Atuando nas mais diversas relações jurídicas a pessoa (natural ou jurídica) cria um conjunto de direitos e obrigações. A esse conjunto de direitos e deveres dá-se o nome de patrimônio, tido pela doutrina como a projeção econômica da personalidade.

No entanto, existem outros direitos, que desencadeiam correlatos deveres, e afetam a personalidade das pessoas sem, contudo, possuírem conteúdo econômico. Estes são os direitos da personalidade. Direitos próprios da personalidade ou então personalíssimos, que em larga medida podem ser encontrados no art 5º da CF/88, como “direitos e garantias individuais” e que na legislação civil aparecem pela primeira vez e no CC de 2002 entre os artigos. 11 e 21¹.

São direitos que uma vez violados despertam danos morais, deixando a agressão ao patrimônio para nível secundário.

Não é demais lembrar que os direitos da personalidade são direitos subjetivos de natureza privada que resguardam um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro que é a dignidade da pessoa humana.

Direitos (objeto)	{	<p>patrimoniais (projeção econômica da personalidade)- DANO PATRIMONIAL</p> <p>extrapatrimoniais- direitos da personalidade e direitos de família puros- DANO MORAL</p>
----------------------	---	---

¹ Os direitos da personalidade previstos em espécie no CC são apenas enunciativos, ou seja, o Código não exclui e nem limita o reconhecimento e proteção de outros direitos desta natureza que não tenham sido mencionados entre os artigos da legislação privatista.

5.2 Conceito

São direitos fundamentais (art. 5º, CF/88) regulados de forma não taxativa entre os artigos. 11-21 do CC. Estes direitos não possuem caráter patrimonial e tem por “objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 196).

Os direitos da personalidade se propõem à defesa de valores não re-dutíveis pecuniariamente como a vida, a honra, a integridade física a intimidade, entre outros.

5.3 Natureza dos direitos da personalidade

Duas correntes:

1ª) *influenciada pela corrente positivista*: diz que os direitos da personalidade são apenas aqueles direitos assim denominados e reconhecidos pelo Estado, o qual lhes confere força jurídica. Isto é, os positivistas não admitem a existência de direitos da personalidade inatos à condição humana.

2ª) *influenciada pela corrente jusnaturalista*: para esta corrente os direitos da personalidade são apenas declarados pelo Estado, pois se constituem muito antes desta declaração, uma vez que, são inerentes à existência humana.

A segunda corrente possui uma posição mais aberta permitindo um maior espaço para a interpretação e inclusão de novos direitos da personalidade diante da tão veloz modificação de valores na sociedade contemporânea. E mais, a segunda corrente quando associada aos valores/fundamentos consagrados pela Constituição Federal, especialmente o do inciso III do art. 1º da CF/88 traz um universo ainda mais amplo para os direitos da personalidade.

Não é demais lembrar que o juiz não pode negar tutela sob um aspecto da existência humana pelo simples fato de não haver previsão legal.

5.4 Titularidade

Quem são os titulares destes direitos? Sem dúvida o ser humano é o titular dos direitos da personalidade. Mas a questão pode não ser tão simples assim: e os nascituros são titulares de direitos da personalidade? Sim, apesar de não apresentar existência jurídica, ou seja, personalidade jurídica, tem o nascituro “seus direitos ressalvados pela lei, desde a concepção, o que inclui obviamente, os direitos da personalidade”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 201).

E a pessoa jurídica também goza de direitos da personalidade? Veja-se o que dizem os incisos X e V do art. 5º da CF/88:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem **das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo nosso).

Quando o inciso X fala em pessoas não a qualifica exclusivamente como pessoa natural, fala, ao contrário, em pessoa de forma genérica. Ademais, as “pessoas” enunciadas no art. 1º do CC são todas as pessoas naturais e jurídicas, as quais a lei atribui um conjunto de direitos e deveres.

Ainda deve-se ter claro que sempre que se estiver diante da interpretação de direitos e garantias fundamentais o critério a ser adotado é da interpretação extensiva e nunca de uma interpretação restritiva. Portanto, pela norma contida na CF a pessoa jurídica também goza de direitos da personalidade. Por esta razão que o Código Civil se harmonizando com a CF prevê agora no art. 52 que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade” (BRASIL, 2002).

É certo que a pessoa jurídica jamais terá uma vida privada, mas é evidente que pode zelar por seu nome e pela sua imagem. Imagine uma propaganda negativa de um produto de uma empresa ou uma informação inverídica sobre o seu estado financeiro.

É lógico que diante destas situações nem a Constituição Federal nem a legislação privada deixará de furtar-se a proteção dos direitos da personalidade da pessoa jurídica assim ofendidos, conferindo a ela a faculdade de propor ação por danos tanto materiais como morais. É por esta razão que o art. 52 do CC ao positivar o direito de personalidade conferido para as pessoas jurídicas chama atenção às limitações derivadas da especial natureza destas pessoas.

5.5 Características

Caráter absoluto: oponíveis *erga omnes*, ou seja, são sujeitos passivos todos aqueles que ameacem ou impeçam o livre exercício dos direitos da personalidade (art. 12 do CC).

Generalidade: são titulares ativos dos direitos da personalidade todas as pessoas, naturais ou jurídicas. Basta que existam para o direito, isto é, que tenham personalidade jurídica. Como destaca Gomes (2001, p. 152) por esta característica os direitos da personalidade “jamais se perdem, enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhe, em algumas espécies, a proteção legal”. Não esquecer da proteção, nesse sentido conferida, aos nascituros.

Extrapatrimonialidade: são direitos sem conteúdo econômico, ainda que sua ameaça ou lesão gere efeitos econômicos. A característica da extrapatrimonialidade não impede que alguns direitos da personalidade apresentem manifestações pecuniárias podendo, inclusive, serem comercializáveis. É o caso dos direitos autorais que se dividem em direitos morais (na forma de direitos da personalidade) e direitos patrimoniais (que são os direitos de usar, fruir, gozar e dispor de obra literária, artística ou científica). Veja o art. 27 da Lei 9610/98: “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

Indisponibilidade: Veja o dispositivo legal:

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

A indisponibilidade como característica dos direitos da personalidade se desdobra em duas subcaracterísticas, a intransmissibilidade/inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Por intransmissibilidade temos a regra da não modificação subjetiva, seja gratuita ou onerosa, no polo ativo da relação de direito material. Araújo citado por Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 206) destaca o fundamento da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, dizendo que ele

Reside no fato de que não se pode separar a honra, a intimidade de seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem. É da essência da vida, da honra, da imagem da intimidade. [...] Poderia um indivíduo se desfazer de sua imagem, enquanto ser humano? A resposta só poderia ser negativa. [...] Poderá ele, se pretender, modificar a sua imagem. [...] Mas desfazer-se dela não será possível.

Mas atenção, em algumas hipóteses se poderá admitir a transmissibilidade de alguns poderes inerentes a certos direitos da personalidade. É o que poderá acontecer com os direitos autorais e os direitos de imagem, os quais, pela sua própria natureza se prestam à **cessão de uso**, ou seja, o seu titular, sem que isso signifique a transmissibilidade do direito em si, pode ceder a título gratuito ou oneroso o direito ao uso da imagem ou dos poderes decorrentes do seu direito autoral.

Já por irrenunciabilidade se entende a impossibilidade de o titular do direito da personalidade renunciar, dispor desse seu direito. Por exemplo, o direito a vida é irrenunciável, por esta razão que o induzimento ao suicídio é tipificado como crime, art. 122, CP.

Imprescritibilidade: os direitos da personalidade não prescrevem, ou seja, inexistem um prazo para o seu exercício, não se extinguindo pelo não-uso (não se adquirem ou extinguem pelo decurso do tempo). No entanto atenção, uma vez que a ação para a reparação por eventual lesão aos direitos da personalidade prescreve no prazo do art. 206, parágrafo 3º, V, do CC:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil;

Impenhorabilidade: os direitos da personalidade são impenhoráveis. No entanto quando um direito da personalidade tiver manifestação econômica como é o caso dos direitos autorais a sua faceta patrimonial pode ser penhorada, bem como no direito à imagem onde os créditos decorrentes da cessão de seu uso podem ser penhorados por dívidas contraídas pelo seu titular.

Vitaliciedade: os direitos da personalidade perduram desde e até enquanto existir a personalidade jurídica. Outrossim, existem direitos da personalidade que se projetam para além da vida do seu titular como é o caso da honra, da memória e mesmo da integridade, ou melhor, da impossibilidade de violação da sepultura e do corpo morto. Nesses casos a legitimidade para propor a ação para a reparação civil é dos parentes do falecido, conforme dispõe o art. 12 do CC.

5.6 Tutela e legitimação para a ação envolvendo os direitos da personalidade

Conforme determina o art. 12 do CC a legislação tutela ou protege a lesão ou a ameaça de lesão aos direitos da personalidade permitindo que aquele que assim se sinta reclame do agressor perdas e danos, sem que isso impeça possível responsabilização de natureza penal ou administrativa.

A legitimidade para a ação envolvendo os direitos da personalidade é da própria vítima, do ofendido, pois se trata de direito personalíssimo. Porém, de regra, caso o ofendido tenha falecido antes de proposta a ação, passam a ser legitimados, na ordem prevista no artigo 12, parágrafo único, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até quarto grau, preferindo os mais próximos aos mais distantes.

Na verdade o art. 12 do CC prevê duas modalidades de proteção aos direitos da personalidade: a preventiva no caso de ameaça e a repressiva quando já efetivada a lesão.

No caso da proteção preventiva o objetivo é a restauração da situação, bem como impedimento da concretização da lesão. Já na proteção repressiva como a lesão já se efetivou o objetivo da ação é a reparação civil.

No entanto como os direitos da personalidade são também direitos e garantias fundamentais a Constituição Federal prevê um conjunto de “remédios processuais constitucionais” para a sua proteção, dos quais destaca-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança (individual ou coletivo), o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular.

5.7 Classificação dos Direitos da Personalidade

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 209), é conveniente classificar os direitos da personalidade com base na tricotomia corpo/mente/espírito, no seguinte sentido:

- a) Corpo: Vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz);
- b) Mente: Integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo);
- c) Espírito: Integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).

É possível, no entanto, utilizar outra delimitação, a saber:

- Proteção à imagem

Ver art. 5º, V, X, XXVII CF/88: o art. 20 proíbe a divulgação de escritos, a transmissão ou a publicação de palavras, a utilização e exposição da imagem de uma pessoa, sem a sua autorização quando lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Assim, a divulgação da imagem ou da palavra é vedada (mesmo a simples captação da imagem), mas a vedação não se mantém quando

estes componentes forem autorizados ou a divulgação for necessária à administração da justiça ou manutenção da ordem pública.

Para que a divulgação destas imagens ou palavras seja considerada danosa é preciso provar o legítimo interesse, bem como o real e efetivo constrangimento causado, sem dispensar que seja feita prova do nexo de causalidade entre o dano sofrido e a divulgação indevida destas imagens ou palavras.

Em caso da palavra ou da imagem de pessoa morta ou ausente ter sido divulgada indevidamente a legitimidade para a promoção da ação é segundo o parágrafo único do art. 20 do Código Civil, do cônjuge, dos ascendentes e dos descendentes.

A divulgação de escritos e de gravações de voz esbarra na proteção aos direitos intelectuais e gera direito à indenização especialmente quando utilizados com fins comerciais.

- Proteção da privacidade e da vida íntima

Ver art. 5º, X, CF/88: dispõe o art. 21 do CC que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O direito à intimidade é direito personalíssimo e possui como característica principal a não exposição de dados ou informações da vida íntima de seu titular. Assim, aquele que detém a informação de interesse personalíssimo do titular assume a obrigação de abster-se de divulgá-la a terceiros. Inseridos neste contexto estão os direitos de sigilo de correspondência e inviolabilidade do lar.

No entanto estes direitos individuais e fundamentais da pessoa sofrem limitações em casos extremos. A própria Constituição Federal autoriza que a inviolabilidade do lar seja posta em questão nos casos de desastre, de flagrante delito, ou, durante o dia, para cumprimento de ordem judicial. Da mesma forma, o sigilo telefônico ou bancário pode ser quebrado, não gerando responsabilidade para aquele que assim o faz,

desde que mediante ordem judicial e com o fim de facilitar investigações criminais. Nesse sentido ver art. 5º, XI, XII, CF/88.

- Direito ao próprio corpo (vivo ou morto)

A regra mestra para a proteção deste direito é que ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo, ou seja, contra a sua vontade.

De igual maneira a disposição do próprio corpo ou de partes do próprio corpo deve respeitar limites éticos e morais, e em nenhuma hipótese pode ter fim comercial.

Dispõe o art. 13 do CC que é vedado, salvo por exigência médica e com consentimento da própria pessoa ou familiar, a disposição do próprio corpo quando ela importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar aos bons costumes.

Sobre o assunto há lei específica - a Lei n. 9434/97 - que dispõe sobre a remoção órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. O art. 1º da lei ressalta que disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo é sempre gratuita e pode ser feita em vida ou depois da morte.

O art. 3º regula a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano depois da morte mediante diagnóstico de morte encefálica. O art. 4º, que depois de forte pressão popular foi modificado em 2001, pela lei 10.211, determina que esta retirada *post mortem* dependerá de autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até segundo grau inclusive.

Já o art. 9º regula a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins de tratamento e transplante. Permite que a pessoa juridicamente capaz doe órgãos duplos, partes de órgãos de tecidos ou de partes do corpo desde que isso não impeça o organismo do doador de continuar vivendo preservando a sua integridade física e mental. Neste caso a doação se faz mediante autorização por escrito do doador perante testemunhas.

Em qualquer hipótese não pode a retirada do tecido, órgão ou parte do corpo ter finalidade comercial ou econômica.

Acerca do art. 13 do Código Civil, importante enunciado é o de nº. 276, da IV Jornada de direito civil, que versa que “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Importante- conflito ético entre o médico e a disposição contida no art. 15, CC: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Se não houver tempo hábil para ouvir o paciente ou para tomar providências no sentido de autorização de parente, e se tratar de emergência que exige pronta intervenção médica, como na hipótese de parada cardíaca, por exemplo, terá o profissional a obrigação de realizar o tratamento, independentemente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido.

Ainda importante falar do art. 232 do Código Civil, que versa que “a recusa à perícia médica pode suprir a prova que se pretendia lograr com o exame frustrado”. Isso porque, em atenção ao princípio do respeito à personalidade humana, ninguém pode ser compelido a submeter-se a uma narcoanálise ou sujeitar-se a perícia hematológica.

- Proteção ao Nome

O nome é a forma de individualização da pessoa. Para a pessoa natural visa proteger a sua identidade, em regra imutável. No meio artístico e literário o nome é um patrimônio protegido pela Lei n. 9610/98 (art.12).

O nome é composto pelo prenome e pelo sobrenome, conforme a redação do art.16, CC. Como mencionado acima, de regra o nome é imutável, permitindo-se que em algumas hipóteses sofra alterações.

O parágrafo único do art. 55 da Lei n. 6015/73 ao tratar dos registros de nascimento dispõe que os oficiais do registro civil não registrarão

prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores e quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, ele deverá, independente de cobrança de quais emolumentos, submeter o caso por escrito à decisão judicial. Esta proibição comporta situações em que a combinação de prenome e sobrenome acarreta constrangimento ao portador.

Os artigos 56 e 57 possibilitam alteração do nome em casos excepcionais e de forma motivada, após oitiva do Ministério Público e decisão por sentença judicial. Nestes casos também poderá ser averbado junto à alteração do nome a sua abreviatura quando ela for usada como firma comercial registrada.

Também é permitida a modificação do prenome por apelidos públicos notórios, especialmente quando o prenome implicar em situação vexatória para seu portador.

Admite-se a retificação de falha ortográfica no nome mediante pedido do portador feito a qualquer tempo.

Quando realizada a adoção o filho adotivo passa a utilizar o sobrenome do adotante, podendo inclusive modificar o prenome a pedido do adotante ou mesmo do adotado.

A jurisprudência e a doutrina constituíram em favor do direito do transexual, a possibilidade de retificação do nome. Embora a base legal não seja específica, há a adoção do art. 58 da Lei n. 6015/73, modificado pela Lei n. 9708/98, que permite alterar o prenome o substituindo pelo apelido público notório. O STF, por meio dos julgados ADI 4.275 e RE 670.422, firmou a tese da desnecessidade de realização da cirurgia de alteração de sexo como condição para a alteração de nome.

Em razão do casamento qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome o do outro nubente. Já em caso de dissolução da sociedade conjugal (na separação judicial) o nubente que tiver seu sobrenome acrescido pelo sobrenome do outro nubente poderá requerer a retirada deste com a devida alteração do mesmo junto ao registro civil, o mesmo podendo fazer quando da realização do divórcio. Nestes dois

últimos casos o cônjuge poderá também manter o nome de casado, se assim desejar.

Também é admitida a alteração do nome por completo para salvar guardar aqueles que auxiliam a justiça no desmantelamento de quadrilhas e identificação de criminosos. A alteração pode abranger além do colaborador seus familiares, cônjuge, filhos e todos que possam sofrer ameaças. Depois de cessada a coação ou a ameaça pode o colaborador pedir judicialmente o retorno para a situação anterior com a alteração para o nome original.

Ainda o art. 63 da Lei dos Registros Públicos (LRP) prevê alteração compulsória de gêmeos ou irmãos de igual prenome, devendo eles serem registrados com prenomes duplos ou diferentes, de modo que possam ser individualizados.

Nome

É um dos direitos da personalidade, portanto extrapatrimonial. Possui todas as características e formas de proteções dos demais direitos da personalidade. É o sinal exterior mais visível da individualidade da pessoa, é através do nome que o ser humano é identificado dentro de sua família e no meio social.

Definição jurídica: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

Prenome?

Patronímico/sobrenome: art. 50, caput e 60 da LRP

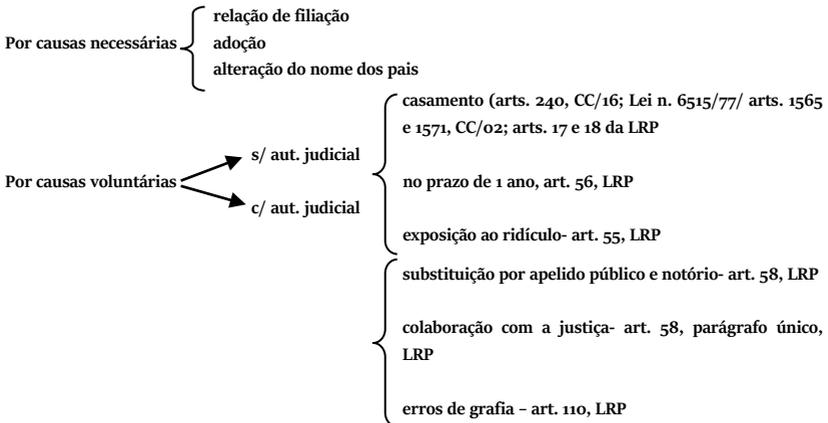
Apelido? como sinônimo de sobrenome ou como cognome

Agnome?

Axiônimos?

Codinome e pseudônimo? art. 19, CC e 12 da Lei 9610/98.

Alteração do nome



Os artigos 17 e 18 do CC dispõem sobre a proteção que a lei civil dá ao nome. De acordo com a redação do art. 17 o nome da pessoa, em nenhuma hipótese, pode ser empregado em publicações ou representações que a exponham a desprezo público, mesmo que não haja intenção de difamá-la. Já o art. 18 determina que sem a autorização da pessoa seu nome não poderá ser empregado em propagandas comerciais. A mesma proteção conferida ao nome abrange o pseudônimo ou codinome adotado para atividades lícitas desempenhadas por artistas, músicos, pintores, escritores.

Direitos da personalidade em espécie

a) **Direito à Vida**

*aborto

*eutanasia

{
ativa-sanicídio
passiva-ortotanásia

* direito a alimentos (inclusive gravídicos - Lei 11.804/2008).

b) **Direito à Integridade Física (incolumidade corpórea e intelectual)**

art. 15, CC

EMERGÊNCIA? - art. 146, parágrafo 3º, I, CP (não há crime de constrangimento ilegal).

Questão religiosa: qual direito deve prevalecer?

c) **Direito ao Corpo Humano**

*Vivo- art. 13, CC; art. 199, parágrafo 4º, CF/88; Lei 9434/97- art. 9º

TRANSEXUALISMO? vetado parágrafo 9º ao art. 129, CP

*Morto- art. 14, CC

direito à prova- necropsia e exumação

necessidade- transplantes- art. 3º e ss, Lei 9434/97

d) **Direito à Integridade Psíquica**

Direito à liberdade (civil, religiosa, política, de associação, sexual). ex: direito de ir e vir- art. 5º, XV, CF

Direito à liberdade de pensamento (foro íntimo, consciência e crença)- art. 5º, IV, e 220, ambos da CF

Direito às criações intelectuais- art. 5º XXVII, XXVIII e XXIX, CF. Moraes- art. 27, Lei 9610/98, direitos autorais patrimoniais- art. 49, Lei 9610/98.

Direito à privacidade- art. 5º, X, CF e 21, CC (Internet)

Direito ao segredo pessoal (correspondências, telefônico- Lei 9296/96), doméstico, profissional (arts. 150 e ss CP)

e) **Direito à Integridade Moral**

Honra- art. 5º, X, CF (arts. 138-140, CP)

Imagem- art. 20, CC; “cessão de uso”

5.8 Direitos da personalidade nas pessoas jurídicas

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu que a pessoa jurídica assim como a pessoa natural pode sofrer dano de natureza moral (Súmula 227, STJ). E nesse sentido o art. 52 do CC estende para a pessoa jurídica os mesmos direitos da personalidade gozados pela pessoa natural, obviamente naquilo que for pertinente a natureza diversa da pessoa jurídica.

Sujeito de direito: pessoa jurídica

6.1 Conceito de pessoa jurídica

A necessidade sugeriu uniões e instituições permanentes para a obtenção de fins comuns, desde as de raio de ação mais amplo, como o Estado, o Município, a Igreja, até as mais restritas, como as associações particulares.

No início, simples núcleos primitivos de produção, que se confundiam com a própria família, e posteriormente, com o florescer do desenvolvimento tecnológico, grandes e complexos conglomerados empresariais, impondo, inclusive, a necessidade de o Estado intervir na economia para coibir abusos. (GAGLEANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 242).

Surge assim, a necessidade de personalizar o grupo, para que possa proceder a uma unidade, participando do comércio jurídico, com individualidade.

Também conhecidas como pessoas morais, coletivas, abstratas, entre outras nomenclaturas, as pessoas jurídicas são conjuntos de pessoas, físicas ou naturais, ou bens reunidos pela vontade humana para a consecução de um fim comum e pré-estabelecido, sendo reconhecidas pela ordem jurídica como **sujeitos de direitos e de obrigações**.

Foram criadas teorias quanto à natureza jurídica das pessoas jurídicas, podendo dividir essas teorias em dois grupos:

- a) **Teorias negativistas:** Negam a existência da pessoa jurídica. Pode-se citar 3 (três) correntes negativistas. A primeira, defendida por Brinz e Bekker, versa que a pessoa jurídica é mero patrimônio destinado a um fim, sem personalidade. A segunda, defendida por Planiol e Wieland, versa que a pessoa jurídica é uma forma de condomínio ou propriedade coletiva, não seria sujeito de direitos, mas simples massa de bens objeto de propriedade comum. Por fim, a terceira, defendida por Bolze e Ihering, chamada Teoria da aparência, versa que a associação formada por um grupo de indivíduos não possuiria personalidade jurídica própria, pois os próprios associados (pessoas físicas) seriam considerados em conjunto. Há que se mencionar que estas teorias negativistas não prosperaram (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 244).
- b) **Teorias afirmativistas:** Estas, defendem a personalidade jurídica das pessoas jurídicas. Também podemos citar 3 (três). A primeira delas, a teoria da ficção, teve Savigny como principal defensor, não reconhece existência real da pessoa jurídica, afirmando ser mera abstração ou criação intelectual. A segunda, conhecida como teoria da realidade objetiva, defende ser a pessoa jurídica sujeito análogo a pessoa natural, constituindo-se de *corpus* (a coletividade ou conjunto de bens) e *animus* (a vontade do instituidor). A terceira, mais aceita, conhecida como teoria da realidade técnica, entende que a pessoa jurídica teria existência real, embora sua personalidade seja conferida pelo direito. A personificação seria uma construção da técnica jurídica. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 244).

6.2 Requisitos para a constituição da pessoa jurídica

a) **vontade humana criadora:** não basta a simples reunião de pessoas naturais para que surja uma pessoa desvinculada da vontade e da autonomia de seus próprios membros. É necessário um vínculo psíquico entre os que a constituem, ao qual chamamos de *affectio societatis*.

No momento em que se constitui este vínculo é **concebida** a pessoa jurídica, apesar de seu nascimento, com a aquisição da personalidade jurídica, depender da presença do elemento formal que é o registro.

Esta vontade tanto pode reunir pessoas com fins comuns como pode reunir ou destinar bens que se transformam em pessoa jurídica pela iniciativa de um instituidor e que procurarão atingir uma finalidade específica, como é o caso das fundações.

- b) observância de determinações legais:** não basta a vontade de unir-se para atingir uma finalidade estabelecida entre os membros, é também necessário que se cumpram determinadas exigências legais, como o registro público dos atos constitutivos da pessoa jurídica (no caso da pessoa jurídica de direito privado) exigido para atestar a existência legal destas pessoas- ver art. 45, do CC. Importante mencionar que algumas sociedades necessitam de autorização governamental para serem constituídas, a exemplo das companhias de seguro.
- c) finalidade lícita:** por fim, é indispensável que a pessoa jurídica em toda a sua existência, destine-se a fins lícitos. Caso se desvie de seus fins lícitos pode ter a sua personalidade jurídica cerceada ou mesmo encerrada.

6.3 Característica essencial da pessoa jurídica

A pessoa jurídica tem personalidade jurídica distinta da personalidade das pessoas naturais que a compõe ou da personalidade da pessoa natural que a instituiu. A pessoa jurídica seja ela uma fundação, uma sociedade ou uma associação é entidade que não se confunde com as pessoas que a constituem ou instituem, nem com as pessoas que são beneficiadas por sua atividade.

6.4 Início da personalidade jurídica e o registro da pessoa jurídica

A pessoa jurídica tem origem com a manifestação da vontade humana (seja ela para constituir a pessoa jurídica de direito público como para constituir a pessoa jurídica de direito privado). Especialmente as pessoas jurídicas de direito público valem-se da lei, seja a Constituição Federal, as Constituições Estaduais, as Leis Orgânicas municipais, ou leis que, por ex, instituem autarquias e fundações públicas.

Além da vontade humana, o início da personalidade jurídica da pessoa jurídica (seja feita por ato *inter vivo* – doação para constituição de fundação, por exemplo, ou *causa mortis* - criação de fundação por testamento) é marcado pelo registro de seus atos constitutivos. Em alguns casos também a lei exige que a pessoa jurídica seja previamente autorizada pelo Poder Executivo depois de verificada a sua regularidade legal (art. 45, CC).

O ato que constitui a pessoa jurídica é sempre escrito, e pode ser um escrito particular ou público, como o que se exige para a instituição de fundações. O art. 46 do CC dispõe sobre o registro da Pessoa Jurídica, conjuntamente com os artigos 114 e 115 da Lei n. 6015/73. Importante ressaltar que a constituição de sociedades mercantis, é sempre feita através de Registro na Junta Comercial de seu Estado correspondente. Já para as fundações, associações, sociedades civis, este registro é feito no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Ainda, importante mencionar o efeito do registro para as pessoas jurídicas, que é diverso para pessoas físicas. Enquanto para as pessoas físicas o registro é declaratório, vez que apenas declara a condição de pessoa, já adquirida no instante do nascimento com vida, entre as pessoas jurídicas, o registro é constitutivo, vez que a partir do registro a pessoa jurídica nasce, é constituída.

Também cabe mencionar que antes do registro, a sociedade é conhecida como sociedade irregular ou sociedade de fato, sendo os atos realizados nesta condição nulos, não sendo validados retroativamente, quando o registro for realizado. Porém, a irregularidade não impede a sociedade de obrigar-se perante terceiros, e a responsabilidade dos sócios, neste caso, é pessoal e ilimitada, nos termos do art. 990 CC.

Por fim, ainda importante versar acerca da necessidade, em algumas situações, de realizar registro em algum outro órgão, além do que constitui a empresa, para fins cadastrais ou de validade de atuação, como é o caso dos partidos políticos, que devem ser inscritos no TSE (§ 2º, art. 17 CF e art. 7º Lei 9.096/95), bem como dos Sindicatos, que devem comunicar a criação ao Ministério do Trabalho (art. 8º, Inciso I e II da CF).

6.5 Da Capacidade e da Representação das Pessoas Jurídicas

A capacidade da pessoa jurídica é limitada à finalidade para a qual foi criada. Dentro destes limites e decorrente da personalidade que a ordem jurídica lhe reconhece no momento de seu registro a pessoa jurí-

dica pode exercer todos os direitos subjetivos, de natureza patrimonial ou não. Assim, tem direitos:

- I. de personalidade como o direito ao nome, à marca, à liberdade, à imagem, à privacidade, à própria existência, ao segredo, a honra objetiva ou à boa reputação, podendo pleitear via judicial ação de reparação fundada em danos materiais e morais (art. 52, CC);
- II. reais, como de ser proprietária;
- III. obrigacionais, como de contratar, comprar, vender, alugar;
- IV. sucessórios, pois pode adquirir bens *causa mortis*.

Os direitos da pessoa jurídica são firmados em atos constitutivos. Estes direitos subsistem enquanto subsistirem os registros, terminando com o cancelamento das pessoas jurídicas, ato que só se dá após a sua liquidação.

Contudo a pessoa jurídica sofre algumas limitações relativas à sua própria natureza, pois como é óbvio, não podem praticar diretamente os atos da vida civil, devendo exercer as suas atividades através de pessoas físicas (artigos 47 e 48, CC). Assim, também lhes falta a titularidade para exercer direitos que são próprios dos homens, como os relativos ao parentesco, a família, ao casamento.

Com relação a representação os seres humanos são os representantes legais que exteriorizam a vontade da pessoa jurídica. Mas atenção: tanto a pessoa jurídica, quanto as pessoas naturais que as representam devem agir de acordo com os atos constitutivos da primeira, é o que determina o art. 47, CC.

Quando os administradores da pessoa jurídica ou seus representantes, agirem com excesso de poder ou em desvio dos poderes conferidos pelo ato constitutivo devem responder pessoalmente com o seu patrimônio. Conforme o texto do art. 48 do CC caso a pessoa jurídica tiver administração coletiva, de regra, ou seja, se o ato constitutivo não dispuser de modo diverso, as suas decisões serão tomadas por maioria dos votos dos presentes na assembleia designada para a votação, sendo de três anos o prazo decadencial para anular a decisão que viole lei ou ato constitutivo, ou que seja eivada de erro, dolo, simulação ou fraude.

Desta forma, a representação da pessoa jurídica pode ser feita pelos seus administradores individualmente ou de maneira coletiva (administração coletiva) sendo as decisões tomadas pela maioria dos votos dos presentes (maioria simples, metade mais um), a não ser que o ato constitutivo disponha de maneira diversa. Mas veja: TUDO ESTÁ FIXADO NO ATO CONSTITUTIVO!!! Inclusive é no ato constitutivo da pessoa jurídica que estão fixados os seus representantes ou a forma de escolha destes, por isso que o art. 49 do CC determina que se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento dos interessados, nomeará um administrador, dentre os sócios idôneos, ou se não houver sócio apto um estranho. Ele administrará a pessoa jurídica provisoriamente. (DINIZ, 2018, p. 326).

Não se deve confundir a incapacidade da pessoa jurídica como sua necessidade de representação. A pessoa jurídica não é incapaz por não poder por si só praticar atos da vida civil. É a sua própria natureza que exige que seja apresentada por uma ou mais pessoas naturais.

Na verdade a pessoa natural em relação a pessoa jurídica é uma intermediária. Não prevalece a vontade da pessoa natural, mas sempre a vontade da pessoa jurídica, fixada em seu ato constitutivo, contrato ou estatuto. Assim, as duas vontades não se confundem, uma é a do diretor, presidente da pessoa jurídica, enquanto pessoa natural e outra é a do diretor, presidente da pessoa jurídica na função de seu representante, vontade, esta última firmada no ato que constitui a sociedade ou associação.

O art. 75 do Código de Processo Civil (CPC) dispõe sobre a representação em juízo ativa e passivamente das pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica tem capacidade para exercer todos os direitos compatíveis com a natureza especial de sua personalidade.

6.6 Transformação da pessoa jurídica

A transformação da pessoa jurídica (independe da extinção ou dissolução da pessoa jurídica- 1113, CC) é diferente de sua alteração. A alteração é mais branda, promovendo mudanças em cláusulas do estatuto-

to ou contrato social. Já a transformação é mais brusca, dependendo de consentimento unânime dos sócios ou de previsão estatutária. São formas de transformação a fusão, a incorporação e a cisão. Além dessas também se considera transformação a modificação do tipo de responsabilidade dos sócios em relação ao capital social, assim, por exemplo, há transformação quando os sócios passam de solidariamente responsáveis pelo capital social para subsidiariamente responsáveis.

**Fusão*: quando duas ou mais entidades perdem a sua personalidade autônoma para formarem uma pessoa jurídica diversa- art. 1119, CC;

**Incorporação*: quando uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações- art. 1116, CC

**Cisão*: podendo ser total ou parcial, ocorre quando a sociedade transfere parte de seu patrimônio para outra sociedade já existente ou constituída para este fim.

6.7 Extinção da pessoa jurídica

A extinção da pessoa jurídica pode se dar por variadas razões: (art. 1033, CC).

*dissolução convencional: a vontade que pode criar o entre pode decidir extingui-lo;

*decisão legal: quando a pessoa jurídica passa a praticar ato contrário a lei e aos bons costumes.

*decisão administrativa: por cassação de autorização para funcionamento.

*dissolução da sociedade pelo implemento de condição ou termo final: para pessoas jurídicas destinadas ao exercício de uma atividade específica de curta duração.

*dissolução judicial.

De acordo com o art. 1033 do CC, dissolve-se a sociedade quando (BRASIL, 2002):

- a) Pelo decurso do prazo de sua duração- art. 69, CC
- b) Pela dissolução deliberada e de forma unânime entre os seus membros, ressalvados os direitos de terceiros, que embora não possam impedir a dissolução, podem defender-se contra lesões decorrentes da deliberação extintiva.

- c) Pela deliberação por maioria absoluta dos sócios na sociedade por prazo indeterminado;
- d) Pela falta de pluralidade de sócios, se a sociedade simples não for reconstituída em 180 dias.
- e) Por determinação legal (implemento de condição ou termo).
- f) Por ato do governo que retira a autorização de funcionamento.
- g) Por dissolução judicial, quando, por exemplo, exaurido o fim social.
- h) Por morte de sócio

Estas razões põe fim à pessoa jurídica, porém se houverem bens de seu patrimônio e dívidas por ela contraídas, deverá continuar extinto para que seja liquidada- art. 51, CC. Sua dissolução deve ser averbada no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, para que o ato seja devidamente publicizado. É a averbação da dissolução depois de realizada a liquidação da pessoa jurídica que põe fim a sua personalidade e encerra as suas atividades perante terceiros.

O cancelamento do registro produz efeitos *ex nunc*, mantendo-se os atos negociais por ela praticados até o instante de seu desaparecimento, respeitando-se direitos de terceiros.

6.8 Desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica

Como se viu acima, entre os requisitos para a constituição das pessoas jurídicas está a licitude de seus fins e como característica essencial à pessoa jurídica goza de personalidade jurídica distinta de seus membros, assim, a regra é que o patrimônio da pessoa jurídica seja separado do patrimônio das pessoas naturais que dela fazem parte.

O juiz pode **decretar a suspensão episódica**, ou seja, naquela ocasião e por causa daquele fato, do ato constitutivo da pessoa jurídica, retirando momentânea e excepcionalmente sua autonomia patrimonial, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, possibilitando com isso que o patrimônio particular dos sócios seja utilizado para a satisfação das dívidas contraídas com o intuito fraudulento e resguardando os direitos de terceiros prejudicados.

O CC no art. 50 dispõe que em caso de abuso de personalidade, seja por desvio de finalidade, seja por confusão patrimonial o juiz pode, a requerimento dos interessados ou do MP, quando lhe couber intervir no processo, decretar a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica.

Igualmente o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê em seu art. 28 a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica quando nas relações de consumo houver em detrimento do consumidor abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como quando ocorrer falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica motivado pela má administração. Esta teoria, presente no CDC é conhecida como Teoria Menor da Desconsideração, enquanto a desconsideração prevista no art. 50 do CC, é conhecida como Teoria Maior da Desconsideração.

É DIFERENTE DE DESPERSONALIZAÇÃO: cumpre distinguir, porém, a desconsideração da despersonalização da personalidade jurídica da pessoa jurídica, enquanto a despersonalização significa a dissolução da pessoa jurídica, na desconsideração, a personalidade jurídica da pessoa jurídica não deixa de existir apenas é afastada de forma provisória e tão somente para o caso concreto. (GONÇALVES, 2016, p. 258).

O trâmite processual para requerimento do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” está previsto nos artigos 133 e seguintes do CPC. Cabe mencionar ainda, que existe a chamada “Desconsideração inversa da personalidade Jurídica”, que, embora não prevista expressamente pelo legislador, pode ser aplicada nos casos em que o sujeito oculta patrimônio próprio na sociedade, para prejudicar terceiros.

6.9 Classificação da Pessoa Jurídica

* *Quanto a nacionalidade*:¹ podem ser nacionais ou estrangeiras. A nacionalidade é definida em razão da subordinação à ordem jurídica que lhes confere personalidade

¹ Predomina para a definição da nacionalidade da pessoa jurídica o lugar de sua constituição, não se considerando para estes fins a nacionalidade de seus membros ou o lugar da sede de seus negócios..

e não pela nacionalidade de seus membros. A nacional é organizada conforme a lei brasileira e tem no Brasil a sede de sua administração (artigos 1126 a 1130, CC). Já a sociedade estrangeira de acordo com o texto expresso do art. 1134, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no país, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira. Ver também art. 1137 (sujeição à lei e aos Tribunais Brasileiros); art. 1138 (necessidade de representante brasileiro), art. 1139 (modificações no contrato ou estatuto), art. 1141 (nacionalização).

**Quanto a estrutura interna:*

Universitas personarum -associações e sociedades- interesses e patrimônio dos sócios; podem alterar livremente a sua destinação.

Universitas bonorum- fundações (patrimônio destacado de seu instituidor)- interesse do instituidor que pode ser PN ou PJ. E em regra a finalidade é imutável, destinada a educação, pesquisa, filantropia. Patrimônio é elemento essencial.

**Quanto as funções e capacidades:* são pessoas jurídicas de direito público (interno e externo) e de direito privado (art. 40 do CC).

Prescreve ainda o parágrafo único do art. 41 do CC², que salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, que tenham estrutura de direito privado como as empresas públicas e sociedades de economia mista regem-se, quanto ao seu funcionamento, pelas normas do CC.

6.10 Pessoas jurídicas de direito privado em espécie

* *Fundações particulares* (artigos 62-69, CC): As fundações particulares são acervos de bens personificados (não basta a destinação dos bens é necessário o ato de personificação) que recebe da lei a capacidade jurídica para realizar as finalidades pretendidas pelo seu instituidor, em atenção aos seus estatutos e desde que respeitado o disposto no parágrafo único do art. 62 do CC (este parágrafo deve merecer uma interpretação

² Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

~~IV - as autarquias;~~

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

extensiva, apenas excluindo de seu alcance aquelas atividades religiosas, culturais, morais e assistenciais que tenham fins lucrativos).

Características:

1. a pluralidade de pessoas naturais aqui é dispensável;
2. o patrimônio é elemento essencial;
3. as finalidades, em regra, são imutáveis;
4. os administradores não são sócios;
5. é regido por estatuto e fiscalizada pelo MP.

Os bens da fundação devem ser livres e desembaraçados, uma vez que qualquer ônus sobre eles colocaria em risco a existência e os objetivos da entidade. Estes bens, de regra, também são inalienáveis, podendo em certos casos, comprovada a necessidade da venda, ser ela autorizada pelo magistrado desde que previamente ouvido o MP, aplicando-se o produto da alienação na própria fundação ou na consecução de seus fins. Portanto, a alienação sem autorização judicial é nula.

Quando os bens forem insuficientes para a constituição da fundação dispõe o art. 63 do CC que sejam incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante, atendendo, se houver, a vontade do instituidor.

O instituidor pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica.

No caso de fundações privadas a sua fiscalização, desde o momento de sua constituição até o momento de sua extinção, é feita pelo MP, conforme o que determina o art. 66 do CC.

Sobre alterações no estatuto: ver artigos 67 e 68 do CC.

No que diz respeito a extinção das fundações o art. 69, do CC determina que em relação aos bens remanescentes deve-se, em primeiro lugar, observar a vontade do instituidor, no caso de impossibilidade de manifestação desta, recorre-se ao que dispõe o estatuto. Caso o estatuto seja omissivo o patrimônio será incorporado a outra fundação com finalidades iguais ou semelhantes, opinando o MP e decidindo o juiz. Não havendo esta fundação com finalidades semelhantes os bens devem ser

declarados vagos e destinados ao Estado. Verificar art. 765 do CPC³, que trata da extinção da fundação.

* Associações civis (artigos 53- 61, CC e ver também art. 5º, XVII, da CF/88)

A associação é um conjunto de pessoas que se une visando fins e interesses comuns (art. 53 do CC). Estes fins podem ser alterados pelos associados, que deliberam livremente através de seus órgãos dirigentes.

As associações não têm fins lucrativos, embora possam ter patrimônio, formado pela contribuição de membros ou doações de terceiros (a forma de constituição do patrimônio deve estar fixada no estatuto). Também nada impede que a associação promova atividades ou realize negócios para manter ou aumentar seu patrimônio, sem que isto proporcione, é claro, ganho aos associados.

Podem ter, segundo Maria Helena Diniz (2018, p. 288), finalidade:

a) altruística, por ex, uma associação beneficente; b) egoística, como uma associação esportiva, recreativa, literária; e c) econômica, mas não lucrativa, como ocorre com a associações de auxílio mútuo.

O ato constitutivo de uma associação CHAMA-SE ESTATUTO e fixa as cláusulas vinculantes para os associados, devendo conter, sob pena de nulidade, os elementos elencados no art. 54 do CC.

Atenção: as associações não devem adotar qualquer das formas mercantis, visto que não tem fim especulativo.

As associações passam a ter existência legal com o assento de seu estatuto, por instrumento público ou particular, uma vez satisfeitos os requisitos legais, o objeto lícito e a regularidade na sua organização. Há casos em que além do registro a associação para ser tida como pessoa

³ Art. 765. Qualquer interessado ou o Ministério Público promoverá em juízo a extinção da fundação quando:

I - se tornar ilícito o seu objeto;

II - for impossível a sua manutenção;

III - vencer o prazo de sua existência.

jurídica deve ter regular autorização federal para o seu funcionamento, e esta autorização deve também ser registrada. Sem o registro, nos dois casos, será considerada uma sociedade irregular.

O art. 53, parágrafo único, determina os limites das ligações e responsabilidades entre os sócios e entre estes e a sociedade. Dispõe que cada um dos sócios constitui uma individualidade e a associação outra. Cada um tem os seus direitos, deveres e bens separados, mas atenção para o que dispõe o art. 50 do CC, sobre responsabilidade e abuso da personalidade jurídica, acima analisado.

O estatuto deve definir a natureza e os requisitos dos associados, por exemplo, uma qualificação profissional específica para o ingresso na associação. A princípio o vínculo associativo deve ser visto sob o prisma da oportunidade e conveniência, mas eventuais discussões devem ser resolvidas perante o Poder Judiciário.

O art. 55 fala dos direitos dos associados, que devem receber tratamento igualitário, podendo o estatuto atribuir vantagens especiais a algumas categorias. Estas “vantagens” devem ser observadas nos casos concretos.

O art. 56 determina que em regra a qualidade de sócio é intransmissível por sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*. Cabe ao estatuto regular a possibilidade de sucessão, com a transferência do “título”, com a possibilidade de pagamento prévio da “jóia” (ver art. 56, parágrafo único).

O art. 57 dispõe sobre a exclusão de sócio. A exclusão não se confunde com a demissão. A demissão decorre da iniciativa do próprio interessado, por sua oportunidade e conveniência. A exclusão é uma penalidade e apenas pode ocorrer se for dado ao associado direito de ampla defesa. São razões para a exclusão a conduta incompatível ou anti-social, a mora ou inadimplemento do sócio em relação as suas contribuições sociais.

O modo de constituição da associação diz respeito a início de suas atividades. A entidade poderá ter vários órgãos deliberativos e administrativos, como um conselho fiscal, de administração, patrimonial. No

entanto, alguns órgãos são essenciais e tem papel determinado em lei, como é o caso da assembléia geral (poder legislativo da associação) com atribuições fixadas no art. 59 do CC. Atenção para o *quorum* exigido.

O poder executivo da associação é exercido por um diretor ou diretoria, podendo ser criados órgãos auxiliares. Atenção: somente a eleição direta, com participação ampla do quadro social, poderá eleger os diretores.

Finalmente, o art. 61 dispõe sobre a dissolução das associações e o destino do patrimônio remanescente.

* Sociedades (simples e as empresárias): as sociedades sempre têm fins lucrativos. Podem ser simples ou empresárias. As sociedades empresárias, além de visarem o lucro mediante exercício de atividade mercantil⁴, podem assumir as seguintes formas: sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade por ações.

Por outro lado, será simples a sociedade que não exercer atividade empresarial, mesmo que adote qualquer das formas empresariais (art. 983, CC), exceto a anônima e por ações, que são próprias da sociedade empresária.

Nas sociedades simples os sócios devem convencionar se respondem ou não subsidiariamente, solidária ou ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Quanto ao registro, importante mencionar que as sociedades simples, serão registradas no Cartório de Registro Civil de Pessoa Jurídica, e as sociedades empresárias, no Registro Público de Empresas Mercantis (junta comercial).

No mais, utilizam, naquilo que for pertinente, as disposições do Código relativas às associações.

* Organizações religiosas e partidos políticos: para alguns doutrinadores a menção expressa no rol do art. 44 do CC das organizações religiosas e dos partidos políticos faz com que ambos recebam nova conformação jurídica.

⁴ Atividade mercantil é a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, próprias de empresário e sujeitas ao registro conforme estabelecido nos arts. 967 e 982 do CC.

Como relação às organizações religiosas o parágrafo 1º do art. 44, seguindo orientação constitucional⁵, destaca que é livre, a organização, a estruturação e o funcionamento das organizações religiosas, estando vedado ao poder público negar o reconhecimento e registro de seus atos constitutivos. De qualquer forma, em regra, as organizações religiosas são tratadas pela doutrina como associações.

Já os partidos políticos, que devem respeitar as disposições fixadas em lei específica⁶, mas perante a lei civil são considerados associações civis adquirindo personalidade jurídica própria com o registro de seus estatutos no registro civil de pessoas jurídicas da capital federal mediante requerimento ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

** Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI:* A lei 12.441/2011 consagrou a possibilidade de criação de pessoa jurídica constituída por apenas uma pessoa natural, sem a necessidade de conjugação de vontades, a fim de suprir antiga reivindicação e evitar a constituição artificial de pessoas jurídicas.

Com a EIRELI, uma única pessoa natural pode, sem precisar formar sociedade com ninguém, constituir uma pessoa jurídica com responsabilidade limitada ao capital integralizado. O detalhe é que este capital, deverá ser, nos termos do art. 980-A do CC⁷ de pelo menos 100 salários mínimos.

6.11 Grupos sem personalidade jurídica

Falta-lhes o elemento essencial à constituição de uma pessoa jurídica, ou seja, a vontade comum, a *afecctio societatis*. Como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 255),

⁵ Ver art. 5º, VI-VIII, CF/88.

⁶ Por exemplo art. 5º, XVI-XXI, CF/88.

⁷ Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. ([Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011](#)).

são entes que se formam independentemente da vontade de seus membros ou em virtude de um ato jurídico que vincula as pessoas físicas em torno de bens que lhes suscitam interesses, sem lhes traduzir *affectio societatis*.

Alguns exemplos de grupos sem personalidade jurídica:

* Massa falida - tem existência no mundo jurídico após a sentença que declara a falência. Substitui o falido. E é representada processualmente por um síndico (ver art. 75, V, CPC).

* Herança jacente e herança vacante - definidas, respectivamente, nos arts. 1819 e 1820 do CC, representadas processualmente pelo seu curador (ver art. 75, VI, CPC).

* Espólio- conjunto de direitos e deveres do falecido. Subsiste até que seja efetuada a divisão da herança em quinhões hereditários. É representado processualmente pelo inventariante (ver art. 75, VII, do CPC).

* Sociedades de fato ou irregulares- são pessoas jurídicas que ainda não efetuaram o registro de seus atos constitutivos (ver art. 986, CC). São representadas processualmente pela pessoa a quem couber a administração de seus bens, conforme dispõe o art. 75, IX do CPC. Na verdade os sócios respondem, em princípio de maneira ilimitada e solidária pelas obrigações assumidas pela sociedade. Feito o registro se regularizam e ganham personalidade jurídica. Este registro tem efeito *ex nunc*.

* Condomínio- representado processual pelo síndico (ver art. 75, XI CPC).

6.12 Responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica de direito privado

Tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica são responsáveis na esfera civil por seus atos cometidos. Esta responsabilidade no campo do direito privado pode ser contratual ou extracontratual.

No que tange a responsabilidade civil derivada de contrato, ou seja, aquela que tem por fato gerador um contrato, um acordo de vontades, tem aplicação o art. 389 do CC (inadimplemento das obrigações).

Quanto a responsabilidade não tem por fato gerador o contrato, sendo assim denominada responsabilidade extracontratual o fundamento jurídico está contido no art. 927 do CC no tocante as associações sem

intuito lucrativo. Já para as sociedades a matéria vem disciplinada nos arts. 932 e 933.

Apenas para diferenciar: a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público (matéria que será objeto de estudo do direito administrativo) está prevista no art. 43 do CC e no art. 37, parágrafo 6º da CF/88, e fundamenta-se, regra geral, na teoria do risco administrativo, apesar de comportar situações, excepcionais, de risco integral, como é o caso de dano derivado da utilização de energia nuclear.

Como assevera Venosa (2007, p. 238) “a responsabilidade é sempre ligada ao conceito de obrigação; resulta do comportamento do homem, omissivo ou comissivo, que tenha causado modificação nas relações jurídicas com seu semelhante, com conteúdo patrimonial” Prossegue o autor fazendo a distinção didática entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual:

se, por um ato do agente, há prejuízo resultante de infringência de contrato entre as partes, estaremos diante da responsabilidade contratual. se não há vínculo contratual entre o causador do dano e o prejudicado, a responsabilidade é extracontratual. [...] O conceito gravita em torno da reparação de um prejuízo, que pode derivar de um contrato ou não. (VENOSA, 2007, p. 238).

São requisitos necessários para a averiguação da responsabilidade: o dano, que pode ser direto ou indireto; a culpa, dolo, ou simples fato; e o nexo de causalidade entre o dano causado e a ação do causador do prejuízo.

Classificação da responsabilidade:

*responsabilidade direta e indireta: por responsabilidade direta entende-se aquela que é causada diretamente pelo autor do ato lesivo; já a responsabilidade indireta é aquela que deriva de ato praticado por terceiro representante ou mandatário.

*responsabilidade objetiva e subjetiva: a responsabilidade objetiva resulta somente da conjugação dos elementos fato danoso e nexo causal, sem que seja necessária a demonstração do mínimo culpa. Essa modalidade de responsabilidade está fundada na teoria do risco, ou seja, a responsabilidade de indenizar surge apenas porque o

agente desempenha determinada atividade, assumindo, perante terceiros, de forma incondicional os riscos derivados do exercício dessa mesma atividade.

Já a responsabilidade subjetiva conta para a sua configuração com a presença dos três elementos que compõe a responsabilidade: dano, culpa (no mínimo) e nexó de causalidade.

Por outro lado, não se pode esquecer que o dano experimentado pela vítima pode ser de duas naturezas: patrimonial (material) ou moral. e que a responsabilização na esfera cível não afasta a responsabilização e punição na esfera criminal.

Apenas a título de curiosidade, vale destacar que o art. 3º da Lei 9.605/98 prevê imputabilidade criminal também para as pessoas jurídicas, no caso em que a atividade lesiva ao meio ambiente seja cometida por decisão de seus representantes legais, ou contratuais, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou em benefício da entidade, não excluindo a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do fato delituoso:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Domicílio da pessoa natural e da pessoa jurídica

7.1 Conceito de domicílio

“É a sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica habitualmente seus atos e negócios jurídicos.” (DINIZ, 2018, p. 260). Este conceito, desde que feitos os devidos ajustes, pode ser aplicado tanto para o domicílio da pessoa natural, como para o domicílio da pessoa jurídica.

7.2 Importância e Finalidade

O domicílio é instituto jurídico indispensável à estabilidade e garantia das relações jurídicas uma vez que são as regras a ele relativas responsáveis por fixar com segurança o local onde o sujeito de direito está ou pode ser encontrado (deve estar ou se presume estar).

Em termos de direito civil material o indivíduo dotado de direitos e deveres os exerce e por eles é responsabilizado em qualquer espaço geográfico, mas a execução judicial (para o direito processual) de seus deveres só pode ser realizada no domicílio do sujeito.

Assim, o domicílio fixa a regra geral de competência, determinando o órgão jurisdicional no qual o indivíduo deve ser demandado. Por exemplo, o art. 46 do CPC determina que a “ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu” e o art. 50 do mesmo Código prossegue com regras envolvendo a importância e a finalidade do domi-

cílio, diz: “a ação em que o incapaz for réu se processará no foro do domicílio de seu representante ou assistente”.

7.3 Domicílio da pessoa natural

Quando se trata de pessoa natural convém distinguir o domicílio da sua residência, bem como de sua habitação.

Por local de habitação tem-se aquele em que a pessoa permanece, acidentalmente, sem ânimo de ficar. Ex.: hospedagem em hotel, casa de praia alugada para o veraneio.

Por residência compreende-se o local em que habita, de maneira regular (com intenção de ali permanecer), mesmo que dele se ausente transitoriamente, como para uma viagem de férias.

Já o domicílio, que é um conceito jurídico, é considerado o local em que a pessoa responde por seus negócios e atos jurídicos, por isso que o conceito de domicílio se confunde com sede jurídica da pessoa, seja natural ou pessoa jurídica. Para a pessoa natural, o art. 70 do CC indica que o domicílio **é o lugar onde ela estabelece a sua residência-** critério objetivo- **com ânimo definitivo** – critério subjetivo- (o CC define o domicílio da pessoa natural tendo por parâmetro a residência da pessoa). É onde se pode regularmente encontrar a pessoa, onde provavelmente ela celebrará negócios jurídicos, onde responderá por suas obrigações, e de onde poderá reclamar a tutela do Estado, propondo ações judiciais (por exemplo, o lugar do pagamento no direito das obrigações é, em regra, o do domicílio do devedor - ver art. 327, CC).

Também, para atender uma realidade das sociedades complexas, o CC adota o princípio da unidade domiciliar equiparando a domicílio ao local onde a pessoa natural exerce a sua profissão. Assim, o art. 72 do CC afirma que “é também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes a profissão, o lugar onde esta é exercida”. E acrescenta que se a pessoa exercer atividades laborais em lugares distintos qualquer deles pode ser considerado domicílio para as relações que lhe correspon-

derem (por exemplo, um advogado que tenha escritórios em três cidades vizinhas e que atenda alternadamente nos dias da semana em cada um destes escritórios).

No mesmo sentido o art. 71 dispõe que se a pessoa natural tiver diversas residências (caso de artistas de televisão, cantores, grandes empresários), onde, alternadamente viva, será considerado domicílio qualquer uma destas residências. Por exemplo, ao interpor uma ação contra pessoa que tenha mais de uma residência ou mais de um centro de ocupação habitual, esta ação pode ser interposta em qualquer um destes locais à escolha do autor da ação¹.

Ainda pode-se falar em um domicílio aparente ou ocasional para aquelas pessoas naturais que não tem residência habitual. O art. 73 do CC explica que quando a pessoa natural não tiver residência habitual (circense, cigano) será considerado domicílio o lugar onde for encontrada.

7.4 Classificação do domicílio da pessoa natural

7.4.1 Legal: quando estabelecido por lei, como:

- a) do recém-nascido: domicílio dos pais;
- b) do incapaz: domicílio de seu representante legal- art. 76, CC
- c) do itinerante- o lugar em que for encontrado- art. 73, CC; art. 7º, parágrafo 8 da LICC;
- d) do cônjuge-domicílio do casal
- e) do servidor público- lugar onde exerce sua função- art. 76, parágrafo único, CC
- f) do militar- do exército onde serve, da marinha e da aeronáutica a sede de seu comando.—art. 76, parágrafo único, CC
- g) dos oficiais e tripulantes da marinha mercante, o lugar onde estiver matriculado o navio- art. 76, parágrafo único, CC.
- h) do agente diplomático do Brasil quando citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser

¹ Nesse sentido ver também pluralidade de réus- art. 46, parágrafo 4º, CPC: Havendo 2 (dois) ou mais réus com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

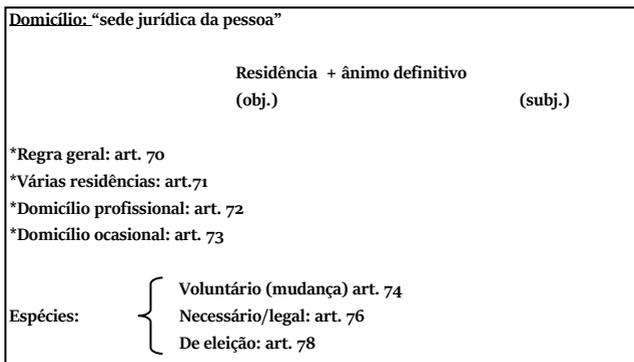
demanda no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde esteve, art. 77, CC.

7.4.2 Voluntário: quando escolhido livremente.

Será *geral* quando fixado pela vontade e *especial* quando derivar de contrato- cláusula de eleição de foro (art. 78, CC). Ver artigo 54, e artigo 93 e seguintes do CDC.

7.5 Perda e modificação do domicílio

Perde-se o domicílio pela MUDANÇA, que é transferência do domicílio com intenção manifesta de mudar (art.74, caput, CC); POR DETERMINAÇÃO DE LEI, nas hipóteses de domicílio legal; e por CONTRATO diante do foro de eleição.



7.6 Domicílio da pessoa jurídica

Também para a pessoa jurídica o domicílio é sua sede jurídica, mas como não possui residência sua sede jurídica passa a ser o local onde exerce as suas atividades habituais, de governo, de administração ou de direção. Os incisos I, II, III do art. 75 dispõem que quanto às pessoas jurídicas de direito público o domicílio é:

1. da União- o Distrito Federal;
2. dos Estados- as respectivas capitais
3. dos municípios- o local onde funciona a sua administração.

Assim, para as pessoas jurídicas de direito público o domicílio é a sede de seu governo (ver artigos. 51 e 52 CPC e art. 109, parágrafos 1º a 4º da Constituição Federal).

Às autarquias, que são entes descentralizados criados por lei, aplica-se as normas sobre o domicílio da pessoa jurídica de direito público interno, do qual são desmembradas.

O art. 75, IV, do CC determina o domicílio das pessoas jurídicas de direito privado (ainda que estejam a serviço do Estado) dispondo que elas têm por domicílio o lugar onde funcionar a sua diretoria e administração ou aquele eleito pelos estatutos ou atos constitutivos, chamado domicílio especial.

Determina ainda no parágrafo primeiro do art. 75 que tendo a pessoa jurídica de direito privado diversos estabelecimentos (filiais, escritórios de representação, departamentos) em lugares distintos (comarcas distintas), poderão ser demandadas no foro em que tiverem praticado o ato, ou seja, em qualquer um dos locais onde houver um estabelecimento, a fim de beneficiar os indivíduos que com ela contratarem.

Empresas estrangeiras com filiais, sucursais, departamentos, estabelecimentos no território nacional serão demandadas nestes locais referidos. Porém, se a sede da administração se encontrar no estrangeiro, será considerado domicílio o lugar do estabelecimento situado no Brasil, onde as obrigações foram contraídas por qualquer uma das partes- art. 75, parágrafo 2º do CC.

Domicílio: “sede jurídica da pessoa”

*regra geral: art. 75

*diversos estabelecimentos: art. 75, par. 1º

Os bens jurídicos

8.1 Conceito de bens

Os bens são coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem ser objeto de uma relação jurídica. A ideia de bens surge da sua necessidade/utilidade e do fato de serem esgotáveis, limitados. Assim, coisas inesgotáveis, como o ar que se respira,

não são consideradas bens jurídicos. Também para a sua definição é elemento essencial a possibilidade de apropriação, dando origem a um vínculo jurídico entre pessoa e bem jurídico conhecido como DOMÍNIO.

É tudo aquilo que pode proporcionar utilidade (TEM VALOR) ao homem e que é suscetível de apropriação.
--

8.2 Conceito de Patrimônio

É a representação econômica da pessoa ou o conjunto das relações jurídicas (direitos e obrigações de crédito e débito) valoráveis de uma pessoa. Pode ser líquido quando do conjunto de bens e créditos são deduzidos os débitos ou bruto, quando compreende o conjunto de relações jurídicas sem esta dedução, ou seja, patrimônio ativo (conjunto de direitos) mais patrimônio passivo (conjunto de obrigações).

Importante: o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, constituindo-se na garantia geral de todos os seus credores, conforme menciona o art. 391 do CC: “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”
--

O conceito moderno de patrimônio - **patrimônio jurídico** - compreende tanto direitos avaliáveis pecuniariamente (direitos reais e obrigacionais), como direitos extrapatrimoniais, ou seja, os direitos de família e os direitos da personalidade.

8.3 Classificação geral dos bens jurídicos

Bens jurídicos não econômicos: insuscetíveis de avaliação econômica. Exemplos: vida, nome, moral, honra.

Bens jurídicos econômicos: suscetíveis de avaliação econômica. Compõem o patrimônio de alguém. Exemplos: crédito, imóvel, automóvel.

Bens jurídicos econômicos materiais (ou tangíveis ou corpóreos): são as coisas materiais em geral, que tem existência física. Exemplos: imóvel, livros.

Bens jurídicos econômicos imateriais (ou intangíveis ou incorpóreos): são aqueles que não têm existência física. Sua existência decorre da lei. Exemplos: direitos (crédito, reais), direitos autorais, marcas, nome comercial, fundo de comércio, propriedade industrial.

Divisão dos bens no direito romano:

* **res Mancipi** – coisas cuja transferência de propriedade exigia um modo ou processo solene (mancipação), como as terras, as servidões, as casas, os escravos, os animais de carga e tração;

* **res nec Mancipi** – coisas que não demandam formalismo para sua transferência, apenas a entrega ou tradição, como dinheiro, móveis, gado de pequeno porte, aves domésticas, etc.

8.4 Características dos bens jurídicos

Entre as características principais dos bens jurídicos estão as seguintes:

- a) são dotados de apreciação econômica, ou seja, dotados de capacidade para constituir patrimônio de uma pessoa;
- b) caracterizam-se pela gestão econômica autônoma, isto é, tem valor econômico próprio; e

c) são capazes de subordinar-se ao domínio humana, gerando a possibilidade de apropriação.

Atenção:

Conforme sua natureza, os bens submeter-se-ão a regimes jurídicos (conjunto de regras aplicáveis) diferentes. Exemplos:

Locação	Empréstimo	Garantia
Bem móvel: Código Civil	Bem fungível: mútuo	Imóvel: hipoteca
Bem móvel: Lei 8.245/91	Bem infungível: comodato	Móvel: penhor

8.5 Critérios adotados pelo legislador pátrio para a classificação dos bens jurídicos

- bens considerados em si mesmos (artigos 79-91, CC): classificação que leva em conta os bens em si mesmos, sua mobilidade, fungibilidade, consumibilidade, divisibilidade, materialidade, sem qualquer relação com outros bens ou com o titular de seu domínio;
- bens reciprocamente considerados, levando em consideração a relação entre os bens principal e acessório (artigos 92-97, CC);
- bens em relação ao seu titular, titular do domínio (bens públicos e privados) artigos 98-103, CC.
- bens quanto a possibilidade de serem comercializados;

8.5.1 Dos bens considerados em si mesmos

* *bens corpóreos e incorpóreos*: bens corpóreos são os objetos do direito, coisas com existência material, casa, cavalo, mesa. Já os bens incorpóreos são os direitos e prestações (fazer, não-fazer, dar) relativos a pessoa, seja natural ou jurídica, como os direitos autorais, ou o direito de propriedade.

* *bens móveis e bens imóveis*: bens móveis são definidos pelo art. 82 do CC como aqueles que podem ser transportados de um lugar para outro por força própria (semoventes) ou estranha (móveis propriamente ditos), sem prejuízo de sua substância, ou destinação econômico-social. Os bens imóveis, a contrário senso, são aqueles que não podem ser removidos de um lugar para outros sem alteração de sua substância ou destinação econômico-social. Os bens incorpóreos ora podem ser móveis ou imóveis, respectivamente denominados de bens mobiliários e imobiliários, conforme a natureza da coisa ou critério do legislador.

A distinção entre bens móveis e imóveis é relevante perante o direito em razão de diversas causas como: a aquisição da propriedade imóvel se dá pelo registro do título, por acessão, usucapião e direito hereditário, enquanto a propriedade móvel se adquire pela tradição, usucapião, especificação, achado de tesouro, confusão, comissão e adjunção; a outorga uxória apenas é exigida para a alienação, hipoteca ou gravação com ônus real de bens imóveis pertencentes a pessoa casada (exceto se o regime for da separação total de bens); para móveis não há esta exigência de anuência prévia do cônjuge; e tempo do usucapião para bens imóveis é maior (5,10,15 anos), para bens móveis é menor (3 ou 5 anos).

Importância da distinção

	Propriedade MÓVEL	Propriedade IMÓVEL
Aquisição	Usucapião, ocupação, tesouro, especificação, confusão e TRADIÇÃO. Artigos 1260 a 1274	Usucapião, acessão, REGISTRO DE TÍTULO. Art. 1238 a 1259.
Outorga uxória (autorização do Cônjuge)	Desnecessária	Necessária Arts. 1647
Contratos	Sem formalidades	Escritura pública
Usucapião	Menor (3 ou 5 anos). Art. 1260	Maior (5 a 15 anos). Art. 1238
Sucessão provisória (ausente)	Sem restrições	Somente podem ser alienados por desapropriação ou ordem judicial.

Os bens imóveis são classificados em quatro categorias: imóveis por natureza: o solo e tudo que naturalmente nele se incorporar, bem como o subsolo e o espaço aéreo correspondente, os frutos pendentes também são considerados bens imóveis por natureza, se percebidos tornam-se móveis por antecipação (ver art. 79, CC, bem como 1229, CC e art. 176, parágrafo 1º a 4º da CF/88); imóveis por acessão física artificial: tudo aquilo que o homem incorporar artificial e permanentemente ao solo, de modo que depois de incorporado não possa retirar sem prejuízo, modificação ou destruição, como a semente lançada ao solo, as construções edificações. Atenção para o art. 81, CC que dispõe sobre as coisas que não perdem a característica imóvel, mesmo que transitoriamente se encontrem em estado móvel; imóveis por acessão intelectual/por destinação: imobilização por ficção legal. Ocorre quando um bem móvel é colocado a serviço de um bem imóvel (não de uma pessoa). São conheci-

dos como pertenças (art. 93, CC). Contudo a imobilização deste tipo não é definitiva (art. 94, CC), exemplo: antena parabólica; e por determinação legal: art. 80, I-II, CC.

Os bens móveis são classificados em três categorias: móveis por natureza: art. 82 e 84 do CC. Há bens móveis por natureza que a lei transforma em imóveis (art. 1473, VI e VI); móveis por antecipação: são os imóveis por natureza que a vontade humana mobiliza em função de finalidades econômicas. exemplo: árvores cortadas para lenha; e móveis por determinação legal: art. 83, CC e os direitos do autor (Lei n. 9279/96).

* *Bens fungíveis e bens infungíveis*: fungível é o bem que pode ser substituído por outro de mesma qualidade e na mesma quantidade, infungível, ao contrário, aquele que não admite substituição. Fungíveis de regra são os bens móveis, e infungíveis os imóveis, mas nada impede que um bem móvel seja infungível (um original de Monet é insubstituível). Fungíveis e infungíveis também podem ser as prestações de fazer. Atenção para os artigos 244 (não dar a coisa pior, nem prestar a melhor), art. 247 (não cumprimento de obrigação de fazer infungível resta as perdas e danos)¹.

* *bens consumíveis e inconsumíveis*: bens consumíveis são aqueles bens que terminam logo no primeiro uso (estes são os consumíveis por natureza) e aqueles que podem ser alienados mesmo que naturalmente inconsumíveis (consumibilidade jurídica). Assim, a consumibilidade não decorre da natureza do bem, mas de sua destinação econômica. Assim, coisas inconsumíveis podem se tornar consumíveis e vice-versa.

* *bens divisíveis e indivisíveis*: bens divisíveis são os bens que podem ser fracionados em partes homogêneas e distintas, cada parte conserva propriedade do todo, sem desvalorizar-se ex.: saca de café (art. 87, CC). Bens indivisíveis estão descritos no art. 88, CC. A indivisibilidade de um bem pode ser definida: a) por natureza: quando o bem não puder ser partido sem perder as suas características, substância e valor. Exemplo: cavalo; b) por determinação legal: art. 1386, CC (servidão predial); art. 1791, CC (direito de herança); e c) por vontade das partes: artigos 314, CC (pagamento parcelado), nas obrigações indivisíveis (artigos 258, 259 e seguintes do CC).

¹ A importância da distinção entre bens fungíveis e infungíveis pode ser percebida com a leitura dos seguintes artigos: 579, CC; 645, CC, art. 369, CC, art. 307, CC, art. 313, CC.

* *bens singulares e bens coletivos*: singulares os bens que embora reunidos, se consideram individualmente, independentemente dos demais (art. 89, CC). Coletivos ou universais, são os constituídos por várias coisas singulares que unidas formam um todo unitário, que passa ter individualidade própria distinta de seus componentes. Pode ser: uma universalidade de fato: conjunto de bens singulares unidos pela VONTADE HUMANA-art. 90,CC. Ou uma universalidade de direito: conjunto de bens singulares unidos por VONTADE DA LEI. Exemplo: massa falida, herança antes da partilha- art. 91, CC.

8.5.2 Dos bens considerados uns em relação aos outros

O art. 92, CC diz que a coisa principal existe por si só, enquanto a acessória só existe juridicamente quando existir uma principal. Exemplo: casa em relação ao terreno. No que tange a esta classificação algumas regras são importantes: a) relevância do princípio da gravitação jurídica: a sorte do acessório segue a do principal; b) a coisa acessória pertence ao titular da coisa principal; e c) a natureza do acessório é a mesma do principal.

Frutos, produtos e rendimentos: *frutos* são utilidades que a coisa produz periodicamente, cuja percepção mantém intacta a substância do bem que as gera. Os frutos podem ser naturais, industriais, civis (os últimos são conhecidos como rendimentos). Ainda quanto ao estado em que se encontrem podem ser frutos pendentes, percebidos, estantes, percebidos, consumidos (artigos 95 e 1214, CC). *Produtos* são utilidades que se podem retirar da coisa alterando a sua substância, com diminuição até esgotamento, pois não se reproduzem periodicamente. Exemplo: petróleo. Ambos, mesmo antes de separados do principal podem ser objeto de negócio jurídico. Os *rendimentos* são frutos civis, prestações periódicas, como o aluguel.

Benfeitorias: as benfeitorias podem ser a) *voluptuárias*- art. 96, parágrafo primeiro, CC; b) *necessárias*- art. 96, parágrafo terceiro, CC; e c) *úteis*- art. 96, parágrafo segundo, CC. Diante de possuidor de boa-fé as benfeitorias úteis e as necessárias são indenizáveis e as voluptuárias, apesar de não indenizáveis podem ser levantadas (artigos 1219 e 578,

CC). Para o possuidor de má-fé apenas são indenizáveis as benfeitorias necessárias, art. 1221, CC.

8.5.3 Bens em relação ao titular do domínio

Quanto ao titular de seu domínio os bens podem ser públicos e privados. Os bens públicos são classificados em a) bens de uso comum do povo propriedade da pessoa jurídica de direito público, mas podem ser utilizados sem restrições pelo povo- art. 99, I, CC. Não exigem permissão especial para uso, mas podem sofrer restrições administrativas, ou condicionamentos, como possibilidade de se exigir pagamento para o seu uso; b) bens de uso especial utilizados pelo poder público para a execução de suas tarefas. Tem uma destinação especial. Art. 99, II, CC; e c) bens dominiais/dominicais: constituem o patrimônio público (por exemplo, art. 20 da CF/88).

Os bens públicos apresentam as seguintes características: a) inalienabilidade, art. 100, CC, para os bens de uso comum do povo e de uso especial, mas podem ser desafetados quando perderem a utilidade/necessidade mediante lei específica; b) imprescritibilidade: não são passíveis de usucapião, art. 191, parágrafo único, CF/88; c) impenhorabilidade.

Os bens privados são todos os demais bens, ou seja, todos os que não podem ser considerados públicos.

8.5.4 Bens quanto a possibilidade de serem comercializados

Quanto a possibilidade de serem alienados os bens podem ser classificados em bens alienáveis ou comercializáveis e bens inalienáveis ou bens fora do comércio. Os bens alienáveis são aqueles que estão disponíveis para transferência onerosa ou gratuita. São os bens que estão no comércio. Os bens inalienáveis são aqueles que estão fora do comércio, que não são passíveis de transferência.

Entre as causas de inalienabilidade podemos citar: a) em razão da própria natureza - direitos de personalidade, bens de uso inexaurível; b) legalmente inalienáveis: bens públicos, bens das fundações, bens dos menores, bens de família, bens tombados, terras ocupadas por índios; e c) inalienáveis por vontade humana: por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (bens deixados em testamento afetados por cláusula de inalienabilidade).

Teoria geral do fato jurídico

9.1 Fato jurídico em sentido amplo

9.1.1 Conceito e classificação do fato jurídico

O fato jurídico é todo acontecimento, previsto em norma jurídica, a partir do qual nascem, modificam ou se extinguem relações jurídicas. O acontecimento ao qual se dá o nome de fato jurídico pode ser *natural*, gerado por forças da natureza, ou seja, sem intervenção da vontade humana; ou *humano* quando o ato que o gera é um ato humano. Fora da noção de fato jurídico, pouca coisa existe ou importa para o direito (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016, p. 367).

Os fatos jurídicos derivados de acontecimentos naturais são pela doutrina denominados fatos jurídicos *stricto sensu* e se dividem em *ordinários*, como o nascimento, a morte ou a maioridade, e *extraordinários* quando decorrentes de um caso fortuito ou de força maior.

Já os fatos jurídicos derivados de atos humanos, conhecidos como *atos jurídicos*, são divididos em atos lícitos ou voluntários, dentre os quais encontramos o negócio jurídico, e atos ilícitos ou involuntários quando acarretarem consequências jurídicas diversas das desejadas pelo agente.

UM FATO (uma eventualidade que atue sobre o direito subjetivo) fere efeitos jurídicos àquele fato)	+	DECLARAÇÃO DA NORMA JURÍDICA (direito objetivo que confere efeitos jurídicos àquele fato)
fato + direito objetivo = fato jurídico		

Fato jurídico { **Fato jurídico em sentido estrito**- fatos naturais, onde não concorre a vontade humana (ordinário ou extraordinário)

{ **Atos jurídicos**- decorre de ação ou omissão humana (Ato jurídico em sentido lato)

{ ***ilícitos**: arts. 186 a 188, CC; “ação de danos” (não punitiva)

{ ***lícitos**

- **meramente lícitos (ato jurídico em sentido estrito)**: praticados pelo homem sem intenção direta de ocasionar um efeito jurídico. Ex: invenção, plantação em terreno alheio. Art. 185, CC (NÃO CONTÉM UM INTUITO NEGOCIAL).

- **negócio jurídico**: COM INTUITO NEGOCIAL. Quando existe uma intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Ato-fato jurídico: não importa para a norma se houve ou não vontade de praticá-lo.

9.1.2 Dos efeitos dos atos jurídicos em geral

São três os principais efeitos gerados pela ocorrência de um ato jurídico: aquisitivos, modificativos e extintivos.

a) *Da aquisição de direitos*: adquire-se um direito quando ocorre a conjunção entre a pessoa (natural ou jurídica), titular do direito, e o direito previsto geral e abstratamente em norma jurídica. Por exemplo, surge o direito de propriedade quando sujeito de direito subordina um bem ao seu domínio. A aquisição de direitos pode ser:

* **originária ou derivada**: é **originária** quando o titular do domínio adquire originariamente a coisa, sem qualquer relacionamento com o titular anterior. Não há transferência de direitos entre os sujeitos. Por exemplo, a pessoa se apropria de um bem de forma direta, como o que se dá na ocupação. É **derivada** quando o titular do domínio adquire de outrem a coisa, efetuando-se uma transmissão de direitos. Como na aquisição da propriedade móvel por tradição. Nestes dois tipos de aquisição de direitos vale observar algumas regras gerais: *ninguém pode transferir mais direitos do que tem; *nas transmissões de posse as carac-

terísticas anteriores da posse são transmitidas com a coisa; * na aquisição originária se adquire o bem em toda a sua plenitude, sem qualquer limitação.

- * gratuita ou onerosa: a **gratuita** é sem contraprestação e a **onerosa** com contraprestação.
- * a título universal ou a título singular: é **universal** quando aquele que adquire direito/obrigação o faz em sua totalidade; adquire uma universalidade de direitos. É **singular** quando aquele que adquire direito (apenas direito) o faz sobre coisa determinada.
- * simples ou complexa: **simples** quando o fato que gera aquisição de direito for apenas um. **Complexa** quando forem vários os fatos que geram a relação jurídica aquisitiva.

Importante:

- * os direitos podem ser adquiridos por ato do adquirente (sem representação), por intermédio de outrem (com representação legal, judicial ou convencional) e independente do ato do adquirente como na prescrição, herança, aluvião, avulsão.
 - * a pessoa pode adquirir para si ou para outrem, o que não se confunde com representação. Ex: seguro de vida em que se faz estipulação em favor de terceiros (arts. 436 e 438, CC).
 - * os direitos completamente adquiridos são atuais. Futuros são aqueles cuja aquisição não se acabou de operar. O direito atual já está em condição de ser exercido. O direito futuro depende de uma condição ou prazo para ser exercido. O direito futuro pode ser deferido, quando a sua aquisição depende somente do arbítrio do sujeito; ou não deferido, quando se subordina a fatos ou condições falíveis.
 - * há diferenças importantes entre expectativa de direito, direito eventual, direito condicional e direito potestativo. Por expectativa de direito entende-se o direito que não existe nem em embrião, é mera possibilidade, simples esperança. Por direito eventual entende-se o direito que já existe como embrião, mas para ser pleno depende de alguns acontecimentos, como em uma promessa de compra e venda. No direito potestativo há uma faculdade ou poder, que por ato de livre vontade pode ser exercido, como o direito de ação. E por fim o direito condicional é aquele que existe mas seus efeitos estão subordinados a acontecimento futuro e incerto (ver art. 121 e ss, CC).
- b) *Da modificação de direitos*: o direito pode sofrer modificações relativas a seu conteúdo, objeto ou titulares. Quando as modificações forem relativas a qualidade, quantidade ou conteúdo do objeto da relação jurídica temos uma modificação objetiva. Já quando a alteração estiver ligada ao sujeito da relação jurídica será

classificada como modificação subjetiva (importante lembrar que direitos personalíssimos não são modificáveis subjetivamente).

c) *Da extinção dos direitos*: por extinção de direitos entende-se o desaparecimento do direito para o seu titular. São casos de extinção de direitos:

* perecimento do objeto sobre o qual recai o direito (perde qualidades, valor econômico, se confunde com outro ou cai em lugar de onde não pode ser retirado). Ver CC nos arts. 927, 929, 931, 934, sobre responsabilidade civil.

* alienação: transferência do objeto de patrimônio.

* renúncia: ato jurídico pelo qual o titular do domínio do objeto dele se despoja. São irrenunciáveis os direitos de ordem pública.

* abandono

* falecimento do titular quando o direito é personalíssimo

* prescrição

* decadência

* confusão

* implemento de condição resolutiva

* escoamento do prazo quando o direito for a termo certo

* perempção

* aparecimento de direito incompatível

9.1.3 Defesa dos direitos

É amplamente reconhecida a expressão: “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Diante desta máxima a Constituição Federal no capítulo dedicado aos direitos fundamentais dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5º, XXXV), resguardando o direito de ação perante a autoridade judiciária. Assim, no caso de lesão ou de ameaça de lesão a um direito subjetivo cabe ao seu titular a faculdade de defendê-lo mediante ação.

9.2 Fato jurídico em sentido estrito

Considera-se fato jurídico em sentido estrito todo acontecimento natural, determinante de efeitos na órbita jurídica. Os fatos jurídicos em sentido estrito dividem-se em ordinários e extraordinários.

Os ordinários são fatos da natureza de ocorrência comum, costumeira, cotidiana: o nascimento, a morte, o decurso de tempo.

Os extraordinários são os inesperados, às vezes imprevisíveis: terremoto, enchente, caso fortuito, força maior.

9.3 Ato-fato jurídico

Importante mencionar que a ausência de uma previsão legal específica sobre ato-fato jurídico tem gerado um efeito comum em vários manuais de TGDP, que praticamente ignoram o instituto.

O ato-fato jurídico nada mais é do que um fato jurídico qualificado pela atuação humana. O ato humano é a substância desse fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não, intenção de praticá-lo. Para a sua caracterização, a vontade humana é irrelevante, pois o fato humano, por si só, goza de importância jurídica e eficácia social. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 375).

9.4 Ato jurídico em sentido estrito

Importante mencionar que aqui está uma categoria de ato jurídico lícito que, por não gozar da mesma importância atribuída ao negócio jurídico, carece de adequado tratamento legal e desenvolvimento teórico.

O ato jurídico em sentido estrito constitui simples manifestação de vontade, sem conteúdo negocial, que determina a produção de efeitos legalmente previstos. É o que ocorre por exemplo, na fixação de domicílio.

Pode-se subtipificar os atos jurídicos em sentido estrito em:

- a) Atos materiais (reais): consistem na simples atuação humana, baseada em uma vontade consciente, tendente a produzir efeitos jurídicos previstos em lei. Embora haja vontade consciente, esta não é orientada à consecução dos efeitos, que se produzem independentemente do seu querer. Podemos apontar os seguintes exemplos: a ocupação, a percepção de frutos, a fixação de domicílio, a despedida sem justa causa de empregado não estável, a denúncia (resilição unilateral) de um contrato por tempo indeterminado.

Importante versar acerca da distinção quanto a clara enunciação da existência ou não de uma atuação consciente, que é essencial para o ato jurídico, mas irrelevante para o ato-fato jurídico.

- b) Participações: também são espécies de ato jurídico não negocial ou em sentido estrito, são atos de mera comunicação, dirigidos a determinado destinatário, sem conteúdo negocial. São exemplos: a intimação, notificação, oposição, aviso, confissão.

9.5 Negócio jurídico

9.5.1 Noções Gerais sobre o negócio jurídico

Diante da atual estrutura capitalista em que vivemos o negócio jurídico é o mais importante de todos os fatos jurídicos. Pode ser conceituado como toda ação/omissão decorrente de ato humano capaz de produzir efeitos jurídicos de criar, modificar ou extinguir direitos. A mais forte marca do negócio jurídico é a presença incontestável **da autonomia da vontade**.

Em outras palavras, “É a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 389).

O negócio jurídico mais comum é o contrato. Mas existem outros como o testamento.

Importante mencionar que o negócio jurídico deve ser analisado sob três planos:

- a) Existência – um negócio jurídico não surge do nada, exigindo-se, para que seja considerado como tal, o atendimento a certos requisitos mínimos;
- b) Validade - o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos;

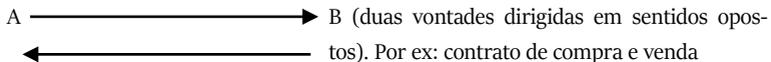
- c) Eficácia – ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem ser limitados por elementos acidentais da declaração.

Entretanto, antes de adentrar no estudo dos planos supramencionados, mister se faz a análise acerca da classificação dos negócios jurídicos.

9.5.2 Classificação

A classificação mais comum dos negócios jurídicos é a seguinte:

- * *Negócios receptícios e não receptícios*: O negócio jurídico receptício é aquele em que a manifestação da vontade de uma parte deve estar em consonância com a outra parte a fim de que o negócio se constitua e produza efeitos.



Já os negócios não receptícios são aqueles que se realizam com uma simples manifestação unilateral de vontade. Por ex: promessa de recompensa (art. 1512, CC).



- * *Negócios inter vivos e mortis causa*: Os negócios *inter vivos* são aqueles que se realizam/aperfeiçoam enquanto as partes estão vivas. Por ex: contrato de locação. Já os negócios *mortis causa* são aqueles cujos efeitos só se produzem depois da morte das partes. É o caso dos testamentos e contratos de seguro de vida.
- * *Negócios onerosos e gratuitos*: oneroso é o negócio em que as partes acordam uma prestação e uma contra prestação pecuniária, produzindo, para ambas, vantagens e encargos. São negócios sinalagmáticos (reciprocidade). No negócio gratuito apenas uma das partes obtém vantagens, enquanto a outra somente encargos. É o caso da doação.
- * *Negócios solenes e não solenes*: solenes são aqueles que, por sua própria natureza ou por determinação legal, exigem o cumprimento de determinadas formalidades para que se configurem perfeitos. É o caso, por ex., do casamento. Não

solenes são aqueles que não exigem tais formalidades para se constituírem. A forma nestes casos apenas é relevante para a prova da existência do negócio.

Interpretação do Negócio Jurídico

*art. 112- “teoria da vontade acima da declaração”

*art. 113- boa-fé se presume

*art. 114- renúncia é interpretada restritivamente

*as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em conjunto.

9.5.3 Plano de existência do negócio jurídico – Elementos constitutivos

É nesse plano que se estudam os elementos constitutivos do negócio jurídico, sem os quais estar-se-ia diante de um “não ato”, não havendo que se cogitar em validade ou eficácia. Importante mencionar que embora o Código Civil não tenha reservado capítulo expresso para o plano de existência, o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial desta teoria é verdadeiro imperativo lógico, prescindindo de reconhecimento legal expresso.

Marcos Bernardes de Mello (2001, p. 83) afirma que

no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo aqui fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência.

São elementos constitutivos os seguintes:

- a) Manifestação da vontade: A manifestação ou declaração e vontade poderá ser expressa- através da palavra escrita ou falada, gestos ou sinais – ou tácita – aquela que resulta de um comportamento do agente. O emprego de meios que neutralizem a manifestação volitiva, como a violência física ou até a hipnose, tornam inexistente o negócio jurídico.
- b) Agente emissor de vontade: Sem o sujeito, não poderá falar-se e ato, mas, tão somente em fato jurídico em sentido estrito. A participação do sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica) é indispensável para a configuração existencial do negócio jurídico.

- c) Objeto: O objeto é a utilidade física ou ideal, em razão do qual giram os interesses das partes. Assim, se a intenção é celebrar um contrato de mútuo, a manifestação de vontade deverá recair sobre coisa fungível, sem a qual o negócio simplesmente não se concretizará. Da mesma forma, em um contrato de prestação de serviços, a atividade do devedor em benefício do tomador (prestação) é o objeto da avença.
- d) Forma: a forma é o meio pelo qual a declaração se exterioriza. É o tipo de manifestação através do qual a vontade chega ao mundo exterior (escrita, oral, silêncio, sinais). Importante frisar que a inobservância da forma legalmente prescrita atinge o plano de validade, não de existência (exemplo: escritura pública para compra e venda de área com mais de 30 salários mínimos).

9.5.4 Plano de Validade do Negócio Jurídico

O Código Civil brasileiro enumera, em seu artigo 104, os pressupostos legais de validade do negócio jurídico: Agente capaz, Objeto lícito, possível, determinado ou determinável e Forma prescrita ou não defesa em lei. Embora não esteja enumerado no artigo mencionado, considera-se ainda pressuposto a manifestação de vontade livre e de boa fé.

- a) Manifestação de vontade livre e de boa fé: dois princípios devem convergir para que se possa reconhecer como válida a manifestação de vontade: o princípio da autonomia privada e o princípio da boa fé. Quanto a este último, se uma parte obteve o consentimento da outra por dolo, violou-se o princípio, e o negócio resultante há que ser invalidado.

A manifestação da vontade deve ser livre e de boa-fé, não podendo conter vício do consentimento, nem vício social, sob pena do negócio jurídico se considerado inválido. O consentimento pode ser expresso (escrito ou oral) ou tácito. No segundo caso será sempre aceito, exceto se a lei exigir que seja expresso. O silêncio também é fato gerador do Negócio Jurídico, mas deve indicar sempre um comportamento volitivo livre e desimpedido (art. 111, CC).

- b) Capacidade do agente: Como todo o negócio jurídico pressupõe uma declaração de vontade, a capacidade do agente é elemento indispensável a sua validade. Por

esta razão que os absolutamente incapazes são representados por seus pais, tutores ou curadores, conforme estejam sobre o poder familiar, tutela ou curatela; e os relativamente incapazes, apesar de poderem praticar atos da vida civil, deverão ser assistidos pelas pessoas que a lei determinar, salvo naquelas hipóteses em que a lei permite que atuem na esfera jurídica civil sem assistência.

Atenção: ato praticado por agente absolutamente incapaz sem a devida representação é nulo (art. 166, I, CC), e o realizado pelo relativamente incapaz, quando não for devidamente assistido é anulável (art. 171, I, CC).

Importante: *Art. 105. *A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.* A incapacidade relativa de regra não pode ser invocada pela outra parte em benefício próprio, POIS A INCAPACIDADE É UMA EXCEÇÃO PESSOAL.

*Art. 116. *A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.* A representação é a relação jurídica pela qual determinada pessoa se obriga diretamente perante terceiro, mediante ato praticado, em seu nome, por um representante ou intermediário. A manifestação de vontade do representante produz efeitos em relação ao representado nos limites dos poderes a ele conferidos. Nesta relação o representado adquirirá os direitos dele decorrentes e assumirá as obrigações que dele advierem (este é o principal efeito da representação).

*Art. 118. *O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.* O representante tem o dever de provar a sua condição de representante e os limites dos poderes a ele atribuídos para todos aqueles que em nome dele vierem a contratar com o representado, sob pena de responder por excessos. De regra, todos os atos podem ser praticados por intermédio de representante, exceto os personalíssimos.

*Art. 117. *Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.* *Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos.* Dispõe sobre a permissão de realização de substabelecimento (exceto no caso de poder familiar, tutela e curatela) e vedação, em regra, de autocontrato.

*art. 119. *É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou. Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.* Negócio Jurídico celebrado por representante em conflito de interesses com o representado será nulo se a parte celebrante tiver conhecimento do conflito. O prazo é de 180 dias para fazer a alegação da anulabilidade. Para que os atos negociais celebrados em conflito de interesses entre representante e representado sejam válidos a lei exige que sejam celebrados perante curador especial, art. 1692, CC.

*A capacidade não se confunde com a legitimação. Enquanto a primeira é um requisito geral de validade do negócio jurídico a segunda, apesar de também ser necessária à validade do negócio jurídico, exige-se apenas em dadas circunstâncias. Ex.: outorga uxória, ilegitimidade do indigno no que tange ao direito sucessório, ilegitimidade do tutor de adquirir bens do tutelado, ilegitimidade do ascendente vender bens a descendente. Veja que em todos os casos há capacidade, mas falta legitimidade, existe uma proibição legal de negociar em algumas hipóteses especificadas. Assim a falta de legitimação pode tornar o negócio jurídico anulável.

c) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável: para que o Negócio Jurídico seja válido é necessário que o seu objeto seja lícito. A licitude é a conformidade com a lei a não contrariedade aos bons costumes e à ordem pública e moral. SE ILÍCITO O SEU OBJETO NULO É O NEGÓCIO JURÍDICO (art. 166, II, CC). Além de lícito deve ser possível, física (imóvel na lua) e juridicamente (alienação de herança de pessoa viva). Também o objeto pode ser determinado, quando as partes o descrevem anteriormente, ou determinável quando pode ser identificado pelo gênero e pela quantidade (ver artigos. 252 e 106, CC).

d) Forma do negócio jurídico. A forma é o meio pelo qual se expressa a manifestação de vontade nos negócios jurídicos. É o conjunto de solenidades que devem ser observadas para que o negócio tenha validade jurídica. O Código adota o princípio da forma livre. É o que dispõe o art. 107, CC: *a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*

Porém quando o ato exigir a forma determinada em lei a sua ausência gera a sanção da nulidade do ato (art. 166, IV, CC).

Desta maneira, vige em nosso sistema a regra geral de que, qualquer que seja a forma, a emissão de vontade, em princípio, é dotada de

poder criador, exceto quando a solenidade integra a substância do negócio jurídico.

Assim, a forma do negócio jurídico pode ser:

livre- o negócio se perfaz por qualquer meio, desde que se comprove uma emissão de vontade livre (mímica, gesto, silêncio). Ex: arts. 227 e 541, CC.

solene- quando a forma é integrante do ato, garante autenticidade, assegura a livre manifestação de vontade. Ela pode ser *única*, quando não pode ser feita de outra maneira a não ser a fixada especificamente para o caso, por exemplo, art. 108; *plural*, quando a mais de uma maneira para que o negócio jurídico seja celebrado, podendo as partes optarem por um dos modos, exemplo: art. 1609, CC; art. 62, CC e *contratual*, quando eleita pela partes, art. 109, CC.

9.5.5 Plano de eficácia do negócio jurídico

Como já mencionado, o plano de existência é o plano dos elementos, posto que elemento é tudo que integra a essência de alguma coisa. Parte da doutrina classifica o plano de existência como “elementos essenciais gerais” ao negócio jurídico.

Já no plano de validade, será realizada a análise de requisitos do negócio jurídico, porque estes são condição necessária para o alcance de certo fim. Parte da doutrina nomeia o plano de validade como “elementos essenciais particulares”.

Assim sendo, se não existir, ou não for válido, o negócio jurídico não será eficaz. Pode também, o negócio jurídico existir, ser válido, mas não ter eficácia, por não ter ocorrido ainda, por exemplo, o implemento de uma condição imposta. Estas “condições”, importante mencionar, são conhecidas como elementos acidentais.

9.5.6 Elementos acidentais

São estipulações ou cláusulas acessórias que as partes podem adicionar em um negócio jurídico para modificar uma ou algumas de suas

consequências naturais (efeitos). São declarações de vontade acessórias ligadas a outra que é principal. E podem ser implícitas ou explícitas. Distinguem-se em condição, termo e encargo.

Condição: cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a um fato FUTURO e INCERTO. A condição deve ser: **possível*, física e juridicamente, arts. 123 e 124, CC; * *lícita*, art. 122, CC; * *voluntária*.

Esta condição pode ser suspensiva ou resolutiva. É suspensiva quando as partes protelam, temporariamente, a eficácia do negócio até a realização do evento futuro e incerto. Com o advento da condição aperfeiçoa-se o efeito do negócio, operando-se *ex tunc*, desde o dia de sua celebração. Tem, portanto, efeito retroativo. Art. 125 e 126, CC.

Já a condição resolutiva subordina a ineficácia do negócio jurídico a um evento futuro e incerto, artigos 127 e 128, CC. Tem efeito *ex nunc*.

Atenção para o art. 130, que dispõe sobre atos de conservação no direito eventual. Conforme a redação do artigo a condição suspensiva ou resolutiva não obsta o exercício dos atos destinados à conservação da coisa. Os frutos também não precisam ser devolvidos.

Quanto à condição cumpre ressaltar as seguintes regras:

- * a capacidade das partes e a forma do negócio regem-se pela norma jurídica em vigor no tempo de sua constituição.
- * o direito condicional é transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.
- * antes do inadimplemento da condição não é possível que o credor exija o seu cumprimento.
- * se o devedor pagar antes de cumprida a obrigação o credor fica obrigado a restituir.

Termo: cláusula que subordina o efeito do ato a evento FUTURO e CERTO. É o dia em que começa ou se extingue a eficácia do negócio jurídico. O termo pode ser inicial (suspensivo) quando fixar o momento em que a eficácia do negócio deve iniciar, retardando o exercício do direito, arts. 131 e 135, CC. Pode ser final (resolutivo) se determinar a data da cessação dos efeitos do ato negocial, extinguindo as obrigações dele ori-

undas. Ainda o termo pode ser certo ou incerto, dependendo da (im)possibilidade de estabelecer a data de sua ocorrência.

Encargo ou modo: cláusula acessória que impõe um ônus ao destinatário. Normalmente vem com a doação ou com o testamento. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito (art. 136, CC); e se impossível é considerado como não escrito (art. 137, CC).

Defeitos do negócio jurídico

10.1 Vícios do consentimento

10.1.1 Conceito e tipologia

Tanto a existência como a validade e a eficácia de um negócio jurídico dependem da manifestação de vontade de seu agente. Observemos o seguinte exemplo: uma pessoa que passa a sofrer de sérios problemas psicológicos interna-se para tratamento e outorga a um familiar uma procuração para que cuide de seus interesses, administrando o seu patrimônio. Depois de curada a pessoa retoma sua vida e passa por si própria a exercer atos da vida civil. Neste momento percebe que seus imóveis foram transferidos, os encontrando em nome dos mesmos familiares aos quais outorgara a procuração. Será que os negócios de alienação dos imóveis contaram com a manifestação de vontade do titular de seus direitos? Com total certeza não houve qualquer manifestação de vontade por parte do sujeito de direito para a transferência dos imóveis. A vontade é elemento fundamental na **existência** de qualquer negócio jurídico. E se ela não se manifestou, o negócio jurídico **inexistiu**.

Porém não basta a exteriorização da vontade para que o negócio surta efeitos na esfera jurídica. A vontade exteriorizada deve revelar exatamente o desejo íntimo do agente. Se isto não ocorrer ela pode estar viciada tornando anulável o ato então praticado (art.171, II, CC). É o caso da mulher que contrai casamento com um homossexual. O fato, ignorado por ela antes do casamento, constitui erro essencial quanto à pessoa do

marido, tornando insuportável a vida em comum. Se ela tivesse conhecimento deste fato antes do matrimônio, não teria casado, razão pela qual o juiz anula o ato em virtude da existência de vício da vontade.

Assim, como vimos a declaração de vontade é elemento essencial ao negócio jurídico. Esta vontade deve expressar-se de maneira livre, não viciada, para que produza os efeitos jurídicos colimados pelas partes. Se a vontade inexistir o negócio jurídico apenas existe na esfera fática, na aparência, não tendo qualquer repercussão na esfera jurídica. No entanto, se existe a vontade, porém esta não corresponde àquela que o agente do negócio quer expressar, este será viciado, podendo ser nulo ou anulável.

Os vícios que maculam o consentimento são chamados **vícios do consentimento** e expressam-se na forma de erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo. Vícios fundados no desequilíbrio entre a atuação volitiva e a sua declaração.

Porém, ainda existem outros vícios que afetam os negócios jurídicos sem, contudo perturbar a relação entre atuação volitiva e sua declaração, são os chamados **vícios sociais** que desviam a vontade da lei, da boa-fé, infringindo o direito e prejudicando a terceiros. Estes vícios, contemplados no Código Civil, são de dois tipos: simulação (que torna nulo o NJ, art. 167, CC) e fraude contra credores (passível de anular o Nj, art. 171, II e 178, II, ambos do CC).

10.1.2 Vícios do Consentimento

São cinco os vícios do consentimento disciplinados pelo legislador pátrio.

- a) *erro* (arts. 138-144, CC): o erro ocorre quando o agente emite sua vontade de modo diverso do que a manifestaria se tivesse conhecimento completo ou exato dos fatos. Alguém compra um automóvel adulterado na montagem de peças e com chassi trocado. Há divergência substancial entre aquilo que se quis adquirir e o que realmente se adquiriu, impondo a rescisão do contrato.

O erro deve ser espontâneo, sem a provocação interesseira de terceiro, pois se houver alguma influência visando beneficiar o provocador, surge a figura do dolo, que será analisado a seguir.

Ainda é preciso ressaltar que o erro não se confunde com a ignorância, pois enquanto esta é o completo desconhecimento acerca de determinado objeto, aquele é a noção falsa, infiel a respeito de certo objeto ou de determinada pessoa. Contudo, o Código os equipara quanto aos seus efeitos. Assim, tudo quanto se diz sobre o erro aplica-se à ignorância.

O erro para viciar o negócio deve ser SUBSTANCIAL e ESCUSÁVEL (arts. 138 e 139, CC). Erro substancial ou essencial é aquele de tal relevância que, se fosse conhecida a verdade, o negócio jurídico não seria celebrado. Nesse sentido o art. 140, CC, dispõe sobre o erro no fim colimado, ou erro de falso motivo, dispondo que só vicia o ato quando o fim for determinante para a realização do negócio jurídico. É o caso daquele que deixa testamento e neste beneficia uma pessoa com um legado, declarando que assim o faz por ter o legatário salvo a sua vida. Tempos depois fica provado que o beneficiário nem mesmo participara do salvamento. O legado não prevalece, devendo ser anulado.

O que importa averiguar é se a pessoa a quem se dirigiu a vontade eivada de erro tinha condições de detectar o erro, uma vez que vige o princípio da boa-fé objetiva e da probidade. Isto, contudo não afasta a possibilidade do contratante que agiu com erro, promovendo a invalidade do contrato, ter que responder pelos danos causados ao outro em razão da sua falta de diligência.

Já escusável é o justificável, é aquele que pode ser cometido por pessoa de inteligência mediana, é o erro não escandaloso, perceptível por qualquer pessoa. Normalmente é a falta de conhecimento em determinada área técnica, ou circunstância que leva o agente a ser induzido ao erro.

De acordo com o art. 139 o erro substancial pode recair sobre:

* a natureza do ato negocial. Ex: fazer doação supondo estar vendendo;

* o objeto principal da declaração. Ex: vender X pensando estar vendendo J;

- * incidir sobre qualidades essenciais do objeto. Ex: pensa adquirir anel de prata quando na verdade está adquirindo anel de platina;
- * recair sobre as qualidades essenciais da pessoa. Ex: fazer testamento contemplando filho e depois descobrir que não o é. Aqui atenção: apenas ocorrerá a anulabilidade do negócio jurídico se a qualidade essencial da pessoa influir de modo relevante na manifestação de vontade;
- * houver erro de direito. Ex: pessoa que contrata a importação de determinada mercadoria ignorando existir lei que proíbe tal importação. No caso do *error juris* é preciso que seja o motivo determinante da realização do negócio.

Ainda devemos falar do erro accidental. Diferentemente do erro substancial o erro accidental recai sobre as qualidades e os motivos secundários da realização do negócio jurídico. Por exemplo, se adquiro, um carro de cor amarela, quando ele é de cor azul. Isso não altera a validade do negócio. Portanto o erro accidental (art. 142, CC) não gera a anulabilidade do negócio jurídico, é erro de fácil correção. Conforme o art. 144, CC, a correção na manifestação de vontade, exclui o vício e afasta a anulabilidade.

Por fim destaca o art. 141 a possibilidade de vício no consentimento derivado de erro de transmissão por defeito de intermediação mecânica ou pessoal, modificando o sentido da vontade declarada. Se uma pessoa recorre a outrem para transmitir uma declaração de vontade, e este a transmite com incorreções, ocasionando uma divergência entre a vontade e a declaração, o ato pode ser anulado, nas mesmas condições da transmissão direta. Os danos causados a terceiro, devido à transmissão errônea, serão da responsabilidade daquele a quem couber a culpa na transmissão.

- b) *Dolo* (arts. 145 a 150, CC): o dolo é o emprego de artifícios para induzir alguém a praticar ato que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou terceiro.

A diferença que existe entre erro e dolo é que o erro deriva de um equívoco da própria vítima, sem que a outra parte tenha concorrido para sua ocorrência, já no dolo, há intencionalidade do autor do dolo em causar prejuízo a outrem e com isto auferir benefício próprio ou para terceiro.

Os exemplos a seguir ilustram com precisão o tipo de vício aqui abordado: 1º- imagine um contrato de compra e venda de um sítio. No momento da lavratura da escritura pública o comprador acompanhado do delegado de polícia da cidade convence o vendedor que deveria receber o preço em joias. O delegado, inclusive, acena ao vendedor que se aceitar as joias está fazendo um negócio mais seguro e rentável. Celebra-se o negócio. Posteriormente, o vendedor, consultando pessoa especializada constata que as joias valiam somente 1/3 do valor do preço pactuado em dinheiro. O vendedor é pessoa simples, residente em um sítio, e o comprador lhe havia sido apresentado pelo delegado. 2º- na celebração de um contrato de seguro de vida, o proponente omite a existência de um câncer e poucos meses após vem a falecer, prejudicando a seguradora e beneficiando os seus sucessores.

Nesse sentido veja o que dispõe o art. 147, CC: *nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.*

O dolo civil pode assim ser classificado:

* *dolo bonus e dolo malus*: *dolo bonus* é o dolo tolerável que não induz anulabilidade. A doutrina cita como exemplo recorrente o caso do empresário que, por intermédio da publicidade ou propaganda, exagera as qualidades de seus produtos. Esse artifício é muito utilizado no comércio em geral e não é destinado a prejudicar alguém. O dolo permanecerá tolerável até a propaganda não se tornar abusiva (ver arts. 37 e 38, do Código de Defesa do Consumidor), bem como não violar o princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC). O *dolo malus* é artifício para ludibriar pessoas sensatas e atentas, gerando anulabilidade do ato;

* *dolo principal e dolo accidental*: *dolo principal* é aquele sem o qual o negócio não teria se concluído (art. 145, CC). São requisitos desta espécie de dolo: 1. a intenção de induzir o contratante a praticar o ato, com prejuízo para ele e benefício para o outro; 2. utilização de artifícios fraudulentos; 3. que o vício seja causa determinante do ato; 4. que o dolo provenha do outro contratante. *Dolo accidental* não vicia a vontade e, portanto não gera anulabilidade. É o que leva a vítima a realizar o negócio jurídico em condições mais onerosas ou menos vantajosas, art. 146, CC;

* *dolo positivo e dolo negativo*: *dolo positivo* é o cometido por ação dolosa, por ex, afirmações falsas sobre a qualidade da coisa. E o *dolo negativo* é o cometido por

omissão de informações. Ex: contratante de seguro de vida que omite doença grave vindo a falecer logo após a assinatura do contrato; e

- * *dolo de terceiro, dolo do representante legal ou convencional e dolo de ambas as partes*: o dolo de terceiro é o disposto no art. 148, CC, para acarretar nulidade exige o conhecimento de uma das partes contratantes. O dolo do representante legal ou convencional está previsto no art. 149, CC: *O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos*. O dolo de ambas as partes: art. 150, CC, está fundado no princípio que afirma que a ninguém cabe aproveitar-se de sua própria torpeza. Compensam-se os dolos e não há anulação do negócio jurídico.

- c) *Coação* (arts.151 a 155, CC): a coação consiste em uma pressão, uma ameaça que coloca o sujeito em uma situação tal de temor fazendo-o emitir uma declaração de vontade que não corresponde a sua vontade real. Imagine a mãe que ao receber telefonema dizendo que o filho de 5 anos está sob a mira de um revólver de um sequestrador assina 3 notas promissórias em branco.

Essa pressão, sofrida pela mãe é conhecida como *coação civil*, moral. Ela diante da ameaça a seu filho (ver art. 151, parágrafo único, CC), para salvá-lo aceita a coação e realiza o negócio.

Veja a coação, como vício do consentimento capaz de levar a anulabilidade do negócio jurídico é sempre moral. Coação física que impossibilita completamente a expressão da vontade torna o ato nulo.

A coação pode ser exercida sobre a pessoa, familiares, bens ou honra do contratante para obrigá-lo a efetuar negócio. Para que ocorra a coação moral ela deve (art. 151, CC): * ser causa determinante do negócio jurídico; * incutir na vítima um temor justificado (ponderar com o que diz o art. 152, CC); * o temor deve dizer respeito a um dano eminente, próximo, de modo que não seja possível socorrer-se junto à autoridade pública. * o dano deve ser considerado grave; * o dano pode atingir pessoa não pertencente à família da vítima (solidariedade humana).

Não se considera coação o exercício regular de um direito. Por ex, credor que protesta título, ou requer a insolvência civil ou a falência. E o simples temor reverencial (art. 153, CC). Quando o pai diz à filha: “gosta-

ria que você casasse com fulano”, não houve coação. Mas se o pedido vier acompanhado de ameaça grave, como, por exemplo: “ou casa-se com fulano, ou será internada num manicômio”, haverá coação e o casamento assim celebrado pode ser anulado.

O negócio jurídico mantém a sua validade e eficácia quando a coação derivar de ato de terceiro, desde que a parte a qual aproveite a coação não tenha conhecimento dela, devendo o terceiro ser responsabilizado. É o que diz o art. 155 do CC: *subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto*. Porém, quando a parte a quem o negócio jurídico aproveite tiver conhecimento da coação será solidariamente responsável pelos danos causados (art. 154, CC).

d) *estado de perigo* (art. 156, CC): O estado de perigo ocorrerá *quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa*. (CC, art. 156).

Imagine a seguinte hipótese: uma senhora de 70 anos que está pela primeira vez passeando pelas ruas da “cidade maravilhosa” e lá pelas tantas se vê no meio de um tiroteio. Para se salvar joga-se dentro do primeiro táxi que passa e diz ao motorista: leve-me o mais rápido possível para longe daqui te pago R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pela corrida. O motorista dispara e anda com a velhinha 10 quadras, pára o táxi e cobra o preço. Será que a manifestação de vontade da velhinha não foi viciada pelo estado de perigo em que se encontrava?

O estado de perigo caracteriza-se por um temor de iminente e grave dano moral ou material à pessoa ou algum parente seu que obriga o contratante a realizar o negócio jurídico, mediante prestação exorbitante.

Na hipótese da necessidade de salvar envolver pessoa que não seja da família, caberá ao juiz decidir segundo as circunstâncias, é o que determina o parágrafo único do art. 156 do CC.

e) *lesão* (art. 157, CC): a *lesão* visa proteger aquele que se encontra em posição de inferioridade, diante de prejuízo manifesto, especialmente em contratos comutativos (no caso de contratos aleatórios torna-se necessário provar a *lesão*).

É o caso da pessoa viciada em drogas que vende bens a preço inferior ao de mercado visando unicamente adquirir a substância entorpecente.

Esta *lesão* é considerada objetiva, pois pouco importa que o outro contratante tenha conhecimento da situação de necessidade ou inexperiência da vítima. Não é necessário provar se ocorreu dolo de aproveitamento. Na *lesão* haverá desproporção das prestações, causadas por estado de necessidade econômico (risco patrimonial), mesmo não conhecido pelo contraente, que com isso vem levar vantagem no negócio. É baseado no princípio geral que veda o enriquecimento sem causa. O CDC trata da *lesão* (art. 51, IV), proibindo o fornecedor valer-se, em benefício próprio, da fraqueza ou ignorância do consumidor. Já a Lei n. 1521/51 trata da *lesão* usurária e tem como requisito objetivo a desproporção nas prestações e como requisito subjetivo o dolo de aproveitamento.

10.2 Defeitos do negócio jurídico - vícios sociais

Como já se viu, ao lado dos vícios do consentimento se encontram os vícios sociais capazes de tornar um negócio jurídico nulo ou anulável. São diferentes dos vícios do consentimento, pois não afetam a vontade do agente, preservando a correspondência entre a vontade interna do agente e a vontade manifestada, no entanto, esta vontade desvia-se da lei e da boa-fé infringindo o direito e causando prejuízos a terceiros.

São dois os vícios sociais: a fraude contra credores que mantém o condão de gerar a anulabilidade do negócio por ela viciado. E a simulação que torna o negócio nulo.

a) *fraude contra credores*: ao celebrarmos um negócio jurídico temos que ter em mente um dos princípios do direito obrigacional que nos diz que o patrimônio do devedor é a garantia geral dos seus credores, ou seja, o patrimônio do devedor responde por suas obrigações. Assim, aquele que desfalca maliciosamente o seu patrimônio, seja onerosa ou gratuitamente, a ponto de não mais poder honrar com as suas dívidas, tornando-se insolvente, está cometendo fraude contra seus credores e os negócios jurídicos celebrados com este intuito poderão ser anulados.

Atenção, a fraude exige a insolvência, ou melhor, o prejuízo decorrente da insolvência (elemento objetivo), é preciso que o negócio que será considerado viciado seja celebrado depois de configurada a insolvência ou para que esta ocorra. Enquanto o devedor for solvente pode livremente negociar seus bens. Como elemento, há ainda o subjetivo, consistente na má fé do devedor, a consciência de prejudicar terceiros.

Fraude contra credores é portanto, todo ato suscetível de diminuir ou onerar o patrimônio do devedor, reduzindo ou eliminando a garantia que este representa para pagamento de suas dívidas, praticado por devedor insolvente, ou por ele reduzido à insolvência.

O credor lesado pela fraude, porém, só logrará invalidar os negócios realizados pelo devedor insolvente se fizer a prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da situação de insolvência do alienante devedor. Isto porque a fraude exige a presença de um elemento subjetivo para que se configure, denominado conluio fraudulento. O conluio não significa que necessariamente o adquirente esteja mancomunado com o alienante com o fim de lesar terceiros, mas que tenha conhecimento da situação de insolvência (ver art. 159, CC).

A fraude pode ocorrer diante de negócios onerosos ou gratuitos. Esta é a conclusão que se pode tirar da análise dos artigos. 158 e 159 do CC. Segundo a redação do art. 158 *os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. § 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2º*

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

Assim, conclui-se que podem mover a ação de anulação do negócio jurídico viciado pela fraude os credores quirografários, ou seja, aqueles que não gozam de garantias ou preferências na execução de seus créditos; e os credores, mesmo os preferenciais, desde que a garantia tenha se tornado insuficiente em relação ao débito do devedor. Atenção: só tem legitimidade para esta ação aqueles credores, sejam quirografários ou não, que já o eram ao tempo em que ocorreram os atos que conduziram à insolvência.

Por outro lado, segundo o art. 159 *serão igualmente anuláveis os **contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.***

Também se presume a fraude na concessão de garantias de dívida, como hipotecas, penhores, pelo devedor já insolvente, colocando um dos credores em posição mais vantajosa que os demais, é o que dispõe o art. 163, CC.

É igualmente fraudulento o pagamento de dívida ainda não vencida à credor quirografário. No caso disto ocorrer o credor beneficiado deve restituir o que recebeu ao acervo para que se efetue o concurso de credores (art. 162, CC).

Porém, presume-se a boa-fé e a validade, dos negócios ordinários, ou seja, aqueles indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família. Assim, por exemplo, o dono de uma loja não fica impedido de vender suas mercadorias pelo fato de encontrar-se em estado de insolvência (art. 164, CC).

Agora, se determinado sujeito adquirir bens de um devedor insolvente e ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, para desobrigar-se da dívida deve depositar em juízo o valor citando todos os demais credores. Se o valor for inferior ao corrente, o

adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real (art. 160 e parágrafo único, CC).

A ação que visa anular¹ o negócio jurídico celebrado em fraude contra credores denomina-se ação pauliana ou revocatória. São legitimados para propor a ação os credores quirografários e os que tenham garantia desde que esta tenha se tornado insuficiente. Estes credores só poderão exercer o direito à ação pauliana se já eram credores ao tempo em que se deram os atos que conduziram à insolvência.

Com relação a legitimidade passiva o art. 161 determina que a ação pauliana poderá ser intentada contra o devedor insolvente e contra a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé, ou seja, permitindo a formação de um litisconsórcio passivo.

Por fim, é importante destacar que a fraude contra credores não se confunde com a fraude à execução disciplinada no direito processual. veja o quadro:

DIFERENÇAS ENTRE FRAUDE CONTRA CREDITORES E FRAUDE À EXECUÇÃO	
Fraude contra credores	Fraude à execução
É regulada pelo direito civil como um vício que afeta o negócio jurídico.	É incidente no processo civil, regulada, portanto, pelo direito processual.
Configura-se quando o devedor desfalca seu patrimônio com o fim de torna-se insolvente, prejudicando seus credores.	Para a sua ocorrência pressupõe demanda em andamento capaz de reduzir o alienante à insolvência, ou seja, a fraude à execução só se configura quando o devedor já tenha sido citado em ação. Antes da citação é fraude contra credores.
É reconhecida através da ação pauliana.	É reconhecida por simples petição nos autos da ação que pode reduzir o alienante à insolvência.
Torna o negócio jurídico anulável.	Torna ineficaz, em relação aos credores, o negócio jurídico.

b) *Simulação*: é uma declaração de vontade falsa. É a aparência de um negócio jurídico que não corresponde à realidade. Visa provocar uma ilusão perante terceiros, seja por não existir nenhum negócio jurídico sendo celebrado, seja por existir um negócio diferente daquele que se aparenta celebrar.

¹ Tanto a fraude contra credores como os vícios do consentimento geram a anulabilidade do negócio jurídico se o(s) legitimado(s) promoverem a ação anulatória no prazo decadencial de 4 anos, conforme o art. 178, CC.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 445), “na simulação celebra-se um negócio jurídico que tem aparência normal, mas que na verdade, não pretende atingir o efeito que juridicamente deveria produzir”.

É um defeito que não atinge a vontade do declarante, uma vez que este mancomuna-se de livre vontade com o declaratório para atingir fins espúrios, em detrimento da lei ou da própria sociedade.

A simulação exige como requisito um acordo entre as partes contratantes. Ambas declaram perante terceiros um negócio jurídico aparente, portanto, simulado. A este acordo de vontades simulado chamamos **acordo simulatório**. Além disso, o objetivo do negócio aparente é enganar terceiros causando-lhes prejuízos.

Caso uma das partes não esteja ciente da mera aparência de um negócio jurídico irreal, o instituto não é o da simulação, mas sim o da reserva mental², como predominantemente sustentado pela doutrina.

O parágrafo 1º do artigo 167 do CC, estabelece que haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*
- II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

Quanto a sua classificação a simulação pode ser absoluta ou relativa; e maliciosa ou inocente.

Será **absoluta** a simulação quando a declaração aparente de vontade não visa produzir nenhum efeito jurídico. De fato, ou seja, na realidade, não há nenhum negócio jurídico acontecendo. As partes procuram transmitir para terceiros uma situação inverídica, acarretando-

² Na reserva mental aquele que faz a reserva quer algo e declara de forma consciente coisa diferente, a fim de que futuramente caso necessite alegue erro em seu favor. Para ela não se exige o prejuízo, mas a intenção de enganar e sendo assim não acarreta a nulidade do negócio jurídico. Diz o art. 110 do CC: A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento. A reserva mental ilícita, conhecida do declaratório, é vício social e enseja a nulidade do negócio equiparando-se os seus efeitos aos da simulação.

lhes prejuízos. Imagine a seguinte hipótese: o marido assina uma nota promissória em favor de um amigo e como pagamento faz doação de alguns bens. Posteriormente, anuncia a sua esposa que pretende separar-se. Na verdade não realizou nenhum negócio jurídico, apenas através da simulação com o amigo do negócio aparente visa subtrair bens da partilha a ser realizada quando se efetivar a separação.

Já na simulação **relativa**, as partes em conluio realizam (aparência) negócio jurídico diferente do realmente querido. Na realidade são dois negócios: um deles é o simulado, aparente, destinado a enganar; o outro é o dissimulado, oculto, mas verdadeiramente desejado. É o caso do homem casado que simula estar vendendo imóvel para a amante, quando na verdade por detrás deste negócio aparente está ocultando uma doação, e acarretando prejuízos a sua esposa e filhos.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 446), “neste caso, emite-se uma declaração de vontade ou confissão falsa com o propósito de encobrir ato de natureza diversa, cujos efeitos, queridos pelo agente, são proibidos por lei”.

A simulação **inocente** é aquela em que o intuito de enganar não acarreta afronta à lei ou a interesses de terceiros. É o caso do homem solteiro que simula estar realizando uma venda para sua namorada, quando na verdade está doando o imóvel para ela. Neste caso não há prejudicado ou qualquer contrariedade à lei. O intuito de enganar a terceiros não visa a prejudicar qualquer desses ou violar determinação legal. Os simuladores desejam com o negócio jurídico simplesmente ocultar de terceiros a verdadeira natureza do negócio, sem, no entanto, causar dano a interesses de qualquer pessoa.

Na simulação **maliciosa**, as partes visam prejudicar terceiros ou violar disposição legal.

Atenção: segundo Pereira (2004, p. 638) "o mesmo ato ou a mesma declaração de vontade pode constituir simulação inocente ou maliciosa, conforme seja desacompanhada ou revestida de um propósito danoso: um marido que disfarça sob a forma de compra e venda um donativo a

um parente, para que não o apoquente a mulher, faz uma simulação inocente, mas o mesmo processo será simulação maliciosa se o propósito é desfalcar o patrimônio conjugal e prejudicá-la."

Conforme determina o art. 167 os negócios jurídicos eivados do vício da simulação serão **considerados nulos**: *é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.* § 1º *Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.* § 2º *Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.*

Em caso de simulação absoluta, fulmina-se de invalidade todo o ato. Caso se trate de simulação relativa, declara-se a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, subsistindo o que se dissimulou, se for válido na substância e na forma.

Há que se observar, quanto ao artigo supra mencionado, que, simulação não se confunde com dissimulação, embora em ambos haja o propósito de enganar. Na simulação, procura-se aparentar o que não existe. Na dissimulação, oculta-se o que é verdadeiro. Na simulação, há o propósito de enganar sobre a existência de situação não verdadeira. Na dissimulação, sobre a inexistência de situação real.

Assim, quando o art. 167 menciona que *é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma*, em sua primeira parte, fala da simulação absoluta, que é causa de nulidade. Já na segunda parte, versa acerca da simulação relativa ou dissimulação. Assim sendo, em uma escritura pública lavrada por valor inferior ao real, anulado o valor aparente, subsistirá o real, dissimulado, porém lícito.

Importante mencionar que admite-se a alegação de simulação pelos próprios simuladores em litígio um contra o outro, ressalvados sempre os direitos de terceiros de boa fé.

Ainda, no estudo da simulação, faz-se necessária breve referência à reserva mental ou reticência. A reserva mental se configura quando o agente emite declaração de vontade, resguardando o íntimo propósito de não cumprir o avençado, ou atingir fim diverso do ostensivamente declarado.

Um bom exemplo de reserva mental é quando o autor de determinada obra declara que estará fazendo uma sessão de autógrafos e que doará os direitos autorais para uma instituição de caridade. Pouco importa se, no íntimo o doutrinador somente queria fazer marketing para sua produção intelectual, não pretendendo entregar o resultado pecuniário prometido. A manifestação de vontade foi emitida sem vício, e não tendo o destinatário conhecimento da reserva mental, é plenamente válida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 446).

Ocorre que, quando a reserva mental é exteriorizada, trazida ao campo do conhecimento do outro contraente, aí sim, poderá se converter em simulação, tornando, por consequência, passível de invalidade o negócio jurídico celebrado. Exemplo: um estrangeiro, em um país que admite a aquisição de nacionalidade pelo casamento, contrai matrimônio apenas para este fim, com o conhecimento do outro cônjuge.

Por fim, ainda importante mencionar que, embora a simulação tenha sido tratada como defeito do negócio jurídico pelo CC 1916, o CC de 2002 tratou da matéria dentro do capítulo que trata da invalidade do negócio jurídico. Portanto, a simulação é causa de nulidade do negócio jurídico.

Teoria da invalidade do negócio jurídico

Quando se fala em invalidade está se referindo à nulidade e a anulabilidade de determinado negócio jurídico. A teoria das invalidades pertence ao campo de discussão envolvendo o plano da validade dos atos jurídicos, dentre eles o negócio jurídico.

Porém, antes de adentrar na análise do plano da validade deve-se analisar o plano inicial da existência do negócio jurídico. Será inexistente quando não for reconhecido pela ordem jurídica, quando, por exemplo, lhe faltar algum elemento estrutural como é o caso da inexistência de consentimento para a celebração de negócios jurídicos. Pode-se citar como exemplos a coação física e a hipnose.

Um ato inexistente não é um ato inválido ou ineficaz, é simplesmente um ato inexistente. Assim, no que tange ao aspecto existência, o ato não se altera nunca, eis que não se pode considerar inválido ou ineficaz aquilo que não existe. A existência do ato jurídico é, sempre, um princípio lógico em relação aos demais planos: da validade e da eficácia.

No que se refere ao plano da validade será válido todo o ato que não for inválido e inválido será o ato que for de encontro à norma, deixando de observar os requisitos indispensáveis à produção de seus efeitos, seja porque o agente afrontou a lei ou porque o ato não reúne condições legais de uma emissão útil de vontade.

Assim, especificamente, no que tange ao negócio jurídico a invalidade é uma penalidade imposta àquelas práticas negociais que descumprem os preceitos estabelecidos em norma jurídica, privando-os de seus efeitos.

No plano da invalidade devemos observar graus ou níveis de invalidade, que podem conduzir a anulabilidade ou nulidade dos atos jurídicos.

As nulidades¹ no direito brasileiro são de duas formas: nulidades do tipo relativas e as nulidades do tipo absolutas. Em breves palavras pode-se afirmar que a diferença entre as nulidades absolutas e as nulidades relativas encontra-se na maior ou menor gravidade da ofensa aos princípios e regras jurídicas.

Assim, a declaração de nulidade absoluta afetará aqueles negócios eivados de vício essencial, ou seja, um vício grave que impossibilita que o negócio jurídico surta qualquer efeito na órbita jurídica. O negócio então será **nulo**, desprovido de qualquer eficácia jurídica.

Segundo Orlando Gomes (2001), a nulidade absoluta contém as seguintes características:

- a) Imediata (invalida o negócio desde a sua formação);
- b) Absoluta (pode ser alegada por qualquer interessado, MP, pelo Juiz de ofício);
- c) Incurável (as partes não podem saná-la e o juiz não pode supri-la;
- d) Perpétua (porque não se extingue pelo decurso de tempo).

Já a nulidade do tipo relativa, também denominada de anulabilidade é gerada por vício menos grave e torna o negócio jurídico **anulável**, caso não seja sanada em tempo hábil, permitindo, então, que o negócio seja considerado eficaz.

Importante mencionar que, todo o ato, absolutamente ou relativamente nulo (anulável), é considerado ato inválido.

Veja as diferenças entre os dois graus de nulidades:

NULIDADE ABSOLUTA	NULIDADE RELATIVA
A declaração de sua invalidade produz efeito “ <i>ex tunc</i> ”, retroagindo a data da celebração do negócio jurídico ² . Reposição ao <i>status quo ante</i> . Art. 182, CC.	A declaração de sua invalidade produz efeito “ <i>ex nunc</i> ”, não retroagindo e preservando os efeitos do negócio jurídico até o momento da declaração de invalidade. Art. 177, CC

¹ Aqui o termo nulidades está sendo utilizado em seu sentido mais abrangente, compreendendo as sanções que geram nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos.

² Existem algumas exceções como a do art. 181, CC que dispõe: Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga. Também há de se observar o que reza o art. 182 ao determinar que não sendo possível voltar ao *status quo ante* por que inexistente a coisa ou é

Ofensa a normas de ordem pública, normas cogentes, concernentes a interesses públicos.	Ofensa a normas de ordem privada, concernentes a interesses individuais.
A nulidade é declarada <i>erga omnes</i> , ou seja, tem eficácia geral. Art. 168, parágrafo único, CC.	A anulabilidade é declarada <i>inter partes</i> , restringindo os seus efeitos aos que alegaram. Art. 177, CC. Só aproveita a quem alegou, exceto se a obrigação for indivisível ou solidária.
Pode ser alegada inclusive de ofício (<i>ex officio</i>) pelo juiz. Também a podem alegar qualquer interessado, e o Ministério Público.	Não pode ser alegada de ofício pelo Juiz, apenas os interessados e seus legítimos representantes podem a suscitar.
Não convalesce com o decurso do tempo. Art. 169, CC.	Pode convalescer, sendo suprida pelo juiz a requerimento das partes, ou confirmada tácita ou expressamente pelas partes, resguardando-se o direito de terceiro, art. 172, CC. Ver também artigos 173 a 176, CC.

Importante mencionar que, além da divisão entre nulidade absoluta e relativa, ainda há outra classificação:

- a) Originária e sucessiva: a primeira nasce com o próprio ato, contemporaneamente à sua formação; a segunda decorre de causa superveniente.
- b) Total ou parcial: no primeiro caso a nulidade atinge todo o ato, contaminando-o por inteiro; no segundo, a nulidade contamina apenas parte do negócio, mantendo-se as demais disposições que, à luz do princípio da conservação, podem ser preservados.
- c) Textual ou virtual: no primeiro caso a lei expressamente diz em seu texto que o ato é nulo. Ex: art. 548 CC, que versa que “é nula a doação de todos os bens sem reserva da parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. É virtual ou implícita a nulidade quando, não sendo expressa, pode ser deduzida de expressões utilizadas pelo legislador, como “não podem” (art. 1521), “não se admite” (art. 380).

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Nulo:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

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

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Anulável:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, **é anulável o negócio jurídico:**

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

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

- I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;
- II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
- III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado **ato é anulável**, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação **anulada**, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Por fim, importante ressaltar a preocupação do legislador com a conversão dos negócios jurídicos. Trata-se de importante medida sanatória dos atos nulo e anulável.

Deve-se mencionar que a despeito de a conversão poder ser invocada para os atos anuláveis, seu maior campo de aplicação, indiscutivelmente, é na seara dos atos nulos, uma vez que os primeiros admitem confirmação, o que não é possível para os últimos.

Veja-se o art. 170:

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Trata-se a conversão de uma medida sanatória por meio da qual aproveitando-se os elementos materiais de um negócio jurídico nulo ou anulável, convertendo-o juridicamente, e de acordo com a vontade das partes, em outro negócio válidos e de fins lícitos. Não se admite a conversão se o negócio perseguido pelas partes persegue fins imorais ou ilícitos.

A conversão exige para a sua configuração a ocorrência dos seguintes pressupostos:

- a) Material – aproveitam-se os elementos fáticos do negócio inválido, convertendo-o para a categoria jurídica do ato válido.
- b) Imaterial – a intenção dos declarantes direcionada à obtenção da conversão negocial e consequente recategorização jurídica do negócio inválido.

Pode-se apontar alguns exemplos de conversão: a nota promissória nula por inobservância dos requisitos de validade é aproveitada como confissão de dívida; a compra e venda de imóvel valioso, firmado em instrumento particular, converte-se em promessa irrevogável de compra e venda, para a qual não se exige escritura pública.

O ato lícito e o ato ilícito

12.1 Noções gerais sobre o ato lícito e o ato ilícito

Quando estudamos a teoria geral do fato jurídico tivemos a oportunidade de subdividir didaticamente o fato jurídico em fato jurídico scrito sensu e ato jurídico. Vimos que dentre os atos jurídicos, ou seja, aqueles atos que decorrem de ação ou omissão humana, encontramos de um lado os atos lícitos e de outro os atos ilícitos. Os ilícitos são os atos contrários à lei. Já os lícitos são aqueles executados de acordo com a lei. Destacamos que o mais relevante deles é o negócio jurídico. O negócio jurídico foi até agora estudado em seus detalhes, restando-nos ver os demais atos lícitos e alguns detalhes sobre os atos ilícitos, que serão mais aprofundadamente estudados no componente que tratará da responsabilidade civil.

fato jurídico em sentido estrito- fatos naturais, onde não concorre a vontade humana

Fato jurídico

Atos jurídicos- decorre de ação ou omissão humana.

{ ***ilícitos**: arts. 186 a 188, CC; “ação de danos” (não punitiva)
***lícitos**

- **meramente lícitos**: praticados pelo homem sem intenção direta de ocasionar um efeito jurídico. Ex: invenção, plantação em terreno alheio. Art. 185, CC (NÃO CONTÉM UM INTUITO NEGOCIAL).

- **negócio jurídico**: COM INTUITO NEGOCIAL. Quando existe uma intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

12.2 Ato lícito ou meramente lícito

É todo o ato praticado pelo homem ao qual a lei defere os efeitos queridos pelo agente. São atos praticados em conformidade com a lei, produzindo efeitos almejados pelo agente.

Especificamente, dentro dos atos lícitos o ato meramente lícito é aquele que embora seja praticado pelo homem em conformidade com a lei, o efeito decorrente do ato não é antevisto pelo agente. Ex: invenção, plantação em terreno alheio. Para diferenciá-lo do negócio jurídico, que também é ato lícito, basta dizer que o ato meramente lícito é aquele ato que não tem um intuito negocial.

Dispõe o art. 185 do CC, que são atos jurídicos lícitos todos aqueles que não forem considerados negócios jurídicos, aplicando-lhes, no que couber, as disposições relativas ao negócio jurídico.

12.3 Ato ilícito

É uma ação ou omissão contrária ao dever legal de não causar prejuízo, dano a outrem. Nesse sentido o art. 186 dispõe que: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Também comete ato ilícito aquele que ao exercer um direito seu excede manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social do direito, bem como contraria as normas envolvendo a boa-fé e os bons costumes (art. 187, CC).

O ato ilícito pode estar caracterizado pelo descumprimento de um contrato (responsabilidade contratual) ou por uma ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente (responsabilidade extracontratual ou aquiliana art. 186, CC). Em todo o caso vale lembrar que a obrigação de indenizar decorre da violação do direito e do dano

concomitantemente. Assim, se um motorista comete várias infrações de trânsito sem, contudo causar danos ou prejuízos a integridade de pessoas ou outros veículos, apesar de ter cometido vários atos ilícitos não será obrigado a indenizar.

Ainda, o ato ilícito pode decorrer do descumprimento de leis civil e/ou de leis penais. Quando associado ao descumprimento da lei houver dano a outrem resta, no primeiro caso, o dever de indenizar, e no segundo, penas de prisão ou multa, conforme o caso, combinadas, em muitos casos, com indenizações à vítima ou a sua família. É o caso do motorista que abusando de velocidade mata um pai de família em uma rodovia. será responsabilizado civil e penalmente. No civil poderá ser obrigado a indenizar a família da vítima com valor suficiente para mantê-los, uma vez que era ela a responsável pelo sustento da casa. Na esfera penal poderá ser processado por homicídio culposo, sofrendo as penas imposta àquele tipo penal.

12.4 Elementos de imputabilidade

Para que possa ocorrer a responsabilização por cometimento de ato ilícito danoso é necessário que no momento da prática do ato o agente esteja em sua plena capacidade de discernimento, ou seja, que goze de livre determinação da vontade. Aquele que não pode querer, não incorre em culpa, e, portanto, não pratica ato ilícito. São privados de discernimento os loucos, dementes, os menores de idade.

Então, se um jovem de 15 anos comete um ato causando danos, será que este ato poderá ser considerado ilícito? E como fica a questão da responsabilidade pelos danos causados? Ora, ao menor de 16 anos¹ de idade falta, segundo a lei, discernimento, capacidade, para manifestar a sua vontade. Assim, não teria como praticar um ato ilícito, uma vez que não pode querer, não incorrendo em culpa. Mas a responsabilidade pelos

¹ A emancipação de menor entre 16 e 18 anos efetivado pelos pais ou tutores não os isenta responsabilização por atos ilícitos praticados pelo emancipado. O mesmo não acontece se a emancipação se der em razão de casamento ou outra causa prevista no parágrafo único do art. 5º do CC.

danos causados deverá ser assumida por seus responsáveis, pais ou tutores. O mesmo dever existe se o agente for acometido por incapacidade mental, devendo seu curador responder pelos danos.

A indenização deverá ser suficiente para cobrir os danos causados, mas não poderá significar o comprometimento do sustento do agente ou de seu responsável e de sua família. Em alguns casos a impossibilidade financeira do agente ou de seu responsável pode significar o irressarcimento dos danos.

12.5 Pressupostos do ato ilícito

- a) ação ou omissão: para que se configure responsabilidade por omissão atenção para existência de dever jurídico de não se omitir. Este dever pode ser decorrente de lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidentes), contrato (do vigilante, da babá), ou da criação, pelo agente, de alguma situação especial de perigo que envolva vítima.
- b) relação de causalidade: não estará caracterizada a ilicitude se o fato danoso tiver sido propiciado por um agente externo (o caso fortuito), ou por culpa exclusiva da vítima.
- c) ocorrência de dano: moral e material.
- d) culpa ou dolo do agente: dolo é a violação deliberada, intencional do dever jurídico de não causar dano. Quando o Código se refere a ação ou omissão voluntária está fazendo alusão ao dolo. Mas depois, ainda no mesmo art. 186, fala em negligência ou imprudência, conduzindo-nos à culpa que é falta de diligência, de prudência, de perícia. Desta forma um ato ilícito pode tanto ser cometido por dolo ou por culpa, adotando o Código a chamada teoria subjetiva.

12.6 Atos lesivos não considerados ilícitos

Diz o art. 188 que não constituem atos ilícitos:

- * os praticados em **legítima defesa**. Por exemplo: para me defender de um assaltante que está parado no sinal, apontando em minha direção um revólver, jogo meu carro contra ele, em baixa velocidade, fazendo-o cair. Depois vou até o posto policial comunico o ocorrido e peço que lhe prestem socorro.
- * os praticados no **exercício regular de um direito**: muito invocado pela imprensa.

***estado de necessidade próprio ou de terceiro.** por exemplo, para salvar a vida de uma criança que está atravessando a rua para pegar uma bola joga o carro em direção a um muro, causando prejuízos nele.

Atenção: para o excesso na legítima defesa, o abuso no exercício de um direito e a desnecessidade de atos na remoção de perigo próprio ou alheio.

Prescrição

Na precisa observação de Francisco Amaral (apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 533):

Com o fim de proteger a segurança e a certeza, valores fundamentais do direito moderno, limitam-se no tempo a exigibilidade e o exercício dos direitos subjetivos, fixando-se prazos maiores ou menores, conforme a respectiva função.

Para os direitos subjetivos, a lei fixa prazos mais longos, que podem ser suspensos ou interrompidos, durante os quais se pode exigir o cumprimento desses direitos, ou melhor, dos respectivos deveres. Já para os direitos potestativos, os prazos são mais rígidos, isso porque esses direitos devem exercer-se em brevíssimo tempo.

Tal distinção é fundamental.

13.1 Conceito de prescrição

O tempo exerce decisiva influência na aquisição e na extinção de direitos. A prescrição é instituto jurídico intimamente correlato ao tempo. Quando se refere à prescrição deve-se pensar que a manutenção da tranquilidade na ordem jurídica depende do exercício, em um dado espaço de tempo, das pretensões que desfrutaram os sujeitos de direito em relação aos seus direitos subjetivos.

A prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei. Neste caso, a obrigação jurídica prescrita converte-se em obrigação natural. (GONÇALVES, 2016, p. 523).

No direito brasileiro há dois tipos de prescrição: a **aquisitiva** e a **extintiva**. A prescrição aquisitiva é aquela que permite a um sujeito, depois de transcorrido determinado espaço de tempo, incorporar ao seu patrimônio um direito que, de fato, já desfruta há um longo tempo. Este tipo de prescrição é conhecida como usucapião e disciplinada na parte especial do Código, no Livro III, dedicado ao Direito das Coisas, quando trata da aquisição de domínio.

A prescrição extintiva ocorre quando o sujeito de direito deixa de reclamar, mediante ação, determinado direito seu durante certo prazo de tempo; acabando por perder a possibilidade de reclamar, de exigir tal direito. Esta espécie de prescrição é tratada na parte geral do Código entre os artigos 189 a 211.

De fato, da violação do direito subjetivo surge para o seu titular a pretensão, ou seja, o direito subjetivo de ação (art. 5º, XXXV, CF/88), viabilizando o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do dano causado.

No entanto, a possibilidade de buscar o cumprimento da norma ou a reparação do dano via ação processual deve respeitar um lapso temporal fixado por lei (estabelecidos entre os artigos 205 e 206 do CC). A este lapso temporal, chamamos prazo prescricional que é uma sanção adveniente para aquele que não exerce o direito de ação em prazo razoável estipulado por lei¹.

A prescrição é a extinção da pretensão, nos termos do disposto no art. 189 do CCB². Mas por via de consequência, aquele que não exerce a ação no prazo prescricional não tem mais condições de fazer surtir efeitos de seu direito.

Complementando o art. 189, há que se mencionar que a violação do direito, que causa dano ao titular de direito subjetivo, faz nascer, para esse titular, o poder de exigir do devedor uma ação ou omissão, que

¹ A prescrição existe como medida de ordem pública para conferir às relações jurídicas uma certa segurança, que não seria possível diante da instabilidade decorrente do exercício da ação por prazo indeterminado.

² Esclarece-se que a prescrição não é a falta do exercício do direito, mas o não uso da ação processual.

permite a composição do dano verificado. A esse direito de exigir chama a doutrina de pretensão. Pode-se dizer que a pretensão é o poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico.

A prescrição tem por objeto direitos subjetivos patrimoniais e disponíveis, não afetando, por isso, direitos sem conteúdo patrimonial direito como os direitos personalíssimos, de estado ou e família, que são irrenunciáveis e indisponíveis. As relações jurídicas afetadas pela prescrição são objeto necessário de ações condenatórias, que visam a compelir o obrigado a cumprir a prestação ou sancioná-lo na hipótese de inadimplemento.

Por ser de ordem pública a prescrição acarreta três consequências:

- a) simples particulares não podem declarar imprescritível qualquer direito (a prescrição é fixada em norma de ordem pública, apenas por lei);
- b) os prazos prescricionais não podem ser alterados, nem reduzidos, nem aumentados pelos particulares por simples acordo volitivo (art. 192, CC);
- c) antes de consumada a prescrição ela é irrenunciável (art. 191, CC).

13.2 Requisitos para a configuração da prescrição

- a) existência de uma pretensão, que possa ser em juízo alegada por meio de uma ação exercitável;
- b) inércia do titular da ação pelo seu não-exercício;
- c) continuidade desta inércia durante um certo lapso temporal; e
- d) ausência de fato suspensivo, impeditivo ou interruptivo do curso do lapso temporal.

13.3 Pretensões imprescritíveis

Algumas pretensões possíveis de serem deduzidas em juízo são imprescritíveis, ou seja, o tempo não influencia na possibilidade de exercício da ação que resguarda o direito subjetivo do agente. Assim, não prescrevem:

* os direitos da personalidade (como os relativos à vida, à integridade; ao nome);

- * os direitos relativos ao estado da pessoa (por exemplo, ações de reconhecimento de paternidade, separação judicial). Interessante mencionar, quanto à investigação de paternidade, que a súmula 149 do STF estipula que só não prescreve a ação de investigação de paternidade, prescrevendo, porém, a de petição de herança³.
- * as referentes aos bens públicos; as ações e exercício facultativo (como a ação de divisão de condomínio);
- * a ação reivindicatória (proteção do direito de propriedade);
- * a ação para reaver bens em depósito, penhor, mandato. O depositário, credor pignoratício e o mandatário, não tendo posse com ânimo de dono, não podem alegar usucapião.
- * a ação destinada a anular inscrição de nome empresarial feita com violação de lei ou do contrato (art. 1.167 CC).
- * o STJ firmou entendimento de que as pretensões de ressarcimento do erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa são imprescritíveis (GONÇALVES, 2016, p. 525).

Atenção: a regra é da prescritibilidade. A imprescritibilidade é exceção.

Há que se mencionar a afinidade que tem a prescrição com outros institutos, que também sofrem a influência do decurso do tempo, que são os institutos da preclusão, preempção e decadência.

A *preclusão* consiste na perda de uma faculdade processual, por não ter sido exercida no momento impróprio, e só produz efeitos dentro do próprio processo.

A *preempção* também é processual. Constitui-se na perda do direito de ação pelo autor contumaz que por três vezes sucessivas tenha dado causa a arquivamentos.

Quanto à distinção entre prescrição e *decadência*, que será melhor trabalhada a seguir, pode-se dizer que a prescrição atinge diretamente a ação, e por via oblíqua, faz desaparecer o direito por ela tutelado (o que perece é a ação que protege o direito). A decadência, ao contrário, atinge diretamente o direito e, por via oblíqua, extingue a ação (é o próprio direito que perece).

³ Súmula 149 STF. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

13.4 Fatos interruptivos da prescrição

Segundo o art. 202 do CC o transcurso do prazo prescricional pode ser interrompido, UMA SÓ VEZ (evitando protelações abusivas), pelas seguintes causas:

- * por despacho do juiz, ainda que seja incompetente, que ordenar a citação (ver art. 240 CPC⁴);
- * por protesto judicial (ver art. 726, § 2º CPC⁵), ainda que a autoridade judicial seja incompetente;
- * pelo protesto cambial;
- * pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores. A habilitação do credor em inventário, nos autos da falência ou da insolvência civil, constitui comportamento ativo que demonstra que o titular do direito não está inerte;
- * por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (medidas cautelares, notificações, interpelações);
- * por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (pagamentos parciais, prorrogação de prazo, pagamento dos juros, parcelamentos).

A interrupção inutiliza a prescrição iniciada, fazendo que novo prazo prescricional comece a ser contado da data do ato que a interrompeu,

⁴ Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispêndência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos artigos 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º.

§ 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE: O despacho que determina a emenda da petição inicial ou sentença que indefere a petição inicial não interrompem a prescrição.

⁵ Art. 726. Quem tiver interesse em manifestar formalmente sua vontade a outrem sobre assunto juridicamente relevante poderá notificar pessoas participantes da mesma relação jurídica para dar-lhes ciência de seu propósito.

§ 1º Se a pretensão for a de dar conhecimento geral ao público, mediante edital, o juiz só a deferirá se a tiver por fundada e necessária ao resguardo de direito.

§ 2º Aplica-se o disposto nesta Seção, no que couber, ao protesto judicial.

ou do último ato do processo visando a interromper (ver parágrafo único do art. 202).

A interrupção pode ser alegada por qualquer interessado: titular do direito, representante legal, terceiros com legítimo interesse econômico (art. 203, CC).

Segundo o art. 204 a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados. Os efeitos da prescrição são pessoais. Mas existem algumas exceções: a interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros; em caso de direitos indivisíveis a prescrição operada por um dos credores a todos aproveita (ver parágrafo 1º e 2º, art. 204, e 201, CC).

Por fim dispõe o parágrafo 3º do mesmo art. 204 que a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador. Com isso o parágrafo citado segue a regra básica de que o acessório acompanha a sorte do principal.

13.5 Fatos impeditivos e suspensivos da prescrição

Dentre as causas impeditivas da prescrição estão todas as ocorrências que impedem o início da contagem do prazo prescricional. Nesse caso o prazo ainda não começou a fluir e a causa ou fato impede que comece.

Já quando a causa ou obstáculo surgir depois de iniciada a contagem do lapso prescricional opera-se a suspensão do mesmo. Cessada a causa que gerou a suspensão temporária, o lapso prescricional volta a fluir apenas pelo tempo restante do prazo. A justificativa para a suspensão está na condição ou situação temporária em que se encontram determinadas pessoas, por isso impedidas de agir.

Assim ora são *causas interruptivas* (quando o fato gerador da interrupção ocorrer antes de iniciada a contagem do prazo prescricional), ora são *causas suspensivas* (quando o fato gerador da interrupção ocorrer

depois de iniciada a contagem do prazo prescricional) do prazo prescricional as seguintes arroladas entre os arts.197-199, CC:

- * entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- * entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- * entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.
- * contra os absolutamente incapazes⁶
- * contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios⁷;
- * contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.
- * quando pender condição suspensiva;
- * não estando vencido o prazo;
- * pendendo ação de evicção.

Atenção: quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, de acordo com o art. 200, que acabou criando mais uma causa de suspensão.

Importante mencionar ainda o art. 201, que versa: Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.

Assim, existindo 3 credores contra devedor comum, de importância em dinheiro, sendo um dos credores absolutamente incapaz, por exemplo, a prescrição correrá contra os demais credores, pois a obrigação de efetuar pagamento em dinheiro é divisível. Já se a prestação fosse a entrega de um animal, a prescrição só começaria a fluir, para todos, quando o menor completasse 16 anos.

⁶ Tendo a Lei nº. 13.146, de 6/07/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), revogado os incisos do art. 3º do Código Civil e mantido como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, correrão contra o deficiente (enfermo ou excepcional), considerando agora pessoa plenamente capaz, a prescrição e decadência.

⁷ Não faz menção ao serviço público, mas pode se considerar: agentes diplomáticos, agentes consulares, militares brasileiros junto a unidades militares estrangeiras, comissionados para estudos técnicos em países estrangeiros, dentre outros.

13.6 Disposições legais sobre a prescrição

É possível renunciar à prescrição desde que o prazo já tenha se consumado. Esta renúncia pode ser expressa ou tácita (quando o interessado pratica atos incompatíveis com a prescrição) e não pode prejudicar terceiros (art. 191, CC).

A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição (art. 193, CC), e depois da modificação operada no art. 194 do CC⁸, o juiz em qualquer hipótese pode declarar a prescrição.

A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor (196, CC).

Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas podem promover ação contra seus assistentes ou representantes casos estes tenham dado causa à prescrição de ações de interesses daqueles (art. 195, CC).

Os prazos prescricionais são taxativamente definidos em lei, assim não podem ser alterados por acordo das partes.

Ainda, importante mencionar que a prescrição diz respeito, em regra, a direitos patrimoniais. Os direitos não patrimoniais (direitos pessoais, de família) estão sujeitos à decadência ou caducidade. Esta também pode ser declarada de ofício, pelo juiz (CPC, art. 487, II). O artigo 210 do Código Civil diz, imperativamente, que o juiz deve (é dever e não faculdade) conhecer da decadência quando estabelecida por lei. Ainda que se trate de direitos patrimoniais, a decadência pode ser decretada de ofício, quando estabelecida por lei.

13.7 São prazos prescricionais

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. (PRESCRIÇÃO ORDINÁRIA OU COMUM)

Art. 206. Prescreve (PRESCRIÇÃO ESPECIAL):

§ 1º Em um ano:

⁸ Prescrevia o art. 194 que “o Juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz.

- I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;
- II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:
 - a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;
 - b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;
- III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;
- IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;
- V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

- I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;
- II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;
- III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;
- IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;
- V - a pretensão de reparação civil;
- VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;
- VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:
 - a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;
 - b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento;
 - c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Decadência

A decadência é a extinção do próprio direito em razão de decurso de tempo. Pela decadência o próprio direito, por determinação legal ou por convenção das partes se subordina à condição de ser exercido em um certo espaço de tempo. A decadência pode ser arguida por via de ação, por via de exceção e de ofício pelo juiz quando o prazo decadencial for fixado em lei (por ser de ordem pública).

A decadência resultante de prazo extintivo fixado por lei é IRRENUNCIÁVEL (art. 209, CC), mas se resultante de acordo entre as partes, depois de consumada por ser renunciada.

Quando a decadência for legal não se suspende nem se interrompe, exceto por determinação legal (art. 207, CC)

14.1 Prazos decadenciais

Enquanto o CC fixa na parte geral os prazos prescricionais (artigos 205 e 206, CC) o faz de maneira esparsa com os prazos decadenciais legais. Por exemplo:

Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.

Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Importa mencionar que na decadência há a perda de um direito previsto em lei. O legislador estabelece que certo ato terá que ser exercido dentro de um determinado tempo, fora do qual ele não poderá mais efetivar-se porque dele decaiu o seu titular. O tempo age em relação à decadência como um requisito do ato, pelo que a própria decadência é a sanção consequente da inobservância de um termo.

14.2 Distinções entre prescrição e decadência

PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
LEMBRAR DE “PRETENSÃO”	LEMBRAR DE “DIREITO”
Artigos 205 e 206	Todos os demais
Prazo suspende, interrompe	Prazo peremptório, exceção art. 26, par 6º, CDC
Legal- ordem pública. Inalterável	Legal, contratual, derivada de testamento
Irrenunciável	Irrenunciável, quando em lei
De ofício	De ofício, quando em lei

Da prova do fato jurídico

Inicialmente, importante mencionar que o Código Civil de 2002, trata a matéria de prova diferente do Código Civil de 1916. Este, tratava a prova junto com o negócio jurídico. Entretanto, há que se asseverar que não é somente o negócio jurídico, mas sim todo fato jurídico, que é suscetível de ser provado.

15.1 Conceito e noções gerais sobre a prova

Prova é todo o meio admitido pelo direito capaz de demonstrar a existência e validade de um ato ou negócio jurídico.

15.2 Características gerais

É amplamente conhecida a expressão popular que diz que não basta alegar é preciso provar. No direito tudo se dá a base de provas. No entanto estas provas devem ser **admissíveis**, ou seja, não proibidas em lei¹, ou contrárias aos bons costumes; **pertinentes**, isto é, adequadas à comprovarem os fatos alegados; e **concludentes**, esclarecedoras dos fatos que são controversos.

15.3 Princípios norteadores

- a) o ônus da prova incumbe ao autor, àquele que alega o fato e não ao que dele se defende.

¹ Ver art. 5º, LVI, Cf/88 que dispõe, que serão *inadmissíveis*, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

- b) tanto autor como réu tem o direito de produzir provas. Este é um corolário do princípio processual do contraditório.
- c) o juiz deve julgar com base nas provas produzidas e sobre elas formar o seu livre convencimento, podendo inclusive requerer a produção de alguma prova desde que seja necessária a rápida e justa solução do conflito;
- d) o juiz pode indeferir provas inúteis ou protelatórias;
- e) o juiz deve motivar a sua sentença com base nas provas produzidas e juntadas aos autos.
- f) não há necessidade de provar fatos notórios e incontroversos;
- g) quando a lei exigir forma especial, como o instrumento público para os negócios jurídicos sobre bens imóveis (CPC, art. 406², CC, art. 107³), nenhuma outra prova pode suprir-lhe a falta. Por outro lado, não havendo nenhuma exigência quanto à forma (ato não formal), qualquer meio de prova poderá ser utilizado, conforme art. 369 do CPC⁴.

15.4 Os meios de prova previstos no Código Civil

O art.212 arrola os meios de prova disciplinados pelo CC. No entanto, este rol é meramente exemplificativo uma vez que, segundo o CPC, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (art. 369).

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

² Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

³ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁴ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

a) Confissão: ocorre quando uma das partes admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao interesse alheio (art. 389 do CPC⁵). A confissão pode ser judicial (em juízo), extrajudicial (fora do processo), espontânea/provocada/expresa/presumida pela revelia (CPC, art. 341⁶ e 344⁷).

São elementos indispensáveis para que a confissão seja válida:
*capacidade do agente (*Art. 213. Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados. Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado*);
*declaração de vontade livre; e objeto possível.

A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada quando se provar que foi obtida mediante erro ou coação (art. 214, CC).

Há que se asseverar acerca do representante legal do incapaz, vez que este, não pode, em princípio, confessar, por que lhe é vedado concluir negócios e conflito de interesses com o representado (art. 119 CC), e a confissão opera, essencialmente, contra os interesses do titular do direito. A representação voluntária, no entanto, legitima o representante a confessar desde que lhe seja atribuído, expressamente, tal poder (GONÇALVES, 2016, p. 549).

b) Documento: o documento para servir como prova pode ser público ou particular. Os documentos públicos são os elaborados pela autoridade pública no exercício de suas funções como as certidões (reprodução do que se encontra transcrito em determinado livro, como a certidão de nascimento) e traslados (cópia do que se encontra em autos de processos). Os particulares são elaborados por particulares (uma carta, um e-mail, uma foto).

Não se pode confundir documentos com instrumentos. Os instrumentos, sejam públicos ou particulares, diferentemente dos documentos,

⁵ Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

⁶ Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

⁷ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

são elaborados precipuamente para servirem de prova. Diz o caput do art. 215, do CC: *a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena*. E dispõe o art. 221, do mesmo diploma legal: *o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público. Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal* (exemplo: um contrato assinado por duas testemunhas e registrado no registro de títulos e documentos).

O documento público goza de fé pública e o documento particular vale entre as partes, segundo o que dispõe o art. 219 do CC⁸.

O art. 220 do CC⁹ contém regra importante: a autorização de uma pessoa, quando necessária à validade de um ato, só se provará se feita do mesmo modo que o ato. Assim a autorização que deve dar a mulher casada para que o marido realize negócios jurídicos envolvendo bens imóveis do casal só será provada mediante escritura pública. De preferência a assinatura deve constar da própria escritura que serve de prova do negócio realizado. Destarte, só por procuração pública a mulher pode outorgar ao marido poderes para alienação de bem imóvel, pois é essencial a validade do ato a escritura pública (art. 108 do CC¹⁰).

A regra é que o instrumento deve ser exibido no original. porém, *“Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por*

⁸ Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

⁹ Art. 220. A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento.

¹⁰ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

ele subscriptas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados” (art. 217, CC).

Também farão a mesma força probante que os instrumentos, as certidões e traslados extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas (art.217, CC).

É permitida a utilização de fotocópias dos documentos, mas quando impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original.

c) **Testemunhas:** são pessoas que atestam a veracidade ou não de um fato ou de um documento. Podem ser instrumentárias quando, por exemplo, estão presentes na assinatura de um documento para atestarem a veracidade de suas declarações. Ou judiciárias quando prestam depoimento em juízo.

Alguns artigos importantes devem ser mencionados. Dentre eles, o artigo 442 do CPC, que determina que “A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”.

Ainda, o artigo 444 do CPC: “Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova”.

Não podem ser admitidos como testemunhas (art. 228 CC):

* os menores de dezesseis anos;

*o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

*os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

No entanto o juiz pode ouvir estas testemunhas, a princípio inadmissíveis, para auxiliar na formação de seu convencimento (art. 228, § 1º CC).

Ainda, há que se mencionar o § 2º do referido artigo, que versa que “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

Por fim o art. 219 dispõe que: *ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:*

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

d) Presunção: é a inferência de um fato conhecido para chegar em um desconhecido. As presunções podem ser legais (absolutas¹¹, que não admitem prova em contrário ou relativas¹², que admitem prova em contrário), como, por exemplo, do marido que se presume ser pai de filho nascido na constância de casamento com a esposa; e comuns, como quando se presume que as dívidas do marido são contraídas em benefício da família.

e) Perícia: a perícia pode se dar na forma de exame, vistoria ou avaliação. O exame é a apreciação de alguma coisa, um cheque, por exemplo, por um perito a fim de comprovar a sua autenticidade. A vistoria é a inspeção ocular de um local, frequente em ações imobiliárias. Na avaliação o perito apura valores através de arbitramento.

¹¹ Exemplo, art. 163 do CC: Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

¹² Exemplo, art. 1601 do CC: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Referências

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4.ed. Ver. Ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.
- HERKENHOFF, Fernando Coelho. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existencia. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2007.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Nascituro**: Tutela Jurídica à Luz da Constituição Federal. In: LexMagister. Disponível em : http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Privado**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- WALD, Arnaldo. **Direito Civil. Introdução e Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org