

**O Novo**  
**Código Civil**  
*comentado*

————— (1) —————



*Ana Lucia Porto de Barros  
Carlos Santos de Oliveira  
Cleyson de Moraes Mello  
Fernanda Pontes Pimentel  
Fernando Santos Esteves Fraga  
João Batista Berthier Leite Soares  
Juarez Costa de Andrade  
Renato Lima Charnaux Sertã  
Sônia Barroso Brandão Soares  
Thelma Araújo Esteves Fraga  
Wagner de Mello Brito*

# **O Novo Código Civil** *comentado*

— (1) —

**2002**

86 anos do lançamento do Código Civil de 1916  
85 anos de fundação da Editora Freitas Bastos

Nossa história sempre andou de braços dados



**Freitas Bastos Editora**

Copyright © 2002 by

Ana Lucia Porto de Barros, Carlos Santos de Oliveira,  
Cleyson de Moraes Mello, Fernanda Pontes Pimentel,  
Fernando Santos Esteves Fraga, João Batista Berthier Leite Soares,  
Juarez Costa de Andrade, Renato Lima Charnaux Sertã,  
Sônia Barroso Brandão Soares, Thelma Araújo Esteves Fraga,  
Wagner de Mello Brito

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.02.1998.  
É proibida a reprodução total ou parcial, por quaisquer meios, bem como  
a produção de apostilas, sem autorização prévia, por escrito, da Editora.

Direitos exclusivos da edição e distribuição em língua portuguesa  
reservados para a

**Livraria Freitas Bastos Editora S/A**

*Editor:* Isaac D. Abulafia

*Capa:* Amélia Brandão

*Projeto Gráfico:* Freitas Bastos Editora

*Edição Eletrônica:* Jair Domingos de Sousa

**CATALOGAÇÃO NA FONTE DO DEPARTAMENTO NACIONAL DO LIVRO**

---

N945 O novo código civil: comentado / Ana Lucia Porto de  
Barros...[et al.]. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.  
v.1; 23 cm

ISBN: 85-353-0246-8

1. Direito civil – Brasil.

CDD: 346.81

---



**Livraria Freitas Bastos Editora S/A**

Av. Londres, 381 CEP 21041-030 – Bonsucesso – Rio de Janeiro – RJ  
Telefax (21) 2573-8949 – E-mail: fbastos@netfly.com.br

## **ORGANIZADORES**

Cleyson de Moraes Mello  
Thelma Araújo Esteves Fraga

## **AUTORES**

### **Ana Lucia Porto de Barros**

*Pós-Graduada em Direito*  
*Professora de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá – Unidade Ilha do Governador*  
*Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro*

### **Carlos Santos de Oliveira**

*Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*  
*Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Unidade Copacabana*  
*Professor de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá*  
*Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJERJ*

### **Cleyson de Moraes Mello**

*Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF*  
*Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá*  
*Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá / Unidade Ilha do Governador*  
*Professor de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá*  
*Assessor Jurídico da Fundação Vale do Rio Doce*  
*Advogado militante no Rio de Janeiro*  
*Engenheiro*

### **Fernanda Pontes Pimentel**

*Mestranda em Direito pela Universidade Gama Filho*  
*Pós-Graduada em Direito*  
*Professora de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá – Unidades Centro I e Niterói*  
*Advogada militante no Rio de Janeiro*

### **Fernando dos Santos Esteves Fraga**

*Pós-Graduado em Direito Administrativo*  
*Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil*  
*Professor de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá – Unidades Ilha, Campo Grande, Bangu e Nova América*  
*Advogado militante no Rio de Janeiro*

**João Batista Berthier Leite Soares**

*Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-RJ  
Professor de Direito Constitucional e Administrativo da PUC-RJ  
Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ  
Procurador do Trabalho*

**Juarez Costa de Andrade**

*Mestrando em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF  
Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Unidade Rebouças  
Professor de Direito Imobiliário da Universidade Estácio de Sá  
Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJERJ*

**Renato Lima Charnaux Sertá**

*Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá  
Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Unidade Méier  
Professor de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá  
Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJERJ*

**Sônia Barroso Brandão Soares**

*Mestra em Direito Civil pela UERJ  
Professora de Direito Civil e Processual Civil na Universidade Estácio de Sá  
Professora de Responsabilidade Civil e Família no programa de pós-graduação  
da Universidade Cândido Mendes.  
Advogada / militante no Rio de Janeiro*

**Thelma Araújo Esteves Fraga**

*Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá  
Coordenadora Geral do Curso de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá  
Professora de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá  
Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica  
Professora da pós-graduação da Universidade Cândido Mendes  
Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJERJ*

**Wagner de Mello Brito**

*Mestrando em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF  
Professor de Direito Comercial da Universidade Estácio de Sá – Unidade Ilha do Governador  
Advogado militante no Rio de Janeiro*

## A EXCELÊNCIA DA SABEDORIA

*Filho meu, se aceitares as minhas palavras e esconderes contigo os meus mandamentos, para fazeres atento à sabedoria o teu ouvido e para inclinares o teu coração ao entendimento, e, se clamares por inteligência, e por entendimento alçares a voz, se buscares a sabedoria como a prata e como a tesouros escondidos a procurares, então, entenderás o temor do Senhor e acharás o conhecimento de Deus. Porque o Senhor dá a sabedoria e da sua boca vem a inteligência e o entendimento. Ele reserva a verdadeira sabedoria para os retos; é escudo para os que caminham na sinceridade, guarda as veredas do juízo e conserva o caminho dos seus santos. Então, entenderás justiça, juízo e equidade, todas as boas veredas. Porquanto a sabedoria entrará no teu coração e o conhecimento será agradável à tua alma.*

Provérbios, 2,1:10

*Dedicamos esta obra:*

- *Deus, que nos tem abençoado diariamente;*
- *Ao Professor Miguel Reale;*
- *Aos professores e alunos de Direito Civil que se encontram em todo o Brasil;*
- *Aos Mestres e Doutores dos cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Universidade Gama Filho – UGF;*
- *À Universidade Estácio de Sá, em especial, à Coordenação Geral do Curso de Direito que nunca poupou esforços no aprimoramento de seus professores, bem como na constante melhoria do curso de Direito;*
- *Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial, a todos os magistrados que na nobre missão de solucionar conflitos sociais, têm erguido as suas valorosas penas em luta incansável por um aprimoramento do Poder Judiciário;*
- *À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, em especial ao Professor Desembargador Sérgio Cavalieri Filho;*
- *À OAB e a todos os membros do Ministério Público, Defensoria Pública e demais operadores e cientistas do Direito;*
- *À Livraria Freitas Bastos Editora, em especial, a Isaac Delgado Abulafia, pela iniciativa e feliz parceria no desenvolvimento desta obra;*
- *À Fundação Vale do Rio Doce – FVRD, cuja diretoria e empregados desenvolvem admiráveis projetos sociais na área de educação, desenvolvimento social e cultura;*
- *Aos nossos pais, esposas(os), filhos(as) e demais familiares que estiveram, como sempre, ao nosso lado durante a preparação desta obra, abdicando horas de lazer, compartilhando do nosso entusiasmo na defesa dos valores da justiça e da felicidade;*
- *Aos nossos queridos alunos da graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá.*

Os Autores



## Nota de Reconhecimento

A Coordenação Geral do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá orgulha-se do trabalho de pesquisa realizado por seus talentosos professores Ana Lucia Porto de Barros, Carlos Santos de Oliveira, Cleyson de Moraes Mello, Fernanda Pontes Pimentel, Fernando dos Santos Esteves Fraga, João Batista Berthier Leite Soares, Juarez Costa de Andrade, Renato Lima Charneaux Sertã, Sônia Barroso Brandão Soares, Thelma Araújo Esteves Fraga e Wagner de Mello Brito, os quais vêm brindar-nos com uma obra que, sem dúvida, cumprirá importante papel na divulgação e na compreensão do novo Codex, servindo como referência necessária para as futuras gerações.

Os autores estão afinados com as diretrizes modernas do ensino e do aperfeiçoamento acadêmico, e os presentes “COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL” constituem uma efetiva contribuição para o estudo do Direito Civil nesta etapa formidável de sua evolução.

Rio, maio de 2002.

Prof. André Uchôa  
*Coordenador Geral do Curso de Direito  
Universidade Estácio de Sá*



# SUMÁRIO

## VOLUME 1

Apresentação .....	XV
Introdução .....	XIX
Preâmbulo: A Hermenêutica Jurídica e a Filosofia do Novo Código Civil Brasileiro .....	XXIX

### PARTE GERAL

#### **LIVRO I – DAS PESSOAS**

Título I – Das pessoas naturais (Arts. 1 a 39) .....	3
Título II – Das pessoas jurídicas (Arts. 40 a 69) .....	33
Título III – Do domicílio (Arts. 70 a 78) .....	49

#### **LIVRO II – DOS BENS**

Título único: Das diferentes classes de bens (Arts. 79 a 103) .....	57
---	----

#### **LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS**

Título I – Do negócio jurídico (Arts. 104 a 184) .....	73
Título II – Dos atos jurídicos lícitos (Art. 185) .....	123
Título III – Dos atos ilícitos (Arts. 186 a 188) .....	123
Título IV – Da prescrição e da decadência (Arts. 189 a 211) .....	128
Título V – Da prova (Arts. 212 a 232) .....	159

## PARTE ESPECIAL

### LIVRO I – DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Título I	– Das modalidades das obrigações (Arts. 233 a 285) .....	173
Título II	– Da transmissão das obrigações (Arts. 286 a 303) ....	222
Título III	– Do adimplemento e extinção das obrigações (Arts. 304 a 388) .....	233
Título IV	– Do inadimplemento das obrigações (Arts. 389 a 420) .....	288

### Contratos

Título V	– Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480) .....	307
Título VI	– Das várias espécies de contrato (Arts. 481 a 853) .....	370
Título VII	– Dos atos unilaterais (Arts. 854 a 886) .....	646

### Títulos de crédito – Responsabilidade civil – Preferências e privilégios creditórios

Título VIII	– Dos títulos de créditos (Arts. 887 a 926) .....	675
Título IX	– Da Responsabilidade Civil (Arts. 927 a 954) .....	684
Título X	– Das preferências e privilégios creditórios (Arts. 955 a 965) .....	776

### ANEXOS

<b>Anexo 1</b>	– Exposição de motivos do Novo Código Civil .....	783
<b>Anexo 2</b>	– Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 .....	825

## Tópicos do Volume II

### LIVRO II – DIREITO DE EMPRESA

Título I	– Do empresário (Arts. 966 a 980)
Título II	– Da sociedade (Arts. 981 a 1.141)
Título III	– Do estabelecimento (Arts. 1.142 a 1.149)
Título IV	– Dos institutos complementares (Arts. 1.150 a 1.195)

### LIVRO III – DIREITO DAS COISAS

Título I	– Da posse (Arts. 1.196 a 1.224)
Título II	– Dos direitos reais (Arts. 1.225 a 1.227)

- Título III – Da propriedade (Arts. 1.228 a 1.368)
- Título III – Da propriedade (Arts. 1.228 a 1.368)
- Título IV – Da superfície (Arts. 1.369 a 1.377)
- Título V – Das servidões (Arts. 1.378 a 1.389)
- Título VI – Do usufruto (Arts. 1.390 a 1.411)
- Título VII – Do uso (Arts. 1.412 e 1.413)
- Título VIII – Da habitação (Arts. 1.414 a 1.416)
- Título IX – Do direito do promitente comprador (Arts. 1.417 e 1.418)
- Título X – Do penhor, da hipoteca e da anticrese (Arts. 1.419 a 1.510)

#### **LIVRO IV – DIREITO DE FAMÍLIA**

O novo estatuto familiar: novidades e repetições.

1. Introdução
2. Visão geral do livro IV do Novo Código Civil
3. Do direito pessoal (Arts. 1.511 a 1.638)
4. Do direito patrimonial (Arts. 1.639 a 1.722)
5. Da união estável – avanços e retrocessos (Arts. 1.723 a 1.727)
6. Da tutela e da curatela (Arts. 1.728 a 1.783)
7. Conclusão – Do que ainda não tratamos?

#### **LIVRO V – DO DIREITO DAS SUCESSÕES**

Introdução

- Título I – Da sucessão em geral (Arts. 1.784 a 1.828)
- Título II – Da sucessão legítima (Arts. 1.829 a 1.856)
- Título III – Da sucessão testamentária (Arts. 1.857 a 1.990)
- Título IV – Do inventário e da partilha (Arts. 1.991 a 2.027)

#### **LIVRO COMPLEMENTAR – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**

Artigos 2.028 a 2.046

#### **ANEXOS**

– Constituição e Código Civil

**Anexo 1** – Exposição de motivos do Novo Código Civil

**Anexo 2** – Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916



## Apresentação

Enfim, um novo Código Civil, acontecimento tão grandioso na história jurídica de um país que tem lugar de século em século, mais raro do que a promulgação de uma nova Constituição. Tanto é assim que na vigência do Código Civil de 1916 sucederam-se nada menos do que seis constituições brasileiras, sem contar a de 1891.

Maior que a edição de um novo Código Civil são os desafios que ele representa. Desafios de todos os tipos e para todos os setores do mundo jurídico. Desafios para os operadores do direito em geral, principalmente para os Magistrados, que têm a nobre missão de aplicá-lo; desafios para os professores no sagrado sacerdócio de ensiná-lo aos seus alunos; desafios para os juristas na penosa tarefa de interpretá-lo em comentários e livros de doutrina.

Será uma tarefa árdua, longa, mas instigante. Tenho repetido que o Código de Processo Civil de 1973 despertou o gosto pelo estudo do Processo, abrindo espaço para o surgimento de uma geração de talentosos processualistas. O Código Penal de 1984 – parte geral – reacendeu a paixão pelo Direito Penal e, conseqüentemente, propiciou o clima para a produção de riquíssima doutrina sobre o tema. A chance dos publicistas veio com a Constituição de 1988, permitindo-lhes a elaboração de vasta e prestigiada doutrina, na verdade um novo Direito Constitucional. Agora é a vez dos civilistas que, de certa foram, estavam no ostracismo.

Diria que, ultrapassada a fase das críticas ao novo Código Civil, algumas contundentes e até pertinentes, outras nem tanto, é chegada a hora de estudarmos, discutirmos e proclamarmos as suas virtudes. O legislador fez a sua parte, cumpre-nos agora fazer o nosso dever de casa, pois, como do conhecimento geral, o direito é maior que a lei. Na feliz lição de Mário Moacyr Porto, “a lei não esgota o direito assim como a partitura não esgota a música”. Em outras palavras, se a boa ou má execução da música depende da virtuosidade dos seus intérpretes, também o talento, a sensi-

bilidade e a criatividade dos juristas determinarão a grandiosidade do novo Código Civil. “A norma jurídica, escreveu Rosah Russomano em suas *Lições de Direito Constitucional* (1970, p. 302), tornar-se-á boa ou má, produtiva ou prejudicial, elogiável ou iníqua, não tanto pelo seu conteúdo específico, porém antes e acima de tudo pela própria interpretação que o magistrado lhe imprimir.”

A obra que tenho a honra de apresentar é o resultado do compromisso e dedicação ao ensino de um grupo de jovens e talentosos professores do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Aceitaram os desafios do novo Código Civil e se empenharam em comentá-lo no firme propósito de darem efetiva contribuição aos seus alunos e ao mundo jurídico em geral. A parte geral ficou a cargo de Fernando dos Santos Esteves Fraga, Professor de Direito Civil e Advogado militante no Rio de Janeiro. Renato Lima Charnaux Sertã, Professor de Direito Civil e Magistrado do Estado do Rio de Janeiro e Ana Lucia Porto de Barros, Professora de Direito Civil e Defensora Pública, comentam a parte das obrigações e esta última o pagamento indevido. Carlos Santos de Oliveira, Professor de Direito Civil e Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, assumiu os comentários dos direitos da personalidade, contratos em geral e dos contratos em espécie, estes em parceria com a Professora Thelma Araújo Esteves Fraga, Magistrada no Estado do Rio de Janeiro e uma das organizadoras da obra e o Professor Cleyson de Moraes Mello, advogado militante, mestre em direito civil pela UNESA e um dos organizadores da obra. A parte relativa à Responsabilidade Civil é comentada pela Professora Thelma Araújo Esteves Fraga. Wagner de Mello Brito, Professor de Direito Comercial e Advogado militante no Rio de Janeiro comenta os dispositivos que disciplinam as preferências e privilégios creditórios e todo o Livro II dedicado ao Direito de Empresa. Juarez Costa de Andrade, outro ilustre membro da Magistratura Fluminense e respeitado Professor de Direito Civil em conjunto com a Professora Thelma Araújo Esteves Fraga, enfrentam a parte dedicada ao Direito das Coisas, tanto à posse como à propriedade e os demais direitos reais. A parte relativa ao Direito de Família é comentada pela Professora Sônia Barroso Brandão Soares, Mestra em Direito Civil pela UERJ e Advogada militante. Por fim, coube à Professora Fernanda Pontes Pimentel os comentários do Livro das Sucessões.

Vê-se, desta singela apresentação que os autores da obra, embora jovens, são professores experientes, juristas talentosos precocemente amadurecidos pelos embates forenses, quer como advogados e defensores, quer como magistrados ilustres. É uma obra completa? Asseguro que os próprios autores jamais tiveram tal pretensão, pois sabem, como todos nós, que comentar um novo Código Civil é tarefa para mais de uma geração. Algumas décadas ainda haverão de passar até que tenhamos inteligência clara, precisa, pacífica e solidificada na doutrina e na jurisprudência sobre muitos pontos hoje polêmicos do novo Código, ou pelo menos controvertidos. O firme e elogiável propósito dos autores foi o de presta-

rem uma efetiva contribuição à divulgação e compreensão desse novo monumento jurídico, e o de auxiliarem os seus alunos, aos quais se dedicam com tanto desvelo, a darem os primeiros passos no estudo do novo Código Civil.

Autores e editora merecem os nossos aplausos pela iniciativa de trazerem a lume obra de tal valor. E se é verdade, como já se disse, que um livro vale pela credibilidade do seu autor e pela densidade jurídica como são expostas suas teses, no presente caso a obra está destinada ao sucesso editorial. A Universidade Estácio de Sá, a Magistratura Fluminense e a comunidade jurídica do Rio de Janeiro sentem-se honrados por contarem em seus quadros com talentos como o dos autores desta obra.

*Desembargador Sérgio Cavalieri*



# Introdução

Liberto das contenções impostas pelo individualismo que dominou as codificações do século XIX, influenciadas pelo Código Napoleônico de 1804, e pelo fascínio da escola pandectista alemã, acusada de ser expressão do individualismo burguês, veio a lume em nosso país, com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o “NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO”, com *vacatio legis* de um ano, provido de 2.046 artigos distribuídos em duas Partes. A primeira – Geral – com 3 Livros (Das Pessoas, dos Bens e Dos Fatos Jurídicos) e a segunda – Especial – com 5 Livros, estes dedicados, na ordem, à matéria relativa ao Direito das Obrigações, incluindo os Contratos (10 Títulos), ao Direito de Empresa (4 Títulos), ao Direito das Coisas (10 Títulos), ao Direito de Família (4 Títulos) e ao Direito das Sucessões (4 Títulos), além do Livro Complementar dedicado às Disposições Finais e Transitórias.

Mudou-se a estrutura do Código de 1916, agora para adotar-se mais fielmente o modelo do BGB, vazado no método científico-racional de SAVIGNY, bastando verificar-se que o Livro I da Parte especial passou a tratar dos Direitos Obrigacionais, enquanto ao Direito de Família reservou-se o Livro IV.

Cumprindo longa tramitação legislativa, o “NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO” resultou do Anteprojeto 634, cuja elaboração, iniciada em 23.05.69 e concluída em 16.01.75, confiou-se a Comissão de Alto Nível, coordenada pelo juriconsulto MIGUEL REALE e da qual participaram notáveis juristas, como o Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, o Professor AGOSTINHO ARRUDA ALVIM, o Professor SÍLVIO MARCONDES, o Professor EBERT VIANNA CHAMOUN, o Professor CLÓVIS DO COUTO E SILVA e o Professor TORQUATO CASTRO.

Pretendia-se, então, mudar o Código Civil Brasileiro, aquele monumento edificado a partir do anteprojeto CLOVIS BEVILACQUA, em vigor entre nós desde 1º de janeiro de 1917 e sob cuja regência formaram-se os costumes, a cultura e os sentimentos de tantas gerações de brasileiros.

Muitos debates travaram-se ao longo desses anos; audiências públicas tiveram lugar; eram enormes as preocupações. Praticamente todos os segmentos do mundo jurídico e entidades da sociedade civil de alguma forma participaram desses movimentos. A Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu Conselho Federal, chegou a enviar ao Sr. Presidente do Senado Federal sugestões de emendas ao Projeto, elaboradas por comissões das quais participaram os Professores Arnoldo Wald e José Lamartine Corrêa de Oliveira. A OAB, em síntese, manifestava-se contrária à edição de um Código Civil antes de conhecidos os limites e as possibilidades oferecidos por texto constitucional em vias de elaboração, como reflexo das transformações sociais, políticas e econômicas em ebulição na época, 1984, quando o Projeto, aprovado na Câmara dos Deputados, acabava de chegar no Senado Federal, onde permaneceu cerca de dez anos, voltando a tramitar por força da vontade política do Presidente Antônio Carlos Magalhães.

O Relator Geral na Câmara Alta foi o Senador Josaphat Marinho, recentemente falecido – a Bahia e o Brasil perderam um “Grande Homem” – a quem muito se tributa o êxito da formidável elaboração legislativa e a sensível melhoria de sua qualidade, como reconheceu o Professor Miguel Reale em artigo publicado no *O Estado de São Paulo*, edição de 13.04.2001.

Realmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, bem assim de outros importantes diplomas legais, entre eles o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13.07.90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), a Lei de Locações Prediais (Lei nº 8.245, de 18.10.91), a Lei nº 8.560, de 29.12.92 (sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento), a Lei nº 8.971, de 29.12.94 (direito dos companheiros a alimentos e à sucessão), Lei nº 9.610, de 19.02.98 (sobre direitos autorais), com o advento dessas e de outras leis significativas, tornou-se imperioso rever o Projeto, o que realmente se fez, embora de modo insuficiente.

Daí emergiram clamores ressonantes, com queixas de já estar vetusto o Código antes mesmo de entrar em vigor.

Malgrado haja certo exagero nas críticas, a verdade é que será necessária e inevitável em breve a edição de uma lei ampla destinada a corrigir distorções, melhor compatibilizar certos institutos com o próprio sistema e mesmo atualizar o novel CODEX.

Houve denso debate sobre a necessidade ou não de manter-se a codificação do direito civil, sendo contrário ao sistema o eminente jurista baiano ORLANDO GOMES, que chegou a considerar anacronismo gritante, insulto à lógica dos tempos, a substituição total do Código de 1916 “por outro bem próximo”. O Senador JOSAPHAT MARINHO professava o mesmo entendimento. Já na Alemanha, onde o sistema das codificações experimentou o seu apogeu com o advento do BGB, e teve mesmo as suas raízes nas codificações bávaras de 1751 e 1756, SAVIGNY já sustentava a desnecessidade da codificação do direito positivo, mantendo a respeito conhecida polêmica com THIBAUT, que defendia a idéia de um código de direito comum alemão. Obra clássica sobre o assunto é a monografia escrita na Itália por NATALINO IRTI, publicada em 1979.

À parte as chamadas codificações antigas ou históricas, representadas pelo Código de Hammurabi, foi no começo do século XIX, com os Códigos Napoleônicos, que floresceu a era das codificações, sendo de citar-se os Códigos da Áustria (1811), do Chile (1855), da Itália (1865), de Portugal (1867), da Argentina (1869), da Suíça (1881). No século XX tivemos, entre outros, os Código do Brasil (1916), da Rússia (1927), da Itália (1942), de Portugal (1966).

Outro argumento de peso lançado contra a persistência da codificação civil é o de que a migração para o plano constitucional de princípios atinentes a instituições privadas, como a propriedade, a família e a própria autonomia privada, antes aninhadas no seio do Código, provocou o seu esvaziamento como estatuto da vida privada, tal como anota WILSON CARLOS RODYCZ, Desembargador no Rio Grande do Sul (in *AJURIS*, n.º 75).

O Professor MIGUEL REALE lançou-se de pronto em defesa da codificação, embora sem o entusiasmo de RUY BARBOSA, que chegou a qualificar o Código de 16 como um “produto extremo de nossa cultura”, advertindo, entretanto, que o estilo de um código moderno não pode ser o mesmo das codificações de antanho, posto que, ao diverso daquelas, deve consistir apenas num elemento central do sistema jurídico, contendo os princípios e delineamentos dos institutos mais significativos, servindo como garantia da harmonização do direito privado, enfatizando, em suma, que o código deverá ser uma lei básica, não um diploma globalizante.

Essa foi também a posição publicamente assumida pelo Professor Clóvis do Couto e Silva.

As idéias dominantes no século XVIII (liberalismo na política; capitalismo na economia e o individualismo no direito), que tanto influíram naqueles Códigos do século XIX, já no século XX não mais dominavam a

direção política e cultural da sociedade. A Revolução Russa de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, sobretudo, romperam com aquelas amarras.

O nosso Código Civil surgiu com uma certa obsolescência exatamente por decorrer de um anteprojeto elaborado no século anterior. Na verdade está sendo substituído um século depois. O Código Civil Francês manteve-se em vigor durante esses dois séculos à custa de muitas leis especiais editadas para o fim de dar-lhe atualidade. Mas, isto causou-lhe tamanha desfiguração que para os irmãos MAZEAUD ele não mais traduzia o estado do direito positivo privado do país. O BGB também sobreviveu em conseqüência de seu estilo abstrato-generalizante, alicerçado em cláusulas gerais (e.g.; o famoso § 242.) e conceitos indeterminados (equidade, boa-fé, bons costumes, abuso de direito, etc.), assunto sobre o qual produziu interessante artigo a Professora JUDITH MARTINS COSTA – “O Direito Privado como um sistema em construção...”, (in RT, vol. 753) – sem qualquer favor a autora pátria que melhor focaliza essa questão sobre “cláusula geral”, aliás, o tema de sua tese de doutorado na USP, em 1996.

A formidável virtude das “cláusulas gerais” é fazer do juiz um elemento de interação da norma, propiciando-lhe, então, invocar os princípios gerais e construir o direito aplicável àquele caso concreto submetido à sua jurisdição, numa construção intelectual muito à semelhança do que se passa no sistema do “common law” e sem a escravização do positivismo absoluto.

Nada obstante toda essa turbulência provocada pelos opositores da codificação, à frente o Professor ORLANDO GOMES, defendendo uma técnica de elaboração legislativa moderna e eficiente, caracterizada pela adoção de microssistemas, ao invés de um diploma concentrador, vingou no ponto a tradição.

Chegou-se até, em 1963, à tentativa de elaborar-se dois códigos simultaneamente, um dedicado à matéria obrigacional enquanto o outro, o Civil, cuidaria do restante do direito privado, no exemplo colhido da Suíça, com seus dois Códigos de 1881, e do Líbano e da Polônia. A tarefa chegou ao magistério dos Professores Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Marcondes e Teófilo de Azeredo Santos, integrando a Comissão Revisora os Professores Orozimbo Nonato e Orlando Gomes.

A tentativa fracassou, mas serviu para reacender o movimento pela unificação do direito obrigacional, o que acabou vindo a acontecer, apesar do alerta oferecido com muita oportunidade pelo Professor de Maringá MUNIR KARAM (RT – CIVIL – N.º 757), para quem seria prudente aguardar-se a institucionalização do MERCOSUL e elaborar-se um estatuto

obrigacional comum aos países que o integram, à moda do UNIFORM COMMERCIAL CODE (adotado por todos os Estados americanos), evitando, assim, as críticas que vieram a ser endereçadas aos novos Códigos Civis do Paraguai e do Peru.

A unificação do direito obrigacional civil e comercial é um tema antigo. Aliás, no direito romano não se conhecia diferença entre um e outro, e mesmo na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos da América e nos países escandinavos não há propriamente um direito comercial autônomo. Ao grande civilista pátrio TEIXEIRA DE FREITAS coube lançar e defender o movimento da unificação não só entre nós mas também para o exterior, antecedendo mesmo a ENDEMANN na Alemanha e a VIVANTE, que só o fizera na Universidade de Bolonha, em aula inaugural proferida na Faculdade de Direito, em 1892.

A Itália alcançou a unificação com o Código das Obrigações de 1942.

No Brasil a rejeição da proposta de TEIXEIRA DE FREITAS não matou o movimento. INGLÊS DE SOUZA, incumbido de elaborar o projeto de Código Comercial, acabou transformando-o e apresentando em 1912 um projeto de Código Brasileiro de Direito Privado, o qual, porém, não medrou.

Outro esforço aconteceu em 1939, quando o Ministro Francisco Campos designou a famosa Comissão composta pelos notáveis OROZIMBO NONATO, HAHNEMAN GUIMARÃES e FILADELFO AZEVEDO, que, após a formulação da Lei de Introdução ao Código Civil, aprovada pelo Decreto-lei n.º 4.657, de 04.09.42, ofereceu um Projeto de Código de Obrigações, na linha unificadora, não tendo este também vingado.

A unificação operada pelo “NOVO CÓDIGO CIVIL” pode ser classificada como formal e restrita, qual o modelo suíço e italiano, e bem se colhe das disposições componenciais dos Livros I e II da Parte Especial que ao lado de um eixo central e cláusulas gerais neles estabelecidos, vão coexistir microssistemas específicos, como o das locações prediais, do direito falimentar, do direito societário.

Contudo, não se pode ignorar o avanço que lograram alcançar os defensores da unificação.

Em que pese as críticas que lhe foram lançadas, e com toda procedência, o “NOVO CÓDIGO CIVIL” introduziu no direito privado brasileiro codificado algumas mudanças, algumas novidades, para não falarmos na superação do vetusto Código Comercial de 1850.

Reflexo de uma outra época, na qual dominava a atividade agropecuária, portanto em meio a uma civilização predominantemente rural, o direito privado regulado no Código de 1916 distanciou-se bastante do nossos dias.

O novel diploma soube preservar os institutos de regime estável e os conceitos imutáveis, incorporando as construções pretorianas sedimentadas ao longo dessas décadas, realçando o papel criador da jurisprudência, e dando vez à evolução doutrinária e à moderna elaboração legislativa.

Vejamus esta passagem de artigo produzido pelo Professor LUIZ EDSON FACHIN, um moderno civilista de boa cepa, dos que mais conhecem o “NOVO CÓDIGO CIVIL”, editado no nº 757 da RT, Terceira Seção, pág. 67:

“A família, por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos códigos culturais, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.

De outra parte, o contrato, a seu turno, migrou do formalismo e da rigidez dos pactos para acolher não apenas a boa-fé como também a relevância dos deveres jurídicos laterais. E assim, as titularidades, que sobre si receberam os ares da funcionalização, respondem, pois, por ditames teleológicos no plano de sua justificação social. Empresa, posse e propriedade recolocam em cena, sob matizes diversos, a dicotomia do público e do privado. Vê-se, portanto, nessas três dimensões, citadas a título de ilustração, a transformação de valores operada a partir da mudança cultural”.

Para focalizarmos apenas aspectos pontuais, citemos, com vistas à Parte Geral, a questão dos direitos da personalidade, notoriamente prepositivos porque emanantes do *jus naturale*, cujo objeto encontra-se internamente, na própria personalidade, na individualidade humana em si; – a vida, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade, o nome, o domicílio são aspectos da personalidade.

Os direitos da personalidade, a par da proteção a nível constitucional, passaram a contar com um Capítulo específico no Livro I da Parte Geral, artigos 11 a 21.

Não era assim no Código de 16, onde a matéria foi tratada genericamente pelo efeito da respectiva violação, com fulcro no famoso art. 159. Da mesma forma procedeu o Código Penal, que se caracteriza pela contingência de normas jurídicas constituídas em razão da violação dos direitos naturais e subjetivos.

A capacidade civil desceu para 18 anos; incorporou-se o instituto da lesão enorme e enormíssima como causa invalidante do negócio jurídico, o que já havia feito o Código de Defesa do Consumidor; tratou-se explicitamente da representação, da reserva mental, do abuso de direito e da prova dos fatos jurídicos; deu-se a correta definição à prescrição e à decadência, não mais sendo preciso fazer malabarismos para diferenciá-las; e manteve-se a metodologia do pandectismo, traçada a partir da conceituação de negócio jurídico.

Novidade no mínimo curiosa encontramos no art. 185, responsável pelo lançamento da expressão “atos jurídicos lícitos”, resultado da vitória de MIGUEL REALE sobre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na conhecida polêmica sobre o correto sentido do conceito de “ato jurídico”. A nós, *data venia*, não faz bem ter que admitir um ato jurídico ilícito. O ato ilícito não é jurídico, embora produza efeitos no mundo do direito, a responsabilidade civil.

Na Parte Especial, entre as numerosas modificações e as muitas novidades, citemos ligeiramente a introdução da assunção de dívida no contexto do Código, o novo regime da mora, o trato específico dos contratos preliminares, a dignificação da boa-fé e do enriquecimento sem causa, erigido este em fonte de obrigação; a onerosidade excessiva como fator de resolução do contrato, previsão já constante do Código de Defesa do Consumidor; a Venda Sobre Documentos; a responsabilidade civil que se manteve ligada à idéia de culpa, embora transitando para a responsabilidade objetiva desde que haja previsão legal ou risco para os direitos das pessoas.

No Direito da Empresa, só novidade. Cuida-se do Empresário, da Sociedade, do Estabelecimento e outros institutos complementares, como o registro e o nome empresarial, em um contexto cheio de cláusulas gerais, tanto que, como vimos, mantidos os microssistemas concernentes às sociedades por ações e por cotas ao direito falimentar, à propriedade industrial.

No Direito das Coisas destacam-se a eliminação da enfiteuse e da renda real; o advento do direito real de superfície; a incorporação do direito do promitente comprador do imóvel ao elenco do art. 1.225; a ampliação das hipóteses e do regime do usucapião (não atinei para a mudança de gênero da expressão “usucapião”, tratada tradicionalmente entre nós

como masculino); a incorporação do regime concernente ao Condomínio Especial, pro diviso ou horizontal, que o Projeto preferiu chamar de “EDILÍCIO”.

No Título da Posse não se vislumbram grandes modificações.

No Direito de Família, onde se pretendia introduzir profundas mudanças, notamos que além do Casamento, a União Estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, na linha estabelecida pela Constituição Federal (art. 226, § 3º), fenômeno distinto do Concubinato, definido no art. 1.727 como situação envolvendo homem e mulher impedidos de casar.

No Direito das Sucessões vamos ressaltar a mudança na ordem de vocação hereditária, com ampliação dos direitos sucessórios do cônjuge, que passou a figurar, exclusivamente ou em concorrência, conforme o caso, nos três primeiros graus da ordem.

Diversas matérias, consoante assinalamos, não foram incorporadas ao corpo permanente do Código, preferindo a Comissão e o legislador deixar por conta dos microssistemas, em atenção ao caráter dinâmico e especialíssimo das mesmas. Afinal, perfilhou-se uma orientação mais operacional que conceitual, forte no culto à razoabilidade.

O advento desse estatuto básico do direito privado pátrio logo nos trouxe outra preocupação, provocando verdadeiro alvoroço no campo da doutrina e da hermenêutica.

O que fazer com um século de rica e densa elaboração doutrinária? – certamente que permanecerá como fonte perene de conhecimento e como inspiração para outras elaborações; certamente que subsistirá como marco de uma cultura edificada em torno do Código em vias de substituição.

Mas é preciso conhecer o novo diploma, saber das muitas novidades que ele está trazendo para o direito positivo brasileiro, despertar a reflexão e o debate, dar-lhe uma exegese própria, enfim, reelaborar a doutrina civilística, ou melhor, privatista, produzindo sobretudo obras didáticas e propedêuticas.

Pois bem. Esta obra, cuja introdução tenho a honra de apresentar, encontra-se inserida nesse contexto. Alimentam-na justamente esses propósitos.

Trata-se de um edificante projeto levado a efeito por jovens professores do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, sob a competente

coordenação dos Professores THELMA ARAÚJO ESTEVES FRAGA e CLEYSON DE MORAES MELLO, todos eles operadores do direito com militância intensa nos pretórios fluminenses, portanto, pela cultura e pela experiência, credenciados ao trabalho realizado, que trata, com uniformidade sistêmica e moderna metodologia, de todos os institutos regulados pelo novel diploma.

Os “O NOVO CÓDIGO CIVIL COMENTADO”, produção de primeira hora realizada pelos doutores ANA LUCIA PORTO DE BARROS, CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA CLEYSON DE MORAES MELLO, FERNANDA PONTES PIMENTEL, FERNANDO DOS SANTOS ESTEVES FRAGA, JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES, JUAREZ COSTA DE ANDRADE, RENATO LIMA CHARNAUX SERTÃ, SÔNIA BARROSO BRANDÃO SOARES, THELMA ARAÚJO ESTEVES FRAGA, WAGNER DE MELLO BRITO, hospedam textos criativos e inéditos, de interesse teórico e prático, constituindo uma notável colaboração ao estudo e ao conhecimento da nova legislação codificada, que veio a lume para perdurar por outras tantas gerações e, sem dúvida, será de grande utilidade não apenas para estudantes e profissionais do Direito, como para todos os que desejarem conhecer o novo estatuto verdadeiramente constitucional do cidadão brasileiro.

Rio de Janeiro, maio de 2002.

Professor LAERSON MAURO



# Hermenêutica Jurídica e a Filosofia do Novo Código Civil Brasileiro

por Cleyson de Moraes Mello

## 1. Considerações Preliminares

Atualmente, é fora de dúvida a superação do individualismo, fonte inspiradora do Código Civil de 1916, face às perspectivas hermenêuticas construídas a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com efeito, a partir de então, tornou-se premente uma releitura de todo o ordenamento jurídico à luz dos novos paradigmas constitucionais, abrangendo em seu seio muitas realidades novas devido às transformações sociais contemporâneas.

## 2. Hermenêutica Jurídica

O ato de interpretar a lei e as diferentes normas que compõem o ordenamento jurídico, usualmente designado como hermenêutica, pode ser realizado a partir de procedimentos *fechados ou abertos*.<sup>1</sup> A hermenêutica fechada é mais comodista, pois que demanda esforço intelectual reduzido do intérprete; assim sendo, a interpretação desenvolve-se segundo perspectiva burocrática e literal do texto legal.<sup>2</sup> A hermenêutica aberta evidencia tendência inovadora e requer capacidade reflexiva do Judiciário ou do Direito, para que se torne viável a adaptação às novas situações e desafios postos pela sociedade.<sup>3</sup>

A hermenêutica fechada apóia-se no pressuposto de que o processo decisório oriundo do direito romano produz um efeito conservador, que restringe a capacidade do direito para adaptar-se às situações sociais inéditas e inovadoras. Dificulta-se, destarte, o enriquecimento do instituto

---

<sup>1</sup> Notas de aula, em 21 de setembro de 2000, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, referente à disciplina de Sociologia Jurídica, ministrada pelo Professor Doutor Aurélio Wander Bastos.

<sup>2</sup> Em seu artigo "Judiciário e Conflitos Sociais (na perspectiva da pós-modernidade)", Willis Santiago Guerra Filho define os juizes, segundo as diversas posturas dos Magistrados em "juiz tradicional", "juiz tolerante" e "juiz revolucionário". O problema com o "juiz tradicional" é o modo como, em sua prática, em geral inconsciente, termina contribuindo decisivamente para a conservação do estado das coisas na sociedade, até chegar à estagnação. Disse que isso ele o faz inconscientemente porque ele se acha imbuído da crença em toda uma mitologia, que lhe foi inculcada durante sua formação jurídica e no processo específico de socialização como Magistrado. *Revista de Processo n.70*, 1993, p.136.

jurídico, ao mesmo tempo em que se torna claro o divórcio entre o mundo do Direito e a dinâmica social. Em outras palavras: quando se decide a partir dos fundamentos da mecânica romanista, obstrui-se a abrangência do trabalho interpretativo e, por consequência os graus de liberdade e as possibilidades transformadoras das decisões judiciais, no sentido da efetividade da justiça.

Ao percorrermos a história jurídica, verificamos que Hipódomo de Mileto já pretendia que as sentenças judiciais não fossem proferidas por simples votação, mas que os juízes pudessem expor, de modo integral e com exatidão, seu próprio parecer, sem terem de forçar a própria consciência a aceitar ou rejeitar uma tese determinada. Reconhecemos, nessa orientação filosófica, ao menos, um esforço para proporcionar condições de maior aproximação entre direito e vida social, corrigindo eventuais tendências mecanicistas na aplicação do direito.<sup>4</sup>

Da mesma forma, Giorgio Del Vecchio,<sup>5</sup> em seu livro *A Justiça*, afirma que:

*Quem quer que saiba (e todo jurista sabe) a larga margem que deixam necessariamente ao intérprete as formulações jurídicas positivas, e como todo o sistema, embora aparentemente “fechado”, tem na realidade as suas “válvulas” e seus meios naturais de renovação, de transformação e de acréscimo, não pode ignorar esta elementar exigência, a saber, que em face do ordenamentos injustos se recorre em primeiro lugar a estes meios e não se destrói levianamente ou a seu arbítrio aquilo que se constrói com bastante dificuldade.*

<sup>3</sup> Neste diapasão, o eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, em sua palestra sobre Direito e Justiça, quando da I Maratona Jurídica da OAB/RJ, realizada em 06 de agosto de 2001, no auditório da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, trouxe à baila uma decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos: RECURSO ESPECIAL – 63981-SP (1995/0018349-8) – Relator p/Acordão: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACORDÃO ESTADUAL REJEITADA PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO. POR MAIORIA. I – Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantins, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV – Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V – Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos. ACORDÃO

Mais recentemente, Miguel Reale,<sup>6</sup> em sua obra *Lições Preliminares do Direito*, ensina que:

*Interpretar uma lei importa, previamente, compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um dos seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.*

A história da hermenêutica jurídica brasileira, enquanto positivista, sempre foi permeada por um reducionismo romanista; ou seja, a compreensão dos problemas postos à decisão do Judiciário sempre foi orientada à luz do direito romano.<sup>7</sup>

A dogmática tradicional compreendia os institutos jurídicos segundo orientação filosófica proveniente do Direito Romano; decorre daí o predomínio da aplicação do princípio racional geral na interpretação do direito<sup>8</sup>. Segundo essa linha teórica, as teses parecem voltar-se prioritariamente ao objetivo de preservação e recuperação do ideário oriundo do Direito Romano, o que permite compreender porque os institutos jurídicos são interpretados de forma crítica e supostamente neutra.<sup>9</sup>

Assim compreendido o fenômeno interpretativo e de aplicação, o racionalismo contrapõe-se ao idealismo jurídico, alicerçado em princípios de justiça, os quais, na atualidade, tomam a legitimidade social como bússola.

Ainda a partir dos pressupostos do racionalismo, parece mais facilmente compreensível porque o direito privado continua a ser considerado como a essência do mundo jurídico. A esse respeito, é digno de nota que o direito público (pelo qual os juristas romanos não se interessavam), só se afirma com certa dificuldade, quando modelado à imagem do direito privado.<sup>10</sup>

---

– Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Ministros Relator e Barros Monteiro. Votaram com os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira os Ministros César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 11 de abril de 2000 (data do julgamento). Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) (internet).

<sup>4</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, p.42-43

<sup>5</sup> DEL VECCHIO, *Op.cit.*, p.142-143

<sup>6</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 6ª ed., São Paulo: Ed.Saraiva, 1979, p.285

<sup>7</sup> Notas de aula, em 21 de setembro de 2000, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, referente à disciplina de Sociologia Jurídica, ministrada pelo Professor Doutor Aurélio Wander Bastos.

<sup>8</sup> Grande parte dos juizes conservadores, ainda, hoje, buscam posições argumentativas no Direito Romano, caracterizando, destarte, uma recuperação retrospectiva dos institutos jurídicos.

<sup>9</sup> Notas de aula, em 21 de setembro de 2000, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, referente à disciplina de Sociologia Jurídica, ministrada pelo Professor Doutor Aurélio Wander Bastos.

<sup>10</sup> Até bem pouco tempo, a grade curricular do ensino jurídico brasileiro tinha por base o Direito Romano. Com a reforma curricular implementada por diversas universidades fluminenses, estas disciplinas foram suprimidas e substituídas por outras mais adequadas à realidade social.

Os Códigos são vistos pelos alunos do curso de direito como ponto de partida, uma base a partir da qual se desenvolve o raciocínio dos juristas, para descobrirem a solução a aplicar.

Nesse sentido, é elucidativa a lição crítica de Carlos Maximiliano:<sup>11</sup>

*O magistrado moderno, liberto das estreitezas da dogmática, investido da prerrogativa de melhorar a lei e suprimir-lhe as lacunas, guiado pela finalidade humana, atento aos fatores sociológicos dos fenômenos jurídicos, não pode ter apenas a tradicional cultura romanista e clássica; necessita de um preparo menos especializado, mais amplo e completo. Homens de tanto valor se não encontram comumente nos pretórios; porque o atual processo de seleção é antiquado e deficiente, e os vencimentos não atraem as capacidades excepcionais.*

É ainda oportuno acrescentar que o Direito Constitucional dessa época não apresentava o efeito de agente modificador e evolutivo do direito e da sociedade. Segundo Orlando Gomes,<sup>12</sup> as Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, durante a dominação espanhola e confirmadas pela Lei de 29 de janeiro de 1643, não constituem compilação progressiva.

Ainda na avaliação crítica do recurso ao racionalismo de origem romana, Teixeira de Freitas, na *Introdução da Consolidação das Leis Civis*, esclarece que:<sup>13</sup>

*seus colaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido acusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportam-se muitas vezes ao Direito Romano e mesmo geralmente o autorizam, mandando até guardar as glosas de ACÚRSIO e as opiniões de BARTOLO e mais Doutores.*

Também é muito esclarecedora a análise do Professor BRAGA DA CRUZ,<sup>14</sup> quando assinala que as Ordenações Filipinas já nasceram envelhecidas, como simples versão atualizada das Ordenações Manuelinas, constituindo, verdadeiramente, uma presença do ideário a Idade Média nos tempos modernos.<sup>15</sup>

A primeira tentativa histórica do direito brasileiro de romper com as amarras romanistas ocorreu através da *Lei da Boa Razão*, de Marquês de Pombal.<sup>16</sup> Este documento legal, de 18 de agosto de 1769, constitui

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Interpretação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.75

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Imprensa Vitória. Salvador. Bahia. p.8.

<sup>13</sup> FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, p. XXV, 5ª ed. apud GOMES, Orlando. *Op.cit.* p.8.

<sup>14</sup> CRUZ, Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo – vol. L, 1995 apud GOMES, Orlando. *Op.cit.*, p.9

<sup>15</sup> Segundo Antonio Menezes Cordeiro na introdução a edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris a Ciência Jurídica européia nasceu com a primeira recepção do Direito Romano, levada a cabo nas Universidades medievais, a partir do século XII. Glosas e comentários permitiram a sua implantação numa sociedade muito diferente daquela para que ele fora, no início pensado. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na 19ª O Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.LXXIV.

verdadeiro marco na evolução do direito português, e, portanto, do direito brasileiro.<sup>17</sup> Segundo Orlando Gomes,<sup>18</sup> o citado diploma legal determinava que:

*para a integração das lacunas das Ordenações, se confiaram as opiniões dos Doutores com a boa razão; isto é, nas suas próprias palavras “com as verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis que a ética dos romanos havia estabelecido e que os direitos divinos e humanos formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo”, podendo ser buscado, outrossim, naquelas outras regras que “de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes, para direção e governo de todas as nações civilizadas.*

Numa tentativa de análise, poderíamos dizer que as regras de direito positivo serão justas quando não houver diferenças significativas entre elas e o fato social a que se referem. Admitindo-se esse pressuposto, acrescentamos que, de certo modo, o direito escrito já nasce potencialmente injusto, eis que constitui um conjunto de preceitos gerais, sendo impossível contemplar as diversas circunstâncias da vida social em que os fatos humanos ocorrem.

Apenas a título ilustrativo, lembramos dos desafios com que se deparam os operadores/pensadores do Direito, quando precisam enfrentar, por exemplo, a problemática humana e social subjacente à área do Direito de família, especialmente, quando não fundada no casamento, em confronto com a legislação acerca do assunto. Na mesma linha de pensamento, cumpre considerar, por exemplo, a união civil de pessoas do mesmo sexo, no que se relaciona com o direito de família, previdenciário e sucessório e assim por diante. Prosseguindo na reflexão, cumpre perguntar: inadmitir os efeitos da união homossexual significaria discriminação sexual? Não seria injusto se, por meras convicções morais da maioria da comunidade quanto à opção sexual dos homossexuais, estes fossem tratados de forma desigual? O que diz a Constituição Federal a respeito?

A despeito dessas considerações, uma justificativa utilitarista<sup>19</sup> seria suficiente para fundamentar o tratamento desigual proporcionado àque-

<sup>16</sup> Notas de aula, em 21 de setembro de 2000, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, referente à disciplina de Sociologia Jurídica, ministrada pelo Professor Doutor Aurélio Wander Bastos.

<sup>17</sup> Sobre a Lei da Boa Razão manifestou-se Coelho da Rocha nesses termos: “Pela Lei de 18 de agosto de 1769 fez o Marquês de Pombal restituir às leis pátrias a dignidade e consideração, que até aí si lhes tinha negado, uns pela supersticiosa veneração que professavam ao Direito Romano e Canônico, outros pela comodidade de recorrer às opiniões e arestos. Segundo as disposições desta lei, aquele continuou a ser subsidiário; mas unicamente no que fosse conforme o Direito Natural, com o espírito das leis pátrias, e com o governo e circunstâncias da nação. Este, o Canônico foi remetido para os tribunais eclesiásticos e matérias espirituais. As glosas, opiniões dos doutores e arestos, foram destituídos de toda a autoridade extrínseca; e nos negócios políticos, econômicos, mercantis e marítimos mandaram-se seguir, como subsidiário as leis das nações civilizadas da Europa” In, GOMES, Orlando, *ob.cit.*, p.11

<sup>18</sup> GOMES, Orlando, *Op.Cit.*, p.10

les que mantêm relações homossexuais? De certa forma, essa desigualdade é admitida e reconhecida em nossa sociedade e até mesmo em nossos Tribunais, eis que a prática de relações sexuais supostamente não sadias apresenta um valor mínimo frente aos interesses daqueles que a repudiam e desaprovam tais condutas.

Portanto, justificativas hedonísticas (no sentido de que se estariam promovendo melhor o bem-estar geral) estariam sendo empregadas como obstáculos à igualdade de tratamento a homossexuais praticantes, em especial, nos assuntos relacionados aos direitos de família, previdenciário e sucessório.<sup>20</sup>

Sob uma vertente de legitimidade social, alguns segmentos dos pensadores do Direito têm clamado pela aplicação de novas abordagens que possibilitem responder a essas demandas sociais. Não há dúvida de que a hermenêutica constitucional é um dos mecanismos de realização desse propósito.

Nesse sentido, recorreremos aos esclarecimentos valiosos de Luiz Edson Fachin<sup>21</sup>

*(...) a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.*

Isso posto, com fulcro na Carta Política de 1988 e considerando o estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro, alguns valores e princípios tradicionais de nossa sociedade ainda deveriam prevalecer em matéria de conjugalidade?

Kantorowicz, citado por Karl Gareis,<sup>22</sup> já lecionava acerca da necessidade da correlação entre as regras e fatos sociais. É muito interessante refletir sobre a análise de Gareis:

*Kantorowicz induz o magistrado a buscar um ideal jurídico, o Direito Justo (richtiges recht), onde quer que se encon-*

<sup>19</sup>Utilitarismo Positivista de Bentham, grosso modo, seria a submissão dos princípios de justiça visando assegurar o maior bem-estar possível ao maior número de pessoas, destarte, separando, radicalmente, os domínios da moral e do direito.

<sup>20</sup>Ronald Dworkin, em seu artigo "O fórum do princípio", trata profundamente este assunto. O jusfilósofo norte-americano entende que os juizes devem decidir que o utilitarismo puro é errado e que as pessoas realmente têm direitos que estão acima da maximização da utilidade irrestrita e das decisões majoritárias que servem a esta utilidade. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000, p. 92-103

<sup>21</sup>FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94-95

<sup>22</sup>In MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Interpretação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 73; GAREIS Karl, "Rechtszyklopaedie und Methodologie", 5ª ed. 1920, p.28-30

<sup>23</sup>Neste sentido, o Professor Luis Alberto Warrat entende que a dogmática ligada ao direito positivo apenas pode reproduzir um conhecimento reprodutor e não renovador, devendo-se abrir para os domínios afins ao jurídico, extraindo-

*tre, dentro ou fora da lei, na ausência desta ou a despeito da mesma; isto é, a decidir proeter e também contra legem: não se preocupe com os textos; despreze qualquer interpretação, construção, ficção ou analogia; inspire-se de preferência, nos dados sociológicos e siga o determinismo dos fenômenos, atenha-se à observação e à experiência, tome como guias os ditames imediatos do seu sentimento, do seu tato profissional, da sua consciência jurídica. A doutrina revolucionária olha demasiado para o foro íntimo, quando deveria, como os moderados e a escola histórico-evolutiva, tomar por ponto de partida a lei, interpretada e compreendida não somente à luz dos preceitos lógicos, mas também de acordo com as idéias, aspirações e interesses legítimos da coletividade.*

De fato, uma análise do contexto sociocultural e ideológico brasileiro, permite inferir que, especialmente a partir do advento da Carta da República de 1988, novas situações fático-jurídicas vêm surgindo em nossos tribunais e elas exigem uma interpretação mais flexível e consentânea com a realidade social contemporânea. Dizendo de outra forma, é preciso enfrentar o desafio de uma interpretação principiológica constitucional, para que o mundo jurídico propicie tratamento justo aos conflitos que a sociedade se lhe apresenta, em sua realidade material<sup>23</sup> (real e histórica).

Nesta linha de pensamento, encontramos respaldo na preciosa lição do Professor Paulo Bonavides,<sup>24</sup> quando utiliza a expressão *Sistema Constitucional*<sup>25</sup> e acrescenta:

*O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante.*

---

se novos critérios de significação jurídica, mais consentâneos com a dinâmica social atual, cuja complexidade e alterabilidade crescem aceleradamente. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito – A Epistemologia jurídica da modernidade* – Volume II, Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1995, p. 39

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 77

<sup>25</sup> O Professor Paulo Ricardo Schier, em sua obra *“Filragem Constitucional – Construindo uma Nova Dogmática Jurídica”* conclui, a partir do diálogo entre Konrad Hesse (*A Força Normativa da Constituição*) e Ferdinand Lassale (*A Essência da Constituição*), que a idéia de sistema constitucional deve substituir as noções de Constituição em sentido formal e material. Esta é entendida como a organização dos fatores reais (políticos, econômicos e sociais, por exemplo) de poder dentro de uma determinada sociedade, aquela outra como a expressão jurídica (folha de papel, como diria Lassale) destas condições materiais.

No pensamento de Lassale a dimensão fática do poder (Constituição Real) prepondera sobre a codificação (*Constituição Jurídica – “Folha de Papel”*). Konrad Hesse, sem tirar a importância histórica de Lassale, estabelece uma releitura a partir da força normativa da Constituição.

O eminente professor<sup>26</sup> identifica a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas, assinalando que os mesmos

*confiados na abstração dos textos, alcançaram surpreendentes extremidades de uma teoria meta-empírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado. Todo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo da ausência de uma fórmula que venha a combinar e conciliar essas duas dimensões da Constituição: a jurídica e a política.*

A grosso modo, o problema fundamental seria descobrir um meio termo entre o normativismo extremo e abstrato (kelseniano) e o sociologismo radical que exprime a negação e o ceticismo, em face da eficácia normativa das Constituições.

### 3. A Filosofia do Novo Código Civil Brasileiro

Basta atentarmos para a Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro e verificarmos de pronto, a necessidade de superação da tendência de absolutização do indivíduo.

O Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Professor Miguel Reale,<sup>27</sup> já mencionava na referida Exposição de Motivos:

*Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas do governo.*

Assim, não restam dúvidas que com o surgimento de situações novas são necessárias novas regulamentações jurídicas; o biodireito, normas regulamentadoras acerca da reprodução humana e de animais não estão abarcadas no novo Código Civil. Porcos têm sido alvos de experiências bizarras. Numa das mais recentes, foram criados suínos com patas e focinho

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. Op.cit., p. 77

<sup>27</sup> REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro. Diário do Congresso Nacional (Seção I) – Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, p.108

fosforescentes, devido à inserção de um gene de água-viva. Mais recentemente, pesquisadores de uma universidade japonesa criaram um porco transgênico com um gene de espinafre, ou seja, o primeiro mamífero com gene de planta.<sup>28</sup>

Segundo Reale,<sup>29</sup> diversos princípios fundamentais devem nortear o novo Código, dentre eles o princípio da realizabilidade. Vejamos:

*Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.*

No mesmo sentido, o Professor Miguel Reale,<sup>30</sup> em sua obra *Filosofia do Direito*, afirma que

*a Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de “racionalidade abstrata”, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao “homo juridicus”. A técnica jurídica, operando com meros dados lógicos-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstratos de normas, prolatando sentenças como puros atos da razão. Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem participante de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, por mais que deve ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e de objetividade.*

Os autores tentaram assegurar ao novo Código Civil Brasileiro o sentido de “socialidade” e “concreção”, os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra.<sup>31</sup>

Assim Reale<sup>32</sup> escreve na Exposição de Motivos:

*Não procede a alegação de que a Parte Geral, como a do Código Civil alemão, ou do nosso, de 1916, não representa mais que uma experiência acadêmica de*

<sup>28</sup> Jornal *O Globo*. “O mundo/Ciência e Vida”. A polêmica do porco-espinafre japonês, 25 de Janeiro de 2002.

<sup>29</sup> REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro. Diário do Congresso Nacional (Seção I) – Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, p.110

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.136

<sup>31</sup> REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro. Diário do Congresso Nacional (Seção I) – Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, p.110

<sup>32</sup> REALE, Miguel. *Op.Cit.*, p.113

*distínguos conceituais, como fruto tardio da pandectística do século passado. Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios éticos-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de sociabilidade e concreção, tal como se dá no presente Anteprojeto.*

*Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o tão grande risco da tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético.*

*Tal compreensão dinâmica do que deve ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com a amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado de salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos texto revela.*

*O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito,<sup>33</sup> mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A exigência de concreção surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais “in fieri”.*

### 3.1 A Função Social

A concepção tradicional do contrato, aceita pelo antigo Código Civil de 1916, é individualista, liberal e centrada na idéia de valor da vontade. Desta forma, segundo a Professora Doutora Cláudia Lima Marques, a tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contratantes.<sup>34</sup>

Segundo a prestigiada autora, quatro são as principais origens da doutrina da autonomia da vontade no direito:<sup>35</sup>

- a) O direito canônico;
- b) A teoria do direito natural;
- c) Teorias de ordem política e a revolução francesa;
- d) Teorias Econômicas e o Liberalismo.

No novo Código Civil Brasileiro, a nova realidade contratual apresenta um elemento de suma importância que deve ser levado em conta no processo hermenêutico é que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa fé e da probidade.<sup>36</sup>

Assim vejamos o que diz o novo Código Civil Brasileiro:

**Art. 421.** *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

(...)

**Art. 2.035.** *A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.*

*Parágrafo único.* *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

<sup>33</sup> Talvez porque como dito no capítulo anterior, a hermenêutica fechada é mais comodista, pois que demanda esforço intelectual reduzido do intérprete; assim sendo, a interpretação desenvolve-se segundo perspectiva burocrática e literal do texto legal.

<sup>34</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 38

<sup>35</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, p.40-44

<sup>36</sup> REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Novo Código Civil Brasileiro. Diário do Congresso Nacional (Seção I) – Suplemento (B), de 13 de junho de 1975, p.117

Em relação ao direito de propriedade, além do dispositivo infraconstitucional acima citado, onde verifica-se que os Autores do novo Código Civil Brasileiro tentam satisfazer os interesses coletivos com a salvaguarda dos direitos individuais, a nossa Carta Política de 1988 o garante através do artigo 5º, inciso XXIII,<sup>37</sup> ou seja, o regime jurídico da propriedade só é garantido caso atenda a sua função social.

No mesmo diapasão, a Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, Decreto-Lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942, estabelece em seu artigo 5º que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todavia, tendo presentes essas limitações, julgamos que o estudo dê suporte a algumas observações como as que seguem:

Em primeiro lugar, podemos concluir que uma simples releitura da dogmática jurídica com lentes voltadas para as normas constitucionais, embora concorra para a dilação do saber jurídico e do discurso jurídico, pouco pode contribuir com a construção de uma nova realidade social.

É fora de dúvida que a adoção de nova epistemologia, isoladamente, mostrar-se-á inócua, se os operadores do direito, mormente no Brasil, continuarem atrelados à velha concepção romanista de interpretação. Por isso, é urgente e mais do que oportuno repensar o conhecimento jurídico, à luz de uma epistemologia de ruptura, por meio da qual se consiga transcender o positivismo jurídico (ainda presente no cotidiano da formação e prática jurídica brasileira), incorporando aquilo que for

<sup>37</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

**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: (...), **XXII** – é garantido o direito de propriedade; **XXIII** – a propriedade atenderá a sua função social: (...). **§ 1º** – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. **§ 2º** – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da mesma forma, o artigo 156, § 1º da CRFB/88 dispõe que o IPTU poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da **função social** da propriedade.

Também, no Título da Ordem Econômica e Financeira da CRFB/88, encontramos dispositivo que trata da **função social da propriedade**. **Art. 170** – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **I** – soberania nacional; **II** – propriedade privada; **III** – **função social da propriedade**; **IV** – livre concorrência; **V** – defesa do consumidor; **VI** – defesa do meio ambiente; **VII** – redução das desigualdades regionais e sociais; **VIII** – busca do pleno emprego; **IX** – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. – **Parágrafo único** – É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. No capítulo de Política Urbana na CRFB/88, verificamos que o artigo 182 estabelece: **Art. 182** – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. – **§ 1º** – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. – **§ 2º** – **A propriedade urbana cumpre sua função social**

resgatável da teoria kelseniana, bem como reformulando e negando alguns de seus pressupostos.

De certa forma, uma das soluções seria encontrarmos um paradigma hermenêutico que torne viável significativa modificação da Teoria Jurídica contemporânea capaz de incorporar categorias conceituais derivadas de uma leitura sociológica, filosófica, antropológica e crítica do Direito tradicional e de sua relação com a sociedade.

Essa recomendação decorre da evidência, apontada com frequência em estudos, debates acadêmicos e em outras análises derivadas do cotidiano, de que grande parte dos operadores do Direito comportam-se como simples aplicadores dos padrões normativos vigentes. Assim procedendo, elegem uma ação interpretativa desvinculada do ideal de justiça no direito.

O conhecimento e a formação do jurista devem ser enriquecidos com ampla gama de temas de Filosofia do Direito, numa tentativa de impor a melhor interpretação à prática que desenvolvem e com que convivem no dia-a-dia de seu trabalho, bem como o conhecimento e discussão das novas teorias jurídicas da pós-modernidade.

Por outro lado, de nada vale o aprofundamento em novas teorias da argumentação e interpretação do direito se continuarem os julgadores a interpretar as leis em dissonância com os novos valores constitucionais.

Para concluir, lembramos que o direito pós-moderno nasce a partir do momento em que o entendimento dos juízes e demais operadores do direito possa ir além da norma positiva, a fim de que se constitua em instrumento de mudança social. Ao mesmo tempo, ressaltamos que a filosofia moderna caminha no sentido de penetrar-se no mundo dos valores, entre os quais se colocam o justo, o útil, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e demais valores que transitam na sociedade e com que se deparam a todo momento os juristas e cientistas do direito, cujo trabalho deve orientar-se sempre para o ideal da justiça para todos.

---

**quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.** – § 3º – As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. (...)

**Art. 184 - Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social,** mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. – § 1º – As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. – § 2º – O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. – (...)

**Art. 185** – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: – I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; – II – a propriedade produtiva. – **Parágrafo único** – A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e **fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.**

**Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende,** simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: – I – aproveitamento racional e adequado; – II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; – III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; – IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à Teoria do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- *Notas de Aula da Disciplina de Sociologia Jurídica* do Curso de Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2000
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- *A Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999.
- *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. *Direito e Justiça*. I Maratona Jurídica da OAB/RJ: EMERJ, 06.08.2001 (palestra).
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- *Judiciário e Conflitos Sociais* (na perspectiva da pós-modernidade), in *Revista de Processo* n.70, 1993.
- *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- *Notas de Aula da Disciplina de Teoria do Direito* do Curso de Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2000.
- Ronald Dworkin e a Dissolução da Oposição Jus Naturalismo e Positivismo Jurídico. In *Revista dos Cursos de Direito da Universidade*

- Estácio de Sá. *Jurispoiesis*. Ano 2. N<sup>o</sup>. 4. Rio de Janeiro: 2000.
- . *Humanismo Hoje*. Associação Humanista do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2000.
- PASCUA, José Antonio Ramos. *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart*. Madri: Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1976.
- . *Filosofia do Direito*. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.



## **PARTE GERAL**

**LIVRO I – DAS PESSOAS**

**LIVRO II – DOS BENS**

**LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS**



# LIVRO I DAS PESSOAS

## TÍTULO I DAS PESSOAS NATURAIS

### CAPÍTULO I Da Personalidade e da Capacidade

por Fernando dos Santos Esteves Fraga

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

*Correspondente ao art. 2º do CC de 1916*

• LICC – Art. 7 caput

#### 1. Comentários

Toda e qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica. Entretanto, mister se faz distinguir a capacidade de direito ou de gozo da capacidade de fato ou de exercício. A primeira refere-se à capacidade de a pessoa ser titular ou sujeito de direitos; todos a têm. Quanto à segunda, é a capacidade que tem a pessoa de agir por si mesma nos atos da vida civil, sendo adquirida pela emancipação ou maioridade.

É preciso meditar sobre o vultoso significado da adoção do pacto no País. Bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas consequências, que seu art. 2º modificou até mesmo o conceito de pessoa anteriormente versado no art. 4º do Código Civil. Atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é todo ser humano, sendo também usada tal nomenclatura para as pessoas jurídicas.

---

<sup>1</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no parágrafo segundo do seu art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O assunto deve ser analisado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup> e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Inicialmente, na solução de conflitos entre regras do direito interno e normas internacionais, conforme as teses da teoria monista, estas prevaleceriam sobre aquelas, não podendo ser alteradas por leis supervenientes. Na hipótese de ratificação de tratado internacional, este teria primazia sobre a legislação interna.

Ocorre que, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, a partir de 1º de junho de 1977, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria monista temperada, segundo a qual, em caso de conflito, prevalece a norma posterior, ou seja, o Supremo Tribunal Federal passou a dar o mesmo tratamento (nível hierárquico) à lei e ao tratado.<sup>2</sup>

Desta forma, encontramos duas correntes. A primeira defende a supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento jurídico. A segunda, representada pelos internacionalistas<sup>3</sup> pugnam pelo domínio dos tratados dos direitos humanos sobre os dispositivos constitucionais, ou seja, o direito internacional dos direitos humanos encontra-se estruturado em uma esfera de supralegalidade que prescinde de eventual assimilação jurídica formal por parte dos Estados.<sup>4</sup>

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

*(Correspondente ao art. 4º do CC de 1916)*

## 1. Comentários

O Código atribuiu ao nascituro uma expectativa de direito.

Trata-se de uma condição suspensiva que lhe assegura os direitos se vier a nascer com vida. Ocorrendo o nascimento com vida, a pessoa torna-se sujeito de direito, transformando-se em direitos subjetivos as expectativas de direito que a lei lhe havia atribuído na fase da concepção. Para Arnold Wald,<sup>5</sup> o nascituro teria uma personalidade condicional.

<sup>2</sup> Salvo as exceções quanto à matéria fiscal (art. 98 do Código Tributário Nacional) e em casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei 6.815/80), que é geral, cede vez ao tratado, que é regra especial.

<sup>3</sup> Esta posição é defendida, dentre outros doutrinadores, pela professora doutora Flavia Piovesan e pelo professor doutor Antônio Augusto Cançado Trindade.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In Teoria dos Direitos Fundamentais*. Organizador Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.169

<sup>5</sup> WALD, Arnold, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e parte geral*, 7ª ed. rev. e atual. Com a colaboração de Alvaro Villaça Azevedo – Volume I, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

## 2. Jurisprudência

*Tribunal de Alçada do Paraná – TAPR.  
RESPONSABILIDADE CIVIL. Acidente de veículos. Invasão de preferencial. Morte da companheira e nascituro, bem como da avó das menores. Culpa inequívoca do preposto do apelante. Indenizações de ordem material e moral devidas.*

*Há uma expectativa de direito em relação ao nascimento do feto. A personalidade jurídica só inicia-se com o nascimento com vida. Artigo 4º do CC. Correta a pensão fixada e destinada ao companheiro e filhas. O limite fixado para a cessação da pensão é de 69 anos, conforme nova orientação jurisprudencial.*

*(TAPR – AC nº 106.201–3 – 3ª C – Rel. Juiz Eugênio Achille Grandinetti – J. 1º08.97.)*

## 3. Direito comparado

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS  
DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

**TÍTULO II  
DAS RELAÇÕES JURÍDICAS**

**SUBTÍTULO I  
DAS PESSOAS**

**CAPÍTULO I  
Pessoas singulares**

**SECÇÃO I  
Personalidade e capacidade jurídica**

**ARTIGO 66º**

***(Começo da personalidade)***

- 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.*
- 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.*

**ARTIGO 67º**  
**(Capacidade jurídica)**

*As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica.*

**REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889**  
**Código Civil Espanhol**

**Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil**

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**De las personas naturales**

**Artículo 29**

*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*

**Artículo 30**

*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.*

**CODICE CIVILE**  
**(Código Civil Italiano)**

**LIBRO PRIMO**

**DELLE PERSONE E DELLA FAMIGLIA**

*I numeri tra parentesi, senza riferimento, si riferiscono agli articoli del presente codice*

**LIBRO PRIMO:**  
**DELLE PERSONE E DELLA FAMIGLIA**  
**TITOLO I**  
**DELLE PERSONE FISICHE**

*Artt. 1-13*

*Art. 1 Capacità giuridica*

*Art. 2 Maggiore età. Capacità di agire*

- Art. 3 (abrogato)*  
*Art. 4 Commorienza*  
*Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo*  
*Art. 6 Diritto al nome*  
*Art. 7 Tutela del diritto al nome*  
*Art. 8 Tutela del nome per ragioni familiari*  
*Art. 9 Tutela dello pseudonimo*  
*Art. 10 Abuso dell'immagine altrui*

## **TITOLO II DELLE PERSONE GIURIDICHE**

- CAPO I Disposizioni generali*  
*Art. 11 Persone giuridiche pubbliche*  
*Art. 12 Persone giuridiche private*  
*Art. 13 Società*

## **TITOLO I DELLE PERSONE FISICHE**

### **Artt. 1-13**

#### **Art. 1 Capacità giuridica**

*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (462, 687, 715, 784). (3° comma abrogato).*

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

**I – os menores de dezesseis anos;**

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

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

*(Correspondente ao art. 5º do CC de 1916)*

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

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

**II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;**

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

**IV – os pródigos.**

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

(Correspondente ao art. 6º do CC de 1916)

- CRFB/88 – arts. 231 e 232
- Estatuto do Índio – Lei 6.001, de 19.12.73

**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.**

(Correspondente ao art. 9º do CC de 1916)

- CRFB/88 – art. 226 § 1º
- LRP – art. 89
- ECA – art. 21 e 148 p. u. “e”
- CPC – art. 1.112, I

## 1. Comentários:

“A capacidade é a regra e a incapacidade a exceção” (RTJ, 95:1349).

A incapacidade nada mais é do que a restrição legal imposta às pessoas para a prática dos atos da vida civil.

Os menores de 16 anos só tem a capacidade de direito, não possuindo a capacidade de fato. Desta forma, não podem praticar atos da vida civil, salvo por intermédio de seus representantes legais.

O legislador ao relacionar entre os absolutamente incapazes aqueles que mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade visou preencher uma lacuna legal do anterior Código, que era defendida pela doutrina, principalmente em certos casos de insanidade mental transitória.

Para a caracterização da incapacidade nos incisos II e III do art. 3º, mister se faz que haja manifestação judicial a respeito.

No tocante à incapacidade relativa, o legislador adotou o critério biopsicológico, tendo reduzido a idade em relação ao Código anterior (21

anos), visto entender que na atualidade a pessoa aos 18 anos já possui o discernimento necessário para a prática de todos os atos da vida civil.

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

*(Correspondente ao art.10º do CC de 1916)*

• LICC – Art.7º caput

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

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

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

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

*(Sem correspondência ao CC de 1916)*

## 1. Comentários

A expressão “morte presumida”, utilizada anteriormente para os casos de ausência, passa agora a ser utilizada nos casos previstos anteriormente no parágrafo único do art. 88 da Lei 6.015/73, os quais recebiam da doutrina a denominação “morte justificada”.

## 2. Direito comparado

### CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

**DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

#### **ARTIGO 68º**

***(Termo da personalidade)***

1. *A personalidade cessa com a morte.*

*(...)*

3. *Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela.*

*(...)*

### SUBSECÇÃO III Morte presumida

#### **ARTIGO 114º**

##### **(Requisitos)**

1. *Decorridos dez anos sobre a data das últimas notícias, ou passados cinco anos, se entretanto o ausente houver completado oitenta anos de idade, podem os interessados a que se refere o artigo 100º requerer a declaração de morte presumida.*

2. *A declaração de morte presumida não será proferida antes de haverem decorrido cinco anos sobre a data em que o ausente, se fosse vivo, atingiria a maioridade.*

3. *A declaração de morte presumida do ausente não depende de prévia instalação da curadoria provisória ou definitiva e referir-se-á ao fim do dia das últimas notícias que dele houve.*

#### **ARTIGO 115º**

##### **(Efeitos)**

*A declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte, mas não dissolve o casamento, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.*

*(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)*

### **REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889** **Código Civil Español**

#### **Artículo 194**

*Procede también la declaración de fallecimiento:*

1.º *De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra.*

2.º *De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos. Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido*

*seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.*

*3.º De los que se encuentren a bordo de una aeronave siniestrada, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del siniestro, sin haberse tenido noticias de aquéllos o, en caso de haberse encontrado restos humanos, no hubieren podido ser identificados.*

*[Los apartados 2.º y 3.º de este artículo están redactados conforme al artículo 2 de la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros (BOE núm. 8, de 10-1-2000, pp. 898-899)].*

## **CODICE CIVILE (Código Civil Italiano)**

### *CAPO II Della dichiarazione di morte presunta*

*Art. 58 Dichiarazione di morte presunta dell'assente  
Quando sono trascorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente, il tribunale competente secondo l'art. 48, su istanza del pubblico ministero o di taluna delle persone indicate nei capoversi dell'art. 50, può con sentenza dichiarare presunta la morte dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia.*

*In nessun caso la sentenza può essere pronunciata se non sono trascorsi nove anni dal raggiungimento della maggiore età dell'assente.*

*Può essere dichiarata la morte presunta anche se sia mancata la dichiarazione di assenza.*

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

*(Correspondente ao art. 11º do CC de 1916)*

## **1. Comentários**

Comoriência é a morte de duas ou mais pessoas na mesma ocasião, decorrentes do mesmo acontecimento, sem que se saiba precisar quem morreu primeiro.

O efeito da comoriência no direito sucessório, é que sendo os comorientes herdeiros uns dos outros, não haverá entre eles transferência de direitos, sendo desta forma chamados a sucedê-los os seus respectivos herdeiros.

## 2. Direito comparado

### **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS** **DECRETO-LEI Nº 47 344,** **de 25 de novembro de 1966**

#### **ARTIGO 68º**

#### **(Termo da personalidade)**

1. (...)

2. *Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo.*

3. (...)

### **REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889** **Código Civil Espanhol**

#### **CAPÍTULO PRIMERO** **De las personas naturales**

#### **Artículo 33**

*Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro.*

### **CODICE CIVILE** **(Código Civil Italiano)**

#### **Art. 4 Commorienza**

*Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento.*

---

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

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

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

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

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

- art. 12º do CC de 1916
- LICC – Art. 18 e 19
- LRP – Arts. 29, 50 a 66, 70, 77 a 94

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

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

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

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

*(Correspondente ao art. 29 da Lei 6.015/73)*

## CAPÍTULO II

### Dos direitos da personalidade

*por Carlos Santos de Oliveira*

**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.**

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

**Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimen-**

***to e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.***

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente ao CCB de 1916)*

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

*(Sem correspondente no CCB de 1916)*

• Lei 9.434/97

## 1. Comentários

A inserção dos direitos da personalidade no Código Civil decorre de previsão constitucional. Por exemplo, temos o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, segundo o qual “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”. O art. 220, também da Constituição da República, assegura a liberdade de “manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo”, em consonância com o art. 5º, incisos IV e V, do rol das garantias fundamentais, os quais prevêm a livre manifestação do pensamento, bem como o direito à indenização por dano moral ou à imagem.

A inclusão no Código Civil de capítulo específico destinado a tratar do tema “direitos da personalidade” evidencia sintonia entre o legislador pátrio e os reclamos da doutrina moderna. Nosso Código Civil anterior nada previa a respeito, sendo completamente distoante da filosofia de proteção do homem, enquanto ser humano, priorizando a proteção aos bens patrimoniais, em detrimento dos denominados bens existenciais, nos quais se inserem aqueles relativos à personalidade do ser humano.

A atual legislação civil, seguindo a filosofia de um ordenamento caracterizado pela preocupação com o respeito à pessoa e sua dignidade, que teve início com o advento da Constituição Federal de 1988, fez constar de seu texto, pela primeira vez em um ordenamento jurídico privado, os direitos da personalidade. Essa inovação se mostra assaz importante na medida em que, primeiro, reconhece expressamente a existência de direitos extrapatrimoniais nas relações interprivadas e, segundo, porque possibilita que a pessoa atingida em qualquer um desses direitos tenha

instrumentos para a sua defesa e também para pedir a reparação dos danos que possam ser causados em decorrência de lesão ou de ameaça de lesão aos mesmos. A proteção à pessoa humana se complementa, considerando que a legislação civil passa a prever o que se pode chamar de “direitos subjetivos privados”.<sup>1</sup>

Os direitos da personalidade retratam uma preocupação do legislador com a pessoa humana, na mesma linha da preocupação demonstrada quando do surgimento das declarações de direitos do homem, marco do nascimento dos denominados direitos humanos. À guisa de argumentação, vale ressaltar que a doutrina dos direitos humanos surgiu a partir da necessidade de proteger o homem em face dos arbítrios cometidos pelo Estado. Tanto assim é que as primeiras normas de proteção específica da pessoa foram tratadas em sede de direito público, denominando-se “liberdades públicas”.

Ao início do século passado, quando da vigência do anterior Código Civil, época em que reinava o liberalismo, não se cogitava de a pessoa humana vir a ser objeto de tutela também nas relações de direito privado, na medida em que as legislações da época, nas quais se inspirou nosso legislador civil, tinham como preocupação central a proteção do patrimônio, bem como a circulação de riquezas e não o próprio homem. Retrato dessa afirmativa é que as constituições democráticas continham dispositivos que retratavam liberdades públicas, nada se detectando, no âmbito do direito privado, no concernente às normas de proteção à pessoa humana, em suas relações interprivadas. Daí a primazia e importância das normas relativas aos direitos da personalidade, inseridas em um estatuto que se destina a reger as relações privadas na sociedade.

Para melhor compreensão do tema, necessário que se estabeleça, desde logo, a distinção entre o que se chama direito da personalidade, e a personalidade propriamente dita. O Código Civil, no título I, do livro I, quando aborda o tema “Das Pessoas Naturais”, já estabelece a distinção na medida em que aborda no capítulo I o tema “Da personalidade e da capacidade” e, no capítulo II, aborda o tema “Dos direitos da personalidade”. O mencionado capítulo II do título I do livro I é o que nos interessa no momento mas, como já dito anteriormente, necessário se faz a distinção com o contido no capítulo I dos mesmos título e livro.

No capítulo I, temos a personalidade como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações na órbita civil, aptidão essa que é reconhecida a todo ser humano, confundindo-se com a capacidade de direito, a indicar a titularidade das relações jurídicas. “É o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 1999. Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 33.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 27.

Em outra vertente, temos a personalidade “como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”.<sup>3</sup> É a tutela dos direitos personalíssimos da pessoa, da lesão ou da ameaça de lesão provocada em face da personalidade da pessoa humana.

Merece destaque, nesse sentido, a doutrina do eminente San Tiago Dantas que, em 1942, já ensinava que: “A palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em direitos da personalidade, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como a personalidade”.<sup>4</sup>

Na mesma esteira, temos Orlando Gomes, que assim se expressa: “Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial”.<sup>5</sup>

É esse conjunto de atribuições inerentes à condição humana que constitui o direito da personalidade. Pode-se dizer que, visto sob o ângulo interno, voltado para o interior do próprio homem, com uma visão de suas necessidades e direitos básicos enquanto cidadão, temos os direitos da personalidade. De outro lado, visto sob o ângulo externo, partindo do homem em direção aos demais integrantes da sociedade, temos a personalidade, enquanto capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações no meio social.

Considerada a distinção anterior, podemos destacar que o Código Civil português, de 25 de novembro de 1966, com quase trinta anos de vigência, já a estabelecia. Nos artigos 66º a 69º (Título II, Subtítulo I, Capítulo I, Seção I, do Livro I), estabelece normas a respeito da “Personalidade e capacidade jurídica”, enquanto nos artigos 70º a 81º, trata dos “Direitos da personalidade”, estabelecendo a proteção aos mortos, ao direito ao nome e pseudônimo, ao direito à imagem, à intimidade da vida privada, dentre outros. Merece destaque, no Código luso, o contido no nº 1 do art. 70º que reza: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. É a expressão da proteção do legislador lusitano, seguida pelo legislador pátrio, ao homem enquanto pessoa, enquanto ser humano portador de dignidade e merecedor de respeito e solidariedade.

O atual Código Civil, em seus arts. 11 a 21, na esteira da legislação portuguesa, dispõe sobre os direitos da personalidade, enfatizando a sua

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>4</sup> *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio (ed. histórica), I, p. 192. In *Temas de Direito Civil*, obra antes citada, p. 27.

<sup>5</sup> *Introdução ao Direito Civil*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992. p. 155/156.

intransmissibilidade e sua irrenunciabilidade, bem como assegurando reparabilidade para os casos de lesão ou ameaça de lesão, com cessação dos atos danosos, incluindo outras sanções. Dispõe, também, sobre a proteção ao corpo, à vida, ao nome e ao patronímico, ao pseudônimo, à privacidade e intimidade, dentre outros.

Os direitos da personalidade possuem os seguintes caracteres: a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.<sup>6</sup> No dizer de Orlando Gomes,<sup>7</sup> os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários e oponíveis *erga omnes*, características adotadas também por Carlos Alberto Bittar,<sup>8</sup> que acrescenta serem os mesmos inatos.

Alguns doutrinadores, principalmente os de linhagem portuguesa, sustentam que o direito da personalidade é inato, ou seja, deriva da existência do próprio homem, independentemente e de forma prévia ao direito positivo. Entre nós, Carlos Alberto Bittar<sup>9</sup> sustenta serem inatos os direitos da personalidade, posto que são direitos que transcendem o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. De outra vertente, Orlando Gomes<sup>10</sup> e Gustavo Tepedino,<sup>11</sup> citando Adriano De Cupis, sustentam que os direitos da personalidade possuem natureza positiva, somente existindo à medida que os concede a lei.

Gustavo Tepedino,<sup>12</sup> na mesma obra, também cita Pietro Perlingieri, sustentando que os direitos da personalidade não possuem o caráter de inato, dependendo da lei positivada para nascerem. A característica de ser inato vem sendo superada pela doutrina moderna, que vê o nascimento dos direitos da personalidade na lei, no direito positivo, até como forma de resguardar e proteger os direitos do próprio homem.

No Estado de Direito, a ordem jurídica serve exatamente para evitar os abusos cometidos por quem, com base em valores supralegislativos, ainda que em nome de interesses aparentemente humanistas, viesse a violar garantias individuais e sociais estabelecidas, por meio da representação popular, pelo direito positivo.<sup>13</sup>

A generalidade vem demonstrada pela circunstância de que os direitos da personalidade são concedidos a todas as pessoas pelo simples fato de essas pessoas estarem vivas, pelo simples fato de existirem. Basta nascer com vida para se tornar titular de direitos da personalidade, sendo esse o

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. p. 33.

<sup>7</sup> Obra citada, p. 157.

<sup>8</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5ª edição revista, atualizada e aumentada por EDUARDO C. B. BITTAR. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997. p.11.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>10</sup> Obra citada, p. 156

<sup>11</sup> Obra citada, p. 39.

<sup>12</sup> \*De resto, conforme leciona Pietro Perlingieri, o equívoco das escolas jusnaturalísticas está no fato de que mesmo os princípios da razão e da natureza apresentam-se como “noções historicamente condicionadas: (...) o direito natural

motivo pelo qual alguns autores atribuem aos direitos da personalidade a característica de inato, dado esse já objeto de explanação anterior, posicionando-se o signatário pela corrente que sustenta que os direitos da personalidade dependem da existência da legislação positivada para serem reconhecidos e titularizados. Os direitos da personalidade nascem com o homem, mas a situação jurídica daí decorrente só pode nascer do dado positivo, ou seja, da lei, abandonando-se qualquer concepção jusnaturalista.

A extrapatrimonialidade se caracteriza na medida em que os direitos da personalidade são insuscetíveis de uma avaliação econômica, mesmo em se considerando que a lesão opere reflexos na ordem econômica. O caráter absoluto decorre de sua oponibilidade *erga omnes*, impondo a toda a coletividade o dever de respeitá-lo. Toda a sociedade possui a obrigação negativa de não proceder de forma lesiva aos direitos ínsitos à própria pessoa. A intransmissibilidade deriva da indisponibilidade, não podendo o seu titular dispor do direito, decorrendo daí também a irrenunciabilidade e a impenhorabilidade. São imprescritíveis, visto que a lesão a direito da personalidade não convalesce com o transcurso do tempo, mantendo-se íntegra a pretensão de ressarcimento.

Algumas dessas características admitem exceções que somente podem ser previstas em lei, na forma estipulada no conteúdo do art. 11 do novo Código Civil brasileiro. Como exemplo de exceção temos os direitos do autor, em nosso ordenamento regulado pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. O art. 49 da mencionada legislação prevê a possibilidade de transferência total ou parcial a terceiros, pelo próprio autor ou sucessores, a título universal ou singular, dos direitos de autor, excepcionando as características de intransmissibilidade e indisponibilidade. Prevê ainda, em seu art. 24, § 1º, a transmissão *causa mortis*, aos sucessores do autor, dos direitos morais de autor ali destacados.

Da mesma forma, temos na Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento, exceção às características da indisponibilidade e intransmissibilidade. Essa legislação permite, conforme se infere em seu art. 1º, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tanto em vida, quanto após a morte, regulando tal proceder. Convém destacar o disposto no art. 4º da mesma legislação, que criou a presunção legal da autorização de doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*. Exige a legislação em comento, manifestação de vontade

---

(deve ser) é sempre condicionado pela experiência do direito positivo (ser)". E prossegue: "Os direitos do homem, para ter uma efetiva tutela jurídica, devem encontrar o seu fundamento na norma positiva. O direito positivo é o único fundamento jurídico da tutela da personalidade; a ética, a religião, a história, a política, a ideologia, são apenas aspectos de uma idêntica realidade (...) a norma é, também ela, noção histórica". In *Temas de Direito Civil*, obra citada anteriormente, p. 39.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 40.

expressa em contrário, para que a presunção de doação não se infirme, constando do § 1º do mesmo artigo que a expressão “não doador de órgãos e tecidos” deverá ser gravada de forma indelével e inviolável na carteira de identidade civil e na carteira nacional de habilitação da pessoa que optar pela condição de não doador.

Ponderadas algumas exceções às características dos direitos da personalidade, passemos à classificação dos mesmos, segundo a doutrina mais autorizada. Os direitos da personalidade se classificam em dois grupos, a saber: os direitos à integridade física; e os direitos à integridade moral. No primeiro grupo podemos encontrar os seguintes direitos: à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. No segundo, encontramos o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome, o direito moral do autor. Essa a classificação adotada por Orlando Gomes,<sup>14</sup> que nos parece mais apropriada, quer por sua objetividade, quer pela forma como subdivide e abrange todos os direitos da personalidade.

Outra classificação que não pode deixar de ser mencionada, pela sua abrangência, é a elaborada por Carlos Alberto Bittar,<sup>15</sup> que assim distribui os direitos da personalidade: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. “Os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).”

O art. 12 do novo estatuto privado estabelece a possibilidade de a pessoa lesionada ou ameaçada de sê-lo em seus direitos da personalidade exigir a cessação imediata do ato de constrangimento ou de lesão, autorizando o reclamo indenizatório, quer por prejuízos materiais, quer por prejuízos de ordem moral, obviamente sem prejuízo de outras sanções, que podem ser de natureza administrativa ou penal. Contudo, em seu parágrafo único, o legislador civilista, ao fazer constar as pessoas que seriam legitimadas a proceder judicialmente na forma prevista no *caput*, no caso de ofensa aos direitos da personalidade de pessoa já falecida, não mencionou o companheiro ou companheira, o que demonstra um caminhar na contramão evolutiva do direito.

A jurisprudência de nossos tribunais tem reconhecido aos companheiros ou companheiras, comprovada a união estável, a legitimidade para pleitear indenizações, quer de natureza patrimonial, quer de natureza moral, em condições de igualdade e, muitas vezes, de primazia em relação aos demais herdeiros, assim nominados na forma da

<sup>14</sup> *Obra citada*, p. 158.

<sup>15</sup> *Obra citada*, p. 17.

lei. Não se pode esquecer que se encontra em vigor a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão legítima, na medida em que se trata de lei especial, a regular a situação específica dos companheiros, quer no que tange a alimentos, quer no que tange à sucessão. Essa lei estipula as condições em que os companheiros serão admitidos a participar da sucessão do companheiro já falecido, culminando por instituir a condição de herdeiro ao companheiro sobrevivente, na ausência de descendentes e de ascendentes do finado (art. 2º, inciso III).

Se o companheiro ou companheira, comprovada a união estável, é legitimado para postular alimentos, para concorrer à sucessão, ou para postular ressarcimento ou indenização, não vejo motivo para excluí-lo da ordem de legitimados prevista no parágrafo único do art. 12 do novo Código Civil brasileiro, na hipótese de lesão aos direitos da personalidade de pessoa já falecida. Obviamente que essa legitimação se daria no caso de haver comprovação de união estável, que pressupõe a união entre pessoas que não possuam impedimento para o matrimônio ou que já se encontrem separadas de fato há mais de cinco anos, relativamente à união anterior.

Os arts. 13 e 14 dispõem a respeito dos atos de disposição do próprio corpo, quando em vida e após a morte, fazendo “a inserção do direito sobre o corpo e sobre o cadáver no âmbito dos direitos da personalidade”.<sup>16</sup> Ambos os dispositivos em comento se encontram em consonância com disposto na já mencionada Lei nº 9.434/97, que dispõe a respeito da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento.

O art. 13, relativo a atos praticados em vida, somente permite a prática do ato de disposição do próprio corpo, se importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, no caso de haver exigência médica para tanto. Ressalte-se que o legislador não usou a expressão “autorização médica”, mas sim exigência médica, o que pressupõe risco de vida, na hipótese de não se proceder na forma exigida. Não basta a mera autorização, sendo necessário que o médico ateste a necessidade do procedimento, formulando verdadeira exigência, no sentido de salvar a vida do paciente.

Outro dado que merece comentário é a utilização pelo legislador da expressão “contrariar os bons costumes” que, se interpretada literalmente, pode levar à conclusão de que assim foi colocada visando à vedação, por exemplo, de operações destinadas à troca de sexo, utilizada por transexuais. No entender deste signatário, completamente sem propósito a inserção da expressão aqui comentada, visto que eivada de aspectos subjetivos que podem ser utilizados, inclusive, no sentido de não permitir a aplicação do referido dispositivo. O Brasil, país de dimensões continentais, vive

<sup>16</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal*. In *Direito Civil Constitucional*, cadernos 1, Renan Lotufo – coordenador. Max Limonad, 1999. p. 264.

entrelaçado por várias culturas, dependendo da região em que seja aplicada a legislação, sendo de se concluir que expressão dessa natureza pode permitir aplicações do referido texto legal totalmente divergentes, a depender do que se entenda por “bons costumes”, na região adstrita à aplicação do dispositivo em comento.

Por outro lado, o art. 14, de aplicação *post mortem*, dispõe acerca da possibilidade de disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico. O objetivo científico identifica a possibilidade de serem realizadas pesquisas no corpo ou em partes do corpo (órgãos), com a finalidade de serem encontradas curas para doenças ou de serem detectadas as causas que levaram à morte e, assim, evitar que no futuro outras mortes decorram da mesma causa. Já o objetivo altruístico identifica a possibilidade de salvar vidas que dependam, por exemplo, de transplante de determinado órgão. A autorização dada em vida, na forma do parágrafo único do dispositivo legal comentado, pode ser livremente revogada, a qualquer tempo, mesmo ante a presunção de doador, criada pelo artigo 4º da Lei nº 9.434/97, visto que a presunção prevalece até que a parte interessada se manifeste expressamente em contrário. De se salientar que a possibilidade de revogação prevista no parágrafo único do art. 14 somente pode ser utilizada pelo próprio disponente, quando em vida, sendo vedada aos seus parentes, depois do óbito, sob pena de não se cumprir a vontade do finado.

A proteção do corpo após a morte, mesmo antes de sua inserção como direito da personalidade, já era defendida pela doutrina, como podemos inferir do seguinte trecho: “Consoante preconiza o autor italiano Adriano De Cupis, o corpo humano, depois da morte, torna-se submetido a disciplina jurídica, coisa, e, não podendo ser objeto de direitos privados patrimoniais, deve ser classificado entre as coisas *extra commercium*; devendo ser integralmente preservada a realização normal do cadáver, que deve ser dado à paz da sepultura, segundo as formas admitidas pelo ordenamento jurídico ou entregue a institutos científicos ou práticas anatômicas, não sendo possível qualquer outro destino”.<sup>17</sup> Exatamente essa a previsão legal contida em nosso ordenamento jurídico.

O art. 15 dá proteção à vida, na medida em que veda tratamento médico ou intervenção cirúrgica de que resulte risco de vida, sem autorização expressa do paciente ou de seus familiares, no caso de o paciente não ter condições de expressar sua vontade.

Os arts. 16, 17 e 18 tratam da proteção ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, fazendo menção, também, ao pseudônimo. “Elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica a grosso modo a sua procedência familiar.”<sup>18</sup> Toda pessoa tem direito a um nome de modo a ser identificada no meio social. O direito ao nome,

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. Forense Editora, 1998. p. 155.

conforme mencionado no texto legal, compreende o prenome, que tem a função de individualizar a pessoa e o sobrenome, também conhecido como nome de família, que tem a finalidade de indicar a procedência familiar da pessoa, tudo de molde a distingui-la das demais pessoas integrantes da sociedade.

Seguindo o raciocínio acima, frise-se, por oportuno, a importância da inserção do nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, no rol de direitos da personalidade, e a influência a ser exercida nas decisões judiciais que vierem a ser proferidas a respeito do tema da manutenção do nome de família pela mulher, quando da separação judicial ou do divórcio.

A Lei de Regência (nº 6.515/77) vincula a solução do caso sempre à idéia de culpa do cônjuge mulher, como se pode inferir do *caput* do art. 17, quando o legislador utilizou-se da expressão “vencida”, que dá a nítida idéia de atribuição de culpa ao cônjuge mulher. O § 1º do mesmo artigo menciona que a mulher também perderá o nome de família no caso de tomar a iniciativa da separação judicial, fato este que evidencia uma espécie de punição para a mulher por não mais querer continuar casada.

De outra vertente, em se tratando de divórcio, a mulher terá necessariamente que perder o nome de família, na dicção do parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio, somente podendo mantê-lo no caso de ocorrerem as situações excepcionais descritas nos itens do referido parágrafo único.

Ora, todo o entendimento jurisprudencial a respeito do tema sofrerá uma alteração radical, a partir do momento em que os julgadores se aperceberem da elevação do nome à categoria de direito da personalidade, direito esse absoluto, irrenunciável e personalíssimo. A partir de tal inovação, não há mais que se questionar a respeito de culpa ou não culpa do cônjuge mulher na separação ou no divórcio, para se decidir a respeito da manutenção do nome de família pela mesma. O nome, a partir do casamento, é adotado pela mulher e, como direito absoluto que é, vem a integrar a sua personalidade, somente passando a depender da opção a ser exercida pela própria mulher para ser mantido ou não, quando da separação ou do divórcio. O nome não é do marido, mas sim da família, identificando ambos os cônjuges com os nomes dos filhos, ou seja, da família. Embora desfeito o casamento, a mulher tem o direito de querer manter o nome de família, inclusive para não perder a referência com o nome de seus filhos.

Com relação ao tema, vale transcrever trecho da doutrina de Gustavo Tepedino,<sup>19</sup> conforme se segue: “A solução legal mostra-se plasmada pela idéia da culpa, vinculando a manutenção do nome de família, atributo de identificação pessoal da mulher – e incrivelmente sempre tratado, diga-se de passagem, como nome do marido – ao seu comportamento durante o casamento; e, pior ainda, subtraindo-lhe o sobrenome como uma sanção, não só na separação culposa mas na separação remédio. A perda do

<sup>19</sup> Obra citada, p. 374 e 375.

nome de família, portanto, no divórcio, a partir da Lei nº 8.408/92, desvincula-se da idéia de culpa, embora pudesse ser questionada a constitucionalidade da solução legal que, em última análise, viola o direito à identificação pessoal da mulher. Afinal, com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido. Muitas vezes poderá ser difícil à mulher demonstrar uma das hipóteses previstas nos incisos acima enumerados, embora a alteração do seu sobrenome – que, de resto, a identifica com os filhos do casamento desfeito –, altere necessariamente a sua identificação pessoal, atributo de sua personalidade, cuja eventual alteração deveria ser, por isso mesmo, a ela exclusivamente facultada”.

A proteção ao nome, nos termos em que vem posta na legislação civilista, veda a exposição por terceiros, que traduza vexame ou vergonha para a pessoa detentora do nome, pouco importando se a referida exposição teve intenção difamatória ou não. Qualquer forma de publicação ou representação que venha a atingir o nome de determinada pessoa, expondo-a ao ridículo, é vedada pela legislação em comento que, se violada, enseja a reparabilidade civil por danos morais. A proteção aqui apregoada engloba o prenome ou o sobrenome, porque contidos no nome.

O art. 18 prevê a possibilidade de utilização do nome, por terceiro, em propaganda comercial, condicionado à autorização prévia do portador do nome. Pela redação do presente dispositivo, visualiza-se a aplicabilidade do mesmo, tanto ao nome da pessoa física, quanto ao nome da pessoa jurídica, uma vez que o legislador não utilizou a palavra “pessoa” empregada nos artigos anteriores. Ademais, a utilização de nome em propaganda comercial geralmente é direcionada para a pessoa jurídica ou para a marca que a representa no mercado. A marca, como indicativo de determinado produto ou de determinada empresa, possui a mesma finalidade identificadora do nome para a pessoa natural. “O nome comercial, como elemento ativo do fundo de comércio, pela designação da empresa, integra-a, e, desprendendo-se da pessoa do comerciante, faz parte da atividade mercantil.”<sup>20</sup>

O pseudônimo também foi elencado como direito da personalidade, recebendo a mesma proteção legal outorgada ao nome desde que adotado para fins lícitos. “A proteção jurídica ao nome civil abraça, da mesma maneira, o pseudônimo, que os literatos e os artistas usam, ao firmar ou divulgar as suas obras. Na sua projeção social, essas pessoas adotam uma designação de fantasia, com que se identificam no mundo de suas produções, sendo muito freqüente por esta forma tornarem-se conhecidas, como Voltaire, George Sand, Marc Twain, El Grecco. Embora não sejam tais designações o seu nome civil, integram a sua personalidade no exercício de suas atividades literárias ou artísticas, e, em razão dos interesses valiosos

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 157.

que se ligam à sua identificação autoral, a proteção jurídica do nome estende-se ao pseudônimo, desde que seja este constante e legítimo.”<sup>21</sup>

A lei exige que o pseudônimo utilizado, para gozar da mesma proteção outorgada ao nome civil, o seja em atividades lícitas, entendidas estas como aquelas que não são vedadas ou não contrariem a lei. A utilização do pseudônimo tem que estar em conformidade com a legislação, devendo, ainda, nos termos da doutrina antes transcrita, ter utilização constante, no sentido de identificar a pessoa que representa, não deixando nenhuma dúvida a respeito. A legitimidade do pseudônimo vem de sua constante utilização, aliada à aceitação do mesmo na sociedade e no mercado, como elemento identificador da pessoa que o adotou. Reunidos estes requisitos, o pseudônimo granjeará a si, como direito da personalidade, a mesma proteção outorgada ao nome civil.

Os direitos à imagem, à honra, à boa fama e à respeitabilidade vêm protegidos na forma do art. 20, visto que reconhecidos como direitos da personalidade. A lei veda a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, salvo nas hipóteses de autorização da própria pessoa, de necessidade para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública. A referida proibição tem por objetivo evitar que a honra, a boa fama e a respeitabilidade da pessoa sejam atingidas injustamente, prevendo a possibilidade de indenização no caso de ocorrer a transmissão, divulgação, publicação ou utilização da imagem fora dos moldes previstos na lei. A indenização aqui versada é de dano moral, podendo ser relativa a dano material, caso venha a causar prejuízos de ordem financeira à pessoa atingida.

Também no caso de se destinarem a fins comerciais, tem que haver a autorização da pessoa ou ocorrer as hipóteses de necessidade para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública, sob pena de proibição, sem prejuízo da respectiva indenização na hipótese de ocorrer prejuízo. A autorização mencionada pode ser expressa ou tácita, mas tem que ser manifestada de forma a não deixar qualquer dúvida. Se a publicação ou divulgação for relativa a direitos de autor, aí a autorização deverá ser expressa, na forma preconizada no art. 29 da Lei nº 9.610/98.

A hipótese de necessidade para a administração da justiça se refere a processos judiciais ou mesmo administrativos, que exijam, durante a dilação probatória, a quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico, ou a produção de quaisquer outras provas que sejam protegidas de divulgação ou publicação ou que a lei determine que se adote o segredo de justiça, por exemplo. No caso de processo judicial, para fundamentada, deverá o juiz decidir a respeito da necessidade de tal proceder, de forma a viabilizar a boa administração da justiça, na busca da verdade real. No caso de processo administrativo, a autoridade processante deverá requerer autorização ao juiz competente, para que a providência seja levada a efeito.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 157.

Quanto à hipótese de manutenção da ordem pública, o juízo de valor poderá ser exercido pelas próprias pessoas envolvidas, na medida em que existem determinadas situações nas quais a informação é essencial para que a paz possa ser mantida na sociedade. Deverá a pessoa ou autoridade que determinar a divulgação, publicação, exposição ou utilização da imagem, ter plena convicção de que tal proceder é necessário para a manutenção da ordem pública, responsabilizando-se pelo seu ato em face da pessoa atingida, no caso de ser atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da mesma. Aqui temos um confronto de valores, ou seja, a manutenção da ordem pública autoriza a prática do ato que pode vir a atingir determinada pessoa. A ordem pública vem desenhada e valorada em termos de superioridade em relação ao direito privado da pessoa de não ser exposta em sua honra, boa fama ou respeitabilidade.

O parágrafo único do dispositivo legal em comento incorre no mesmo equívoco constante do parágrafo único do art. 12, ao não incluir o companheiro ou companheira, entre os legitimados para requerer a proteção auferida no *caput*. Valem aqui os mesmos argumentos antes aduzidos, quando dos comentários ao parágrafo único do art. 12.

Por fim, temos o art. 21, que protege a vida privada da pessoa natural, caracterizando-a pela inviolabilidade. Autoriza o legislador que o juiz, a requerimento da parte, adote providências no sentido de impedir ou fazer cessar o ato que seja contrário à norma em comento. A Constituição Federal, no inciso X do art. 5º, preconiza que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O Código Civil, na esteira da Constituição Federal, garante a proteção da vida privada e da intimidade da pessoa, outorgando-lhe a condição de inviolabilidade, permitindo, dessa forma, que qualquer pessoa tenha instrumentos adequados de defesa e proteção de sua privacidade, de sua intimidade.

## CAPÍTULO III DA AUSÊNCIA

por Fernando dos Santos Esteves Fraga

### Seção I Da Curadoria dos Bens do Ausente

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

**do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.**

(Correspondente ao art. 463 do CC de 1916)

• CPC – Art. 1.159 a 1.169

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

(Correspondente ao art. 464 do CC de 1916)

• CPC – Art. 1.159

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

(Correspondente ao art. 465 do CC de 1916)

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

(Correspondente ao art. 466 do CC de 1916)

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

(Correspondente ao art. 467 do CC de 1916)

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

(Correspondente ao art. 467, p.u. do CC de 1916)

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

(Sem correspondente no CC de 1916)

## 1. Comentários

Ausente é a pessoa que desaparece de seu domicílio, não informando o lugar onde se encontra, nem tampouco deixando representante ou procurador com a finalidade de administrar os seus bens.

Segundo Darcy Arruda Miranda,<sup>1</sup> determina o art. 1.160 do Código de Processo Civil, ainda que deixe procurador, se este não puder ou não quiser continuar a exercer o mandato, será nomeado curador, o qual terá fixado pelo juiz os seus poderes e suas obrigações.

<sup>1</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 v.1. p. 443/444.

O cônjuge do ausente que não esteja separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, será seu legítimo curador (art. 25); na falta deste, incumbirá aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, sendo que entre os descendentes, os mais próximos excluirão os mais remotos.

## 2. Direito comparado

### CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966

#### *SECÇÃO IV* *Ausência*

#### *SUBSECÇÃO I* *Curadoria provisória*

##### **ARTIGO 89º**

##### ***(Nomeação de curador provisório)***

- 1. Quando haja necessidade de prover acerca da administração dos bens de quem desapareceu sem que dele se saiba parte e sem ter deixado representante legal ou procurador, deve o tribunal nomear-lhe curador provisório.*
- 2. Deve igualmente ser nomeado curador ao ausente, se o procurador não quiser ou não puder exercer as suas funções.*
- 3. Pode ser designado para certos negócios, sempre que as circunstâncias o exigam, um curador especial.*  
*(...)*

##### **ARTIGO 92º**

##### ***(A quem deve ser deferida a curadoria provisória)***

- 1. O curador provisório será escolhido de entre as pessoas seguintes: o cônjuge do ausente, algum ou alguns dos herdeiros presumidos, ou algum ou alguns dos interessados na conservação dos bens.*
  - 2. Havendo conflito de interesses entre o ausente e o curador ou entre o ausente e o cônjuge, ascendentes ou descendentes do curador, deve ser designado um curador especial, nos termos do número 3 do artigo 89º.*
-

## Seção II Da Sucessão Provisória

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

*(Correspondente ao art. 469 do CC de 1916)*

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

*I – o cônjuge não separado judicialmente;*

*II – os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;*

*III – os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;*

*IV – os credores de obrigações vencidas e não pagas.*

*(Correspondente ao art. 470 do CC de 1916)*

• CPC – Art. 1.163, § 1º

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

*(Correspondente ao art. 471, caput, do CC de 1916)*

**§ 1º** *Findo o prazo a que se refere o art. 26, e não havendo interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê-la ao juízo competente.*

*(Correspondente ao art. 471º, § 1º do CC de 1916)*

**§ 2º** *Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823.*

*(Correspondente ao art. 471 § 2º, do CC de 1916)*

• CPC – Art. 1.165

**Art. 29.** *Antes da partilha, o juiz, quando julgar conveniente, ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis ou em títulos garantidos pela União.*

*(Correspondente ao art. 472 do CC de 1916)*

**Art. 30. Os herdeiros, para se imitirem na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos.**

Correspondente ao art. 473º, § Único do CC de 1916

**§ 1º Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.**

Correspondente ao art. 473º, § Único do CC de 1916

**§ 2º Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente.**

• CPC – Art. 1.116

**Art. 31. Os imóveis do ausente só se poderão alienar, não sendo por desapropriação, ou hipotecar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína.**

Correspondente ao art. 475 do CC de 1916

**Art. 32. Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele forem movidas.**

Correspondente ao art. 476 do CC de 1916

**Art. 33. O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 29, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.**

Correspondente ao art. 477 do CC de 1916

**Parágrafo único. Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.**

Sem correspondência

**Art. 34. O excluído, segundo o art. 30, da posse provisória poderá, justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria.**

Correspondente ao art. 478 do CC de 1916

**Art. 35. Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.**

*Correspondente ao art. 479 do CC de 1916*

**Art. 36. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono.**

*Correspondente ao art. 480 do CC de 1916*

## 1. Comentários

As pessoas interessadas na abertura da sucessão provisória do ausente estão designadas no art. 27, devendo ser interpretada tal regra de forma restritiva, visto que não se permite a abertura da sucessão provisória por outras pessoas que não as enumeradas no artigo acima descrito.

Somente após 180 dias depois de publicada na imprensa oficial, poderá ser aberta a sucessão provisória. Tal disposição tem por finalidade possibilitar o regresso do ausente, caso tome conhecimento.

Em caso de reaparecimento do ausente, ou provando-se que a pessoa está viva, após a abertura da sucessão provisória, cessará para os sucessores todas as vantagens, ficando responsáveis os sucessores por todas as medidas acautelatórias até a entrega do bem (art. 36).

## 2. Jurisprudência

*CAPACIDADE CIVIL – Ausência – Artigo 5º, IV do CC – Morte presumida – Artigo 1.165 do CPC – Competência – Juízo orfanológico.*

A morte presumida, em princípio acarreta incapacidade civil, a teor do artigo 5º, IV, do CC, verbis: “Art. 5º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil”... IV – Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.” A “declaração de ausência” constitui o instituto jurídico hábil à declaração de “morte ficta”, com a qual se abre a sucessão provisória dos bens do “declarado ausente”, a teor do artigo 1.165 do CPC. A declaração da ausência é una, ainda que destinada a fins específicos e múltiplos sua finalidade não há de deslocar a competência dada a natureza de que se reveste o instituto jurídico que se aperfeiçoa perante o

juízo competente, no caso sempre o Juízo orfanológico. (TRF2ªR – Ap. Cív. nº 95.02.14069-9 – RJ – 1ª T – Relª Desª Fed. Julieta Lídia Lunz – DJU 16.06.98).

### Seção III Da Sucessão Definitiva

**Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.**

*Correspondente ao art. 481 do CC de 1916*

**Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.**

*Correspondente ao art. 482º do CC de 1916*

• CPC – Art. 1.167, III

**Art. 39. Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.**

*Correspondente ao art. 483, caput do CC de 1916*

**Parágrafo único. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.**

*Correspondente ao art. 483, parágrafo único do CC de 1916*

• CPC – Art. 1.168

## 1. Comentários

Segundo Maria Helena Diniz<sup>2</sup> e Arnold Wald,<sup>3</sup> se o ausente regressar nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva,

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. – São Paulo: Saraiva. 1997. p. 409

<sup>3</sup> WALD, Arnold, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e parte geral*, 7ª ed. rev. e atual. Com a colaboração de Alvaro Villaça Azevedo, 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. v.1. p. 54.

somente poderá requerer ao juiz os bens no estado que se encontram. É necessário esclarecer que todos os atos praticados pelos herdeiros serão considerados válidos, não podendo o ausente diminuir o patrimônio do sucessor, nem tampouco fará jus ao recebimento dos frutos oriundos dos bens.

## TÍTULO II DAS PESSOAS JURÍDICAS

### CAPÍTULO I Disposições gerais

**Art. 40.** *As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.*

*Correspondente ao art. 13 do CC de 1916*

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

*I – a União;*

*II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;*

*III – os Municípios;*

*IV – as autarquias;*

*V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.*

*Correspondente ao art. 14º, caput, do CC de 1916*

**Parágrafo único.** *Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.*

*Sem correspondente no CC de 1916*

**Art. 42.** *São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.*

*Sem correspondente no CC de 1916*

**Art. 43.** *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

*Correspondente ao art. 15 do CC de 1916*

**Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:**

**I – as associações;**

**II – as sociedades;**

**III – as fundações.**

*Correspondente ao art. 16 do CC de 1916*

**Parágrafo único. As disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.**

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.**

*Correspondente ao art. 18, caput e § Único do CC de 1916*

**Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.**

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**Art. 46. O registro declarará:**

**I – a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;**

**II – o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;**

**III – o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;**

**IV – se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;**

**V – se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;**

**VI – as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.**

*Correspondente ao art. 19º do CC de 1916*

**Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.**

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.**

**Parágrafo único.** *Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.*

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**Art. 49.** *Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório.*

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**Art. 50.** *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**Art. 51.** *Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.*

*Sem correspondente ao CC de 1916*

**§ 1º** *Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.*

**§ 2º** *As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.*

**§ 3º** *Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.*

**Art. 52.** *Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.*

*Sem correspondente ao CC de 1916*

## **CAPÍTULO II** **Das associações**

**Art. 53.** *Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Parágrafo único.** *Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

**Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:**

**I - a denominação, os fins e a sede da associação;**

**II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;**

**III - os direitos e deveres dos associados;**

**IV - as fontes de recursos para sua manutenção;**

**V - o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;**

**VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.**

*(Sem correspondente no CC de 1916)*

**Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.**

**Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembléia geral.**

**Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:**

**I - eleger os administradores;**

- II – destituir os administradores;**
- III – aprovar as contas;**
- IV – alterar o estatuto.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Parágrafo único.** *Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.*

**Art. 60.** *A convocação da assembléia geral far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 61.** *Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.*

*(Correspondente ao art. 22, parágrafo único do CC de 1916)*

**§ 1º** *Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**§ 2º** *Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.*

*(Correspondente ao art. 22, caput, do CC de 1916)*

### **CAPÍTULO III** **Das fundações**

**Art. 62.** *Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.*

*(Correspondente ao art. 24, caput, do CC de 1916)*

**Parágrafo único.** *A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.*

**Art. 63.** *Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.*

*(Correspondente ao art. 25, caput, do CC de 1916)*

**Art. 64.** *Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 65.** *Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.*

*(Correspondente ao art. 27, caput, do CC de 1916)*

**Parágrafo único.** *Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 66.** *Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*

*(Correspondente ao art. 26, caput, do CC de 1916)*

**§ 1º** *Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**§ 2º** *Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.*

*(Correspondente ao art. 26, § 1º do CC de 1916)*

**Art. 67.** *Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:*

*I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;*

*II – não contrarie ou desvirtue o fim desta;*

**III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.**

*(Correspondente ao art. 28, do CC de 1916)*

**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.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.**

*(Correspondente ao art. 30 do CC de 1916)*

## 1. Comentários

Pode-se dizer que se entende por pessoa jurídica a unidade de pessoas naturais ou de patrimônio, que vise à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direito e obrigações.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover,<sup>4</sup> a pessoa jurídica:

“É uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte”.

Grande discussão existe acerca da natureza jurídica da pessoa jurídica, podemos citar quatro principais correntes acerca do assunto : a) *Teoria da Ficção Legal*, onde se sustentava que a personalidade jurídica decorria de uma ficção da lei, originada pelo direito, enquanto a personalidade natural seria uma criação da natureza; b) *Realidade Objetiva*, de procedência germânica, afirmava que a vontade pública ou privada é capaz de dar a vida a um organismo que passa a ter existência própria, distinta da de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, real e verdadeiro. A idéia básica dessa teoria é a de que é

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva. v.1.

uma realidade sociológica de seres com vida própria que nascem por imposição das forças sociais. Para a grande parte da doutrina seria a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro pela redação do art. 20 do CCB/1916, que, contudo, não foi incluído na atual redação; c) *Realidade técnica*, que defende o argumento de que a personalidade jurídica é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos; d) *Teoria Institucionalista*, que afirma, em síntese, que uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce. A constituição de uma instituição envolve uma idéia que cria um vínculo social, unindo indivíduos que visam a um mesmo fim e a uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução do fim comum.

As pessoas jurídicas quanto à forma de constituição poderão se classificar em *universitas personarum* – as que se compõem pela reunião de pessoas, v.g., as associações e as sociedades, ou *universitas bonorum* – se constituem em torno de um patrimônio destinado a um fim, v.g., as fundações.

A existência das pessoas jurídicas de direito privado, perante a lei, começa com a inscrição dos seus atos constitutivos, estatutos ou compromisso em seu registro público peculiar, por força dos arts. 18 e 19 do Código de 1916 e 45 e 46 do novo Código.

Apesar da ordem jurídica só reconhecer a capacidade da pessoa jurídica com o registro dos seus atos constitutivos e com a sua regularização perante o ordenamento, certo é que confere capacidade

<sup>5</sup> Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

II – o Município, por seu Prefeito ou procurador;

III – a massa falida, pelo síndico;

IV – a herança jacente ou vacante, por seu curador;

V – o espólio, pelo inventariante;

VI – as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

VIII – a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (artigo 88, parágrafo único);

IX – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

Parágrafo primeiro – Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

Parágrafo segundo – As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.

Parágrafo terceiro – O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.

Notas:

1. “A representação das partes em juízo é pressuposto processual de validade (CPC, 267, IV), de sorte que o juiz deve examiná-la de ofício, procedendo da forma determinada pelo CPC, 13, Não sanada a incapacidade processual da parte ou sua representação irregular, o juiz deverá extinguir o processo se debitada ao autor (CPC, 267, IV), ou declarar revel o réu, se a este cabia regularizá-la (CPC, 13, II).

Deve ser examinada pelo juiz ou tribunal de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo suscetível de preclusão (CPC, 267, VI e parágrafo 3º, 301 VIII e parágrafo 4º)”. (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*, Ed. RT, 2a ed., 1996, pág. 356).

2. Os procuradores, representantes da União, Estados, Distrito Federal e Territórios são dispensados da apresentação de mandato judicial. Nesse sentido:

de fato em algumas hipóteses, conforme se poderá denotar pela leitura do art. 12 do CPC.<sup>5</sup>

A pessoa jurídica com o registro do instrumento constitutivo, adquire PERSONALIDADE JURÍDICA, isto é, capacidade para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil, porém, só poderá ser titular daqueles direitos compatíveis com a sua condição de pessoa jurídica, sendo-lhe vedada a prática de atos próprios das pessoas físicas ou de outra forma de constituição diversa da sua.

É a existência da pessoa jurídica independente da pessoa de seus sócios, contudo, há pequena e considerável exceção no direito moderno que é a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, também conhecida como *disregard of the legal entity* ou *lifting the corporate veil*.

Se encontra expressamente prevista no art 28 do CDC<sup>6</sup> e no atual art 50 do novo Código. O objetivo dessa teoria é identificar e responsabilizar o verdadeiro responsável pelo ato danoso, preservando-se a pessoa jurídica, bem como evitar o abuso e a fraude que venham a violar os direitos de terceiros e o fisco.

## DAS FUNDAÇÕES

No Direito Civil, fundação é a instituição formada por um complexo de bens (*universitates bonorum*) destinados a um fim social. Esta ins-

---

- "Os procuradores de órgão público estão dispensados de exibir procuração (RT 491/162, 493/156, 495/86)". (Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Ed. Saraiva, 26a. ed., pág. 105).

- "Os entes públicos de personalidade jurídica de direito público, quando representados em Juízo por seus procuradores, não estão obrigados a exibir procuração (precedentes do STF). Recurso e Remessa Oficial providos." (TRF1ªR. - 4ª T - Ap. Cível nº 95.0109339-5-BA - Relª. Juíza Eliana Calmon - J. 08.05.95 - v.u).

- "Os procuradores das pessoas jurídicas de direito público não necessitam de mandato especial para agir em juízo, pois pela nomeação para o cargo estão, "ipso facto", investidos do poder de representação." (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*, Ed. RT, 2a ed., 1996, pág. 356/357).

3. A União é representada pelo Presidente da República e, consoante o disposto nos arts. 1º, "caput", 4º, parágrafo primeiro, 9º e parágrafos e 12, incisos II e V da Lei Complementar nº 73/93.

4. Outros casos de representação:

- Sobre representação pelas associações de classe: vide artigos 5º, incisos LXX, XXI, e 8º, III, e artigo 44, inciso II, do Estatuto da Advocacia.

- Nas ações ajuizadas pelo senhorio contra os foreiros, estes serão representados passivamente pelo cabecel (art. 690, parágrafo primeiro, do Código Civil).

- Vide artigo 104 da Lei 5.988/73 (Direitos Autorais).

- Vide artigo 68, parágrafo terceiro, da Lei 6.404/76 (Sociedades Anônimas).

<sup>6</sup> Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Parágrafo primeiro - A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram. (Vetado).

Parágrafo segundo - As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

tituição se forma pela vontade das pessoas, físicas ou jurídicas, que fazem uma dotação especial de bens livres, sendo que o instituidor especifica o fim, e se desejar, a maneira de administrá-la, e conforme preceitua Darcy Arruda Miranda: <sup>7</sup> “Pode, ainda, no próprio ato constitutivo juntar os estatutos ou designar alguém para fazê-los”. <sup>8</sup>

No que concerne ao art. 62, o legislador, no parágrafo único do referido artigo, reforçou a idéia de que a finalidade das fundações será sempre o fim social.

Algumas inovações foram trazidas pelo atual legislador, no que concerne à insuficiência de bens para a efetivação da instituição; anteriormente, caso não dispusesse o instituidor de outro modo, os bens seriam convertidos em títulos da dívida pública. Tal medida realmente não se caracterizava como a vontade manifesta do instituido. Diante disto, alterou-se a destinação destes bens, que, em face da nova redação do art. 63 (art. 25 do CC de 1916), passaram então a ser incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante, entendendo que desta forma se chegue mais próximo à efetivação da vontade manifesta do instituidor.

O ato jurídico poderá ser *causa mortis* ou *inter vivos*; neste, o instituidor fica obrigado a transferir a propriedade dos bens, ou outro direito real, destinados à fundação, e caso não o faça, serão os mesmos transcritos ou inscritos por mandado judicial.

Poderá o instituidor determinar à terceira pessoa a elaboração dos Estatutos, que ficará com a incumbência de tal procedimento no prazo de 180 dias, com a obrigatoriedade de posteriormente submetê-lo a aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz, e não o fazendo caberá tal ao Ministério Público.

O Ministério Público tem a obrigatoriedade de velar pelas fundações que estiverem situadas em suas respectivas circunscrições (art. 66)

Teve o legislador preocupação grande com os sócios minoritários, visto que alterou o *quorum* necessário para que se promova alteração no estatuto. Anteriormente, bastava a maioria absoluta para que tal

Parágrafo terceiro – As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

Parágrafo quarto – As sociedades coligadas só responderão por culpa.

Parágrafo quinto – Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

<sup>7</sup> Miranda Darcy Arruda, Anotações ao *Código Civil brasileiro*, volume 1, 5ª Ed. São Paulo : Saraiva , 1995 p. 36/38.

<sup>8</sup> Segundo artigo do Professor Cleyson de Moraes Mello, a importância das Fundações no terceiro setor está relacionada a uma sociedade civil forte. Para uma atuação eficaz do Estado seria necessário que se realizasse esforços no sentido de realizar programas sociais, juntamente com representantes do 2 e 3º Setores.

*Não existe no terceiro setor a idéia de substituir as responsabilidades sociais do Estado, nem de substituir o Estado em si. O terceiro setor pressupõe um Estado forte e atuante, transparente, com regras claras, organizações civis autônomas, forte e propositivas. Cabe ao Estado propor políticas e ter o controle do terceiro setor. É um espaço de manifestação de valores. A administração e o marketing estão se associando a instituições sem fins lucrativos. A cidadania empresarial está chegando ao Brasil, trazendo um discurso novo à sociedade.*

Deste modo, a decisão de empresas em participar mais diretamente das ações comunitárias na região em que

pudesse ser promovida, o que ocasionava muitas vezes lesão aos interesses dos sócios minoritários; passou então a atual lei a exigir dois terços dos componentes com competência para gerir e representar a fundação.

Não obstante, em caso de não haver a aprovação da mudança dos estatutos por unanimidade, ficarão obrigados à submissão do novo estatuto ao Ministério Público, requerendo obrigatoriamente que se dê ciência à minoria, que terá o prazo de dez dias para impugná-la. Tal prazo anteriormente previsto no Código Civil de 1916 em seu art. 29, era de um ano, o que impossibilitava a celeridade necessária ao funcionamento da fundação, e, conseqüentemente, a realização de sua finalidade.

No que dispõe a extinção da fundação, vencido o prazo de sua existência, quando esta for por prazo determinado, ou tornando-se ilícita, impossível ou inútil, qualquer interessado, ou o órgão do Ministério Público poderá propor a extinção, salvo disposição expressa de seu instituidor, reverterá o seu acervo para outra, designada pelo juiz, que se proponha à mesma finalidade.

## DOS GRUPOS DESPERSONALIZADOS

É importante ressaltar a figura dos grupos despersonalizados a fim de que se perceba que nem todo grupo que se une visando a um fim é dotado de personalidade jurídica. Denominam-se grupos despersonalizados os entes que se formam independentemente da vontade dos seus membros, ou em virtude de um ato jurídico que vincula as pessoas físicas em torno de bens que lhes suscitam interesse, sem lhes traduzir *affectio societatis*.

Donde se infere que os grupos despersonalizados ou com personificação anômala constituem um conjunto de direito e obrigações, de pessoas e de bens sem personalidade jurídica e com capacidade processual, mediante representação (vg. as sociedade irregulares ou de fato, a massa falida, as heranças jacente e vacante, o espólio, o condomínio).

---

estão presentes e minorar possíveis danos ambientais decorrentes do tipo de atividade que exercem – está surgindo, no Brasil de forma mais abrangente. Isso contribui para que as empresas se destaquem de suas concorrentes. O consumidor não está somente preocupado com a qualidade do produto, ele também se interessa pela atuação da empresa na comunidade e conseqüentemente no País. Mello, Cleyson de Moraes. Mediação – Uma visão atualizada do conflito segundo Luis Alberto Warat. p.4-5 , Artigo ainda não publicado.

Neste diapasão, o Prof. Cleyson M. Mello, destaca, ainda, a atuação da Fundação Vale do Rio Doce, em especial, através de seu Diretor-Superintendente Fábio Lúcio Romanelli Medeiros e todo seu corpo técnico. Vejamos: Empenhada em cumprir sua missão de atuar como instrumento de ação social da Companhia Vale do Rio Doce, a Fundação Vale do Rio Doce – FVRD deu continuidade às suas atividades no campo do desenvolvimento social, com especial foco na educação, através do patrocínio, promoção, incentivo e apoio a projetos implantados nas comunidades localizadas em sua área de atuação. A longo do ano de 2000, a CVRD investiu, diretamente ou por repasse à Fundação, R\$ 22 milhões para a implantação de 46 novos projetos e para dar continuidade a vários outros, com excelentes resultados. Em função dessas atividades, a Fundação recebeu, por concessão do Presidente da República, através do Ministro da Justiça, o Título de Utilidade Pública Federal, destinado às sociedades civis, associações e fundações que sirvam desinteressadamente à coletividade. In Companhia Vale do Rio Doce. *Balanco Social 2000*. p.20

No mais podemos afirmar que repetiu o legislador quase que integralmente as normas constantes no CCB/1916 e no Código Comercial para a matéria.

Interessante ressaltar a ausência de alguns arts. considerados pilares do estudo da matéria, como o art. 20 do CCB/1916.

Inovação perigosa trouxe quando estipulou prazos de natureza decadenciais nos parágrafos únicos dos artigos 45 e 48 do novo Código. Assim, pela nova ordem, ultrapassados tais prazos não se poderá mais requerer anulação da constituição das pessoas jurídicas de direito privado que contiverem vícios em sua formação, nem tampouco, se poderá anular as decisões expressas no art. 48, quando estas violarem a lei, estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

Cumpra aqui a ressalva de que diferentemente da previsão expressa no capítulo das invalidades a simulação aqui não aparece como o legislador disciplinou, ou seja, impassível de convalidação por acarretar nulidade absoluta. Há visível contradição no dispositivo.

Trouxe o legislador a inclusão da norma relativa à despersonalização da pessoa jurídica no art. 50 e a proteção aos direitos da personalidade, expressa no artigo 52.

O título relativo às associações veio ilustrado com várias disposições, contudo, nada que alterasse substancialmente o estudo da matéria já realizado pela doutrina.

Foi incluída a figura da justa causa no art. 57, até então não prevista no ordenamento jurídico vigente.

## 2. Jurisprudência

*Turmas Recursais Cíveis de Belo Horizonte – MG*

*FUNDAÇÃO – Ministério Público – Intervenção – Obrigatoriedade – Inocorrência na espécie – Processo anulado – Recurso provido para esse fim.*

*RECURSO Nº 978*

*PROCESSO Nº 57.231/97*

*RECORRENTE: Fundação de Apoio à Educação e Desenvolvimento Tecnológico de Minas Gerais – CEFETMINAS*

*RECORRIDA: Rossine Martins Gonçalves*

*RELATOR: Dr. Pereira de Souza*

*1º VOGAL: Dr. Maurício Barros*

*2ª VOGAL: Dra. Márcia de Paoli Balbino*

*ACÓRDÃO*

*Ementa oficial:*

*Fundação – Intervenção do Ministério Público.*

*A intervenção do Ministério Público se revela obrigatória pela qualidade de fundação que se reveste a recorrente e pelo interesse público de sua existência e atividade que lhe atribui a Lei, reservando-lhe tratamento especial, frente às demais entidades civis - Inteligência do art. 26 do CC c.c. o art. 82, III, do CPC, e art. 11 da Lei nº 9.099, de 26.9.95, restando nulo o procedimento para o qual não foi intimado o Ministério Público - art. 246, parágrafo único, do CPC.*

*Superior Tribunal de Justiça - STJ.*

*FUNDAÇÃO – Curadores – Ação de destituição – MP – Legitimidade.*

*O MP tem legitimidade para propor ação de destituição de curador de fundação, no desempenho do seu dever de velar pelas fundações. O artigo 26 do CC não foi revogado pelo CPC/39 e está em vigor. A destituição, porém, não pode ser em caráter “definitivo”, como pena perpétua do exercício de direito civil. Cerceamento de defesa inexistente. (STJ – REsp. nº 162.114 – SP – 4ª T – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 26.10.98).*

*Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF.*

*FUNDAÇÃO – Inexistência de atividades – Contrariedade ao estatuto – Extinção.*

*Permite o artigo 30, do CC, e 1.204, II, do CPC, a extinção da fundação, quando nociva ou impossível a sua manutenção, com a incorporação do seu patrimônio a outras fundações, que se proponham a fins semelhantes. E dão os referidos dispositivos legais legitimidade ao MP para requerer a extinção. Manutenção da sentença que decretou a extinção da fundação, de há muito inativa, contrariando seu estatuto e finalidades. (TJDF - AC nº 48.856/98 – Reg. Ac. 109.931 – 4ª T – Rel. Des. Mário Machado – DJU 18.11.98).*

### **3. Direito comparado**

**REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889  
Código Civil Espanhol**

**CAPÍTULO II  
De las personas jurídicas**

**Artículo 35**

*Son personas jurídicas:*

*1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.*

*Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*

*2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**  
**DECRETO-LEI Nº 47 344,**  
**de 25 de novembro de 1966**

**SECÇÃO III**  
**Fundações**

**ARTIGO 185º****(Instituição e sua revogação)**

*1. As fundações podem ser instituídas por acto entre vivos ou por testamento, valendo como aceitação dos bens a elas destinados, num caso ou noutro, o reconhecimento respectivo.*

*2. O reconhecimento pode ser requerido pelo instituidor, seus herdeiros ou executores testamentários, ou ser oficiosamente promovido pela autoridade competente.*

*3. A instituição por actos entre vivos deve constar de escritura pública e torna-se irrevogável logo que seja requerido o reconhecimento ou principie o respectivo processo oficioso.*

*4. Aos herdeiros do instituidor não é permitido revogar a instituição, sem prejuízo do disposto acerca da sucessão legitimária.*

*5. Ao acto de instituição da fundação, quando conste de escritura pública, bem como, em qualquer caso, aos estatutos e suas alterações, é aplicável o disposto na parte final do artigo 168º.*

**ARTIGO 186º****(Acto de instituição e estatutos)**

*1. No acto de instituição deve o instituidor indicar o fim da fundação e especificar os bens que lhe são destinados.*

2. No acto de instituição ou nos estatutos pode o instituidor providenciar ainda sobre a sede, organização e funcionamento da fundação, regular os termos da sua transformação ou extinção e fixar o destino dos respectivos bens.

#### **ARTIGO 187º**

##### **(Estatutos lavrados por pessoa diversa do instituidor)**

1. Na falta de estatutos lavrados pelo instituidor ou na insuficiência deles, constando a instituição de testamento, é aos executores deste que compete elaborá-los ou completá-los.

2. A elaboração total ou parcial dos estatutos incumbe à própria autoridade competente para o reconhecimento da fundação, quando o instituidor os não tenha feito e a instituição não conste de testamento, ou quando os executores testamentários os não lavrem dentro do ano posterior à abertura da sucessão.

3. Na elaboração dos estatutos ter-se-á em conta, na medida do possível, a vontade real ou presumível do fundador.

#### **ARTIGO 188º**

##### **(Reconhecimento)**

1. Não será reconhecida a fundação cujo fim não for considerado de interesse social pela entidade competente.

2. Será igualmente negado o reconhecimento, quando os bens afectados à fundação se mostrem insuficientes para a prossecução do fim visado e não haja fundadas expectativas de suprimento da insuficiência.

3. Negado o reconhecimento por insuficiência do património, fica a instituição sem efeito, se o instituidor for vivo; mas, se já houver falecido, serão os bens entregues a uma associação ou fundação de fins análogos, que a entidade competente designar, salvo disposição do instituidor em contrário.

#### **ARTIGO 189º**

##### **(Modificação dos estatutos)**

Os estatutos da fundação podem a todo o tempo ser modificados pela autoridade competente para o reconhecimento, sob proposta da respectiva administração, contanto que não haja alteração essencial do fim da instituição e se não contrarie a vontade do fundador.

#### **ARTIGO 190º**

##### **(Transformação)**

1. Ouvida a administração, e também o fundador, se for vivo, a entidade competente para o reconheci-

*to pode atribuir à fundação um fim diferente:*

*a) Quando tiver sido inteiramente preenchido o fim para que foi instituída ou este se tiver tornado impossível;*

*b) Quando o fim da instituição deixar de revestir interesse social;*

*c) Quando o património se tornar insuficiente para a realização do fim previsto.*

*2. O novo fim deve aproximar-se, no que for possível, do fim fixado pelo fundador.*

*3. Não há lugar à mudança de fim, se o acto de instituição prescrever a extinção da fundação.*

### **ARTIGO 191º**

#### **(Encargo prejudicial aos fins da fundação)**

*1. Estando o património da fundação onerado com encargos cujo cumprimento impossibilite ou dificulte gravemente o preenchimento do fim institucional, pode a entidade competente para o reconhecimento sob proposta da administração, suprimir, reduzir ou comutar esses encargos, ouvido o fundador, se for vivo.*

*2. Se, porém, o encargo tiver sido motivo essencial da instituição, pode a mesma entidade considerar o seu cumprimento como fim da fundação, ou incorporar a fundação noutra pessoa colectiva capaz de satisfazer o encargo à custa do património incorporado, sem prejuízo dos seus próprios fins.*

### **ARTIGO 192º**

#### **(Causas de extinção)**

*1. As fundações extinguem-se:*

*a) Pelo decurso do prazo, se tiverem sido constituídas temporariamente;*

*b) Pela verificação de qualquer outra causa extintiva prevista no acto de instituição;*

*c) Por decisão judicial que declare a sua insolvência.*

*2. As fundações podem ainda ser extintas pela entidade competente para o reconhecimento:*

*a) Quando o seu fim se tenha esgotado ou se haja tornado impossível;*

*b) Quando o seu fim real não coincida com o fim expresso no acto de instituição;*

*c) Quando o seu fim seja sistematicamente prosseguido por meios ilícitos ou imorais;*

*d) Quando a sua existência se torne contrária à ordem pública.*

**ARTIGO 193º****(Declaração da extinção)**

*Quando ocorra alguma das causas extintivas previstas no nº 1 do artigo anterior, a administração da fundação comunicará o facto à autoridade competente para o reconhecimento, a fim de esta declarar a extinção e tomar as providências que julgue convenientes para a liquidação do património.*

**ARTIGO 194º****(Efeitos da extinção)**

*Extinta a fundação, na falta de providências especiais em contrário tomadas pela autoridade competente, é aplicável o disposto no artigo 184º.*

---

## TÍTULO III DO DOMICÍLIO

**Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.**

*(Correspondente ao art. 31 do CC de 1916)*

- LICC – Arts. 7, 10, 12
- CPC - Arts. 94 a 98, 100, II e III e 111

**Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.**

*(Correspondente ao art. 32 do CC de 1916)*

**Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.**

**Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.**

*(Correspondente ao art. 33 do CC de 1916)*

- LICC – Art. 7, § 8º
- CPC – Art. 94, § 2º

**Art. 74. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.**

**Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.**

*(Correspondente ao art. 34º do CC de 1916)*

**Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:**

**I – da União, o Distrito Federal;**

**II – dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;**

**III – do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;**

**IV – das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.**

**§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.**

**§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.**

*(Correspondente ao art. 35º do CC de 1916)*

- CRFB/88 – Art. 109 § 2º
- CPC – Art. 99, I e § Único

**Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.**

**Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.**

*(Correspondente ao art. 36, 37, 38, 39, 40 do CC de 1916)*

- LICC – Art. 7º § 7º

**Art. 77. O agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve.**

*(Correspondente ao art. 41 do CC de 1916)*

**Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.**

*(Correspondente ao art. 42 do CC de 1916)*

• CPC – Art. 111

## 1. Comentários

Segundo Washington de Barros Monteiro,<sup>9</sup> *in verbis*:

*Podemos, pois, da seguinte forma estabelecer a diferenciação entre domicílio e residência: o primeiro é conceito jurídico, criado pela própria lei e através do qual, para efeitos jurídicos, se presume estar presente a pessoa em determinado lugar. Residência, por sua vez é a relação de fato, é o lugar em que a pessoa habita ou tem o centro de suas ocupações. A essência do primeiro é puramente jurídica, e corresponde à necessidade de fixar a pessoa em dado local; a da segunda é meramente de fato.*

Não possuindo a pessoa natural domicílio certo, quer por falta de residência, quer por caso de empregar a vida em viagens, sem local central de seus negócios, considerar-se-á como o seu domicílio, o lugar onde for encontrada (art. 72), ou no caso de exercer a profissão em lugares diversos, estes constituirão o domicílio para as relações correspondentes (art. 73).

Para que a pessoa natural possa modificar o seu domicílio, é necessário a transferência material do domicílio e a vontade de fixá-lo em outro lugar.

O domicílio necessário, previsto no art. 76, resulta de imposição legal, em razão da condição ou situação de certas pessoas.

A imposição prevista no art. 78 tem por finalidade garantir a independência do ministro ou agente diplomático no desempenho de sua função.

Segundo Maria Helena Diniz,<sup>10</sup> o termo extraterritorialidade indica no art. 41 do Código Civil de 1916 (atual art. 78), tão-somente o privilégio, inerente ao ministro ou agente diplomático, de não se sub-

<sup>9</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol.1, Saraiva, 32ª ed.1994

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 59-64

meter a outra jurisdição que não seja a do Estado que representa. Os ministros e agentes diplomáticos brasileiros têm por domicílio o país que representam, devendo ser acionados perante a justiça do Brasil.

O domicílio contratual, depende da manifestação expressa dos contratantes, onde elegeem o foro para dirimir qualquer avença a respeito do contrato por eles celebrado.

## 2. Jurisprudência

*Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF.*

*RESPONSABILIDADE CIVIL – Reparação de dano resultante de acidente de veículo – Competência de foro – Réu com vários domicílios – Opção por um deles -- Possibilidade.*

*A regra do parágrafo único do artigo 100 do CPC, instituída em benefício do autor, não impede de propor a ação no domicílio do réu. **Se o demandado possui várias residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considera-se domicílio seu qualquer destes ou daqueles (CC, artigo 32), sendo lícito ao autor optar por qualquer deles.** (TJDF – AI nº 8.203 - Reg. Ac. nº 96.779 – 4ª T – Rel. Des. Estevam Maia – DJU 14.08.97).*

*Superior Tribunal de Justiça - STJ.*

*INVENTÁRIO – Interdito – Foro competente.*

*Em sendo interdito o autor da herança, o foro competente para o inventário é o do seu curador, “ex vi” dos artigos 36 do CC e 96 do CPC, não admitida prova em contrário, sendo irrelevante o lugar da situação dos bens ou da sua residência ou do óbito.(STJ – REsp. nº 32.23-7 – SP – 4ª T – Rel. Min. Torreão Braz – DJU 27.06.94).*

*Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF.*

*MEDIDA CAUTELAR - Caução (artigo 835 do CPC) – Mudança de residência para o exterior no curso da demanda principal – Menor impúbere – Genitor: Agente diplomático que presta serviço no exterior – Domicílio – Requisitos para o deferimento da cautela.*

*Sendo o autor menor impúbere, tem o mesmo domicílio de seu representante legal (artigo 37 do CCB), agente diplomático, que, prestando serviço no exterior mantém seu domicílio no Brasil (artigos 37 e 41 do CCB). O artigo 835 do CPC objetiva resguardar circunstância de alguém que, por haver se afastado de seu domicílio profissional ou residencial habituais, seja de difícil localização. Sendo o representante legal do autor funcionário do quadro permanente do Ministério das Relações Exteriores, é localizável. Para que seja deferido o pedido de caução, são necessários dois requisitos: domicílio no estrangeiro ou ausência do país e inexistência de bens imóveis que assegure o pagamento. (TJDF – AC nº 47.420/98 – 5ª T – Rel. Desª. Vera Andrighi – DJU 11.11.98).*

### 3. Súmulas

*“É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.”  
(Súmula 335 do STF).*

*“A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou no estabelecimento, em que se praticou o ato.”  
(Súmula 363 do STF)*

### 4. Direito comparado

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS  
DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

**SECÇÃO III  
Domicílio**

**ARTIGO 82º**

**(Domicílio voluntário geral)**

1. *A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles.*

2. *Na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontrar.*

**ARTIGO 83º**  
**(Domicílio profissional)**

1. A pessoa que exerce uma profissão tem, quanto às relações a que esta se refere, domicílio profissional no lugar onde a profissão é exercida.

2. Se exercer a profissão em lugares diversos, cada um deles constitui domicílio para as relações que lhe correspondem.

**ARTIGO 84º**  
**(Domicílio electivo)**

É permitido estipular domicílio particular para determinados negócios, contanto que a estipulação seja reduzida a escrito.

**ARTIGO 85º**  
**(Domicílio legal dos menores e interditos)**

1. O menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver.

2. O domicílio do menor que em virtude de decisão judicial foi confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência é o do progenitor que exerce o poder paternal.

3. O domicílio do menor sujeito a tutela e do interdito é o do respectivo tutor.

4. Quando tenha sido instituído o regime de administração de bens, o domicílio do menor ou do interdito é o do administrador, nas relações a que essa administração se refere.

5. Não são aplicáveis as regras dos números anteriores se delas resultar que o menor ou interdito não tem domicílio em território nacional.

*(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)*

**ARTIGO 86º**  
*(Revogado pelo Dec.-Lei 496/77, de 25-11)*

**ARTIGO 87º**  
**(Domicílio legal dos empregados públicos)**

1. Os empregados públicos, civis ou militares, quando haja lugar certo para o exercício dos seus empregos, têm nele domicílio necessário, sem prejuízo do seu domicílio voluntário no lugar da residência habitual.

2. O domicílio necessário é determinado pela posse do cargo ou pelo exercício das respectivas funções.

**ARTIGO 88º**  
**(Domicílio legal dos agentes diplomáticos portugueses)**

*Os agentes diplomáticos portugueses, quando invoquem extraterritorialidade, consideram-se domiciliados em Lisboa.*

**REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889**  
**Código Civil Espanhol**

***Del domicilio***

**Artículo 40**

*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español.*

**Artículo 41**

*Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto.*

**CODICE CIVILE**  
**(Código Civil Italiano)**

**TITOLO III DEL DOMICILIO E DELLA RESIDENZA**

*Art. 43 Domicilio e residenza*

*Art. 44 Trasferimento della residenza e del domicilio*

*Art. 45 Domicilio dei coniugi del minore e dell'interdetto*

*Art. 46 Sede delle persone giuridiche*

*Art. 47 Elezione di domicilio*

***Art. 43 Domicilio e residenza***

*Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi (Cod. Proc. Civ. 139).*

*La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.*

**CODE CIVIL**  
**(Código Francês)**

**Titre III: Du domicile**

**Article 102**

*(Loi du 12 novembre 1938)*

*(Ordonnance n° 58-923 du 7 octobre 1958 art. 1 Journal Officiel du 9 octobre 1958)*

*(Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 art. 13 Journal Officiel du 5 janvier 1969 en vigueur le 1er janvier 1970)*

*Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.*

*Les bateliers et autres personnes vivant à bord d'un bateau de navigation intérieure immatriculé en France, qui n'ont pas le domicile prévu à l'alinéa précédent ou un domicile légal, sont tenus de choisir un domicile dans l'une des communes dont le nom figure sur une liste établie par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre des travaux publics, des transports et du tourisme. Toutefois, les bateliers salariés et les personnes vivant à bord avec eux peuvent se domicilier dans une autre commune à condition que l'entreprise qui exploite le bateau y ait son siège ou un établissement; dans ce cas, le domicile est fixé dans les bureaux de cette entreprise; à défaut de choix par eux exercé, ces bateliers et personnes ont leur domicile au siège de l'entreprise qui exploite le bateau et, si ce siège est à l'étranger, au bureau d'affrètement de Paris.*

**Article 103**

*Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.*

**Article 104**

*La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.*

---

# LIVRO II DOS BENS

## TÍTULO ÚNICO DAS DIFERENTES CLASSES DE BENS

### CAPÍTULO I Dos Bens Considerados em si Mesmos

#### SEÇÃO I Dos Bens Imóveis

**Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.**

*(Correspondente ao art. 43 do CC de 1916)*

**Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:  
I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;**

**II – o direito à sucessão aberta.**

*(Correspondente ao art. 44 do CC de 1916)*

**Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:**

**I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;**

**II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.**

*(Correspondente ao art. 46 do CC de 1916)*

#### 1. Comentários

Clóvis Bevilacqua<sup>11</sup> conceitua os imóveis como *as coisas que se não podem transportar, sem destruição, de um lugar para outro.*

O Código Civil de 1916 no art. 43, I, classificava como bens imóveis:

I – O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

<sup>11</sup> Bevilacqua, Clóvis *apud* MIRANDA, Darcy Arruda., *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p.45-47.

Com a nova redação do art. 79, visou o legislador incluir não só o que se incorpora ao solo naturalmente, mas também artificialmente devendo ser incluídas nesta última, as disposições contidas anteriormente nos arts. 43, II (imóveis por acessão física artificial), e 43,III (imóveis por acessão intelectual).

Ao incluir no art. 80 os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, visa apenas o legislador dar maior segurança às relações jurídicas. No tocante ao direito a sucessão aberta, ensina Clóvis Bevilacqua,<sup>12</sup> que ele é de feição tal que abrange os direitos reais como pessoais, numa universalidade patrimonial. Daí a necessidade de destacá-lo. O Código Civil declara-o imóvel para os casos de alienação e pleitos judiciais.

O legislador inovou no art. 81, I, visto que anteriormente somente seria considerado como imóvel, se o material fosse reempregado na própria construção, o que não ocorre necessariamente com a nova redação do referido artigo, que ao afirmar que podem ser removidas para outro local, poderão ser utilizadas em outro bem.

## 2. Direito comparado

### CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966

#### **ARTIGO 204º**

##### **(Coisas imóveis)**

1. São coisas imóveis:

- a) Os prédios rústicos e urbanos;
  - b) As águas;
  - c) As árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo;
  - d) Os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores;
  - e) As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.
2. Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia econômica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.
3. É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência.

<sup>12</sup> Bevilacqua, Clóvis *apud* Miranda, Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 45-47

**REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889**  
**Código Civil Español**

**LIBRO SEGUNDO**  
**DE LOS BIENES, DE LA PROPIEDAD Y DE SUS**  
**MODIFICACIONES**

**TÍTULO PRIMERO**

**De la clasificación de los bienes**

**DISPOSICIÓN PRELIMINAR**

**CAPÍTULO PRIMERO**

**De los bienes inmuebles**

**Artículo 334**

*Son bienes inmuebles:*

- 1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.*
- 2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.*
- 3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.*
- 4. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.*
- 5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.*
- 6. Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.*
- 7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.*
- 8. Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas.*

9. *Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.*
10. *Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.*

**CODE CIVIL**  
**(Código Francês)**

**Chapitre I: Des immeubles**

**Article 517**

*Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.*

**Article 518**

*Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature.*

**Article 519**

*Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.*

**Article 520**

*Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles.*

*Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.*

*Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble.*

**Article 521**

*Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus.*

**Article 522**

*Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention.*

*Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont meubles.*

**Article 523**

*Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés.*

**Article 524**

*(Loi n° 84-512 du 29 juin 1984 art. 8-i Journal Officiel du 30 juin 1984 en vigueur le 1er juillet 1985)*

*(Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 art. 24 Journal Officiel du 7 janvier 1999)*

*Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.*

*Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds:*

*Les animaux attachés à la culture;*

*Les ustensiles aratoires;*

*Les semences données aux fermiers ou colons partiaires;*

*Les pigeons des colombiers;*

*Les lapins des garennes;*

*Les ruches à miel;*

*Les poissons des eaux non visées à l'article 402 du code rural et des plans d'eau visés aux articles 432 et 433 du même code;*

*Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes;*

*Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines;*

*Les pailles et engrais.*

*Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.*

**Article 525**

*Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou, lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.*

*Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.*

*Il en est de même des tableaux et autres ornements. Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont*

*placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration.*

**Article 526**

*Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent:  
L'usufruit des choses immobilières;  
Les servitudes ou services fonciers;  
Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.*

---

**Seção II  
Dos Bens Móveis**

**Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.**

*(Correspondente ao art. 47 do CC de 1916)*

**Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:  
I - as energias que tenham valor econômico;  
II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;  
III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.**

*(Correspondente ao art. 48 do CC de 1916)*

- Lei 9.279/96 – Art. 5o
- Lei 9.456/97 – Art. 2o

**Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; adquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.**

*(Correspondente ao art. 49 do CC de 1916)*

## 1. Comentários

Os bens suscetíveis de movimentos próprios são denominados de semoventes já os bens que dependem de remoção por força alheia, são os móveis propriamente ditos (livros, cadeiras, etc.)

O legislador incluiu no art. 83, I, as energias que tenham valor econômico, conforme já utilizado pelo Código Penal no art. 155, § 3º.

## 2. Direito comparado

### **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966**

#### **ARTIGO 205º (Coisas móveis)**

1. São móveis todas as coisas não compreendidas no artigo anterior.
2. Às coisas móveis sujeitas a registo público é aplicável o regime das coisas móveis em tudo o que não seja especialmente regulado.

• Código Civil Português – Art. 204 acima mencionado

### **REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889 Código Civil Espanhol**

#### **CAPÍTULO II**

De los bienes muebles

#### **Artículo 335**

*Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.*

#### **Artículo 336**

*Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.*

### **CODE CIVIL (Código Francés)**

Chapitre II: Des meubles

#### **Article 527**

*Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi.*

**Article 528**

*(Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 art. 25 Journal Officiel du 7 janvier 1999)*

*Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère.*

**Article 529**

*Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers.*

---

### Seção III Dos Bens Fungíveis e Consumíveis

**Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.**

*(Correspondente ao art. 50 do CC de 1916)*

**Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.**

*(Correspondente ao art. 51 do CC de 1916)*

#### 1. Comentários

Necessário esclarecer que a coisa naturalmente fungível, v.g., dinheiro, selo, pode se tornar infungível por vontade das partes, quando representem um objeto único, especial. Neste caso, como tais bens móveis não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade tornam-se infungíveis.

Consumíveis são os bens que se destroem à medida que são utilizados (como exemplo, gêneros alimentícios). Importante ressaltar

que um determinado bem, dependendo de sua finalidade, pode ser consumível (livro para a livraria) ou inconsumível (livro para uma biblioteca).

## 2. Direito comparado

### CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966

#### **ARTIGO 207º**

##### ***(Coisas fungíveis)***

*São fungíveis as coisas que se determinam pelo seu gênero, qualidade e quantidade, quando constituam objecto de relações jurídicas.*

#### **ARTIGO 208º**

##### ***(Coisas consumíveis)***

*São consumíveis as coisas cujo uso regular importa a sua destruição ou a sua alienação.*

### REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889 Código Civil Espanhol

#### **Artículo 337**

*Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás.*

---

### Seção IV Dos Bens Divisíveis

**Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.**

*(Correspondente ao art. 52º do CC de 1916)*

**Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.**

*(Correspondente ao art. 53, IIº do CC de 1916)*

## 1. Comentários

Segundo Sílvio de Salvo Venosa,<sup>13</sup> bens divisíveis são as coisas que repartidas mantêm as qualidades do todo, sem alteração de sua substância, formando um todo perfeito.

A indivisibilidade pode decorrer da lei (ex. art. 707 do CC de 1916), o qual estabelece que as servidões prediais são indivisíveis em relação ao prédio serviente; da vontade das partes (ex. art. 889 do CC de 1916), ou da natureza da própria coisa (ex. um animal), o qual se partido deixará de ser semovente. Conseqüentemente são indivisíveis as coisas que não se podem partir sem alteração da sua substância.

## 2. Jurisprudência

*A divisibilidade de um prédio é apreciada por seu aspecto econômico. São indivisíveis, sob o ponto de vista legal, embora sejam divisíveis fisicamente, os bens que não se podem partir sem dano. Assim, impedida a divisão direta, o condômino procura na indireta a divisão do valor da coisa (RF, 187:237)*

## 3. Direito comparado

### CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966

#### **ARTIGO 209º** **(Coisas divisíveis)**

*São divisíveis as coisas que podem ser fraccionadas sem alteração da sua substância, diminuição de valor ou prejuízo para o uso a que se destinam.*

---

### Seção V Dos Bens Singulares e Coletivos

**Art. 89. São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais.**

*(Correspondente ao art. 54, I, do CC de 1916)*

**Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à**

---

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: parte geral*, Volume I, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 271-272 – ( Coleção direito civil; V. 1 )

***mesma pessoa, tenham destinação unitária.***

*(Correspondente ao art. 54, II, do CC de 1916)*

***Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.***

***Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.***

*(Correspondente ao art. 57 do CC de 1916)*

## 1. Comentários

Conforme nos ensina Darcy Arruda Miranda<sup>14</sup>

*As coisas singulares podem ser simples ou compostas, são singulares quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentes das demais, como uma árvore, um animal, um navio ou um edifício. São consideradas coisas simples porque constituídas de um todo, artificialmente unidas, em decorrência de um ato humano, sem que as partes conservem sua condição jurídica anterior.*

Conseqüentemente, compostas são as coisas que decorrem do agrupamento de diferentes objetos, que unidos se tornam uma coisa só, sem que desapareça a condição jurídica de cada um deles. Pode ser uma universalidade de fato (ex: uma biblioteca), ou uma universalidade de direito (ex. a herança).

Nas coisas coletivas, desaparecendo todos os indivíduos, mesmo um, se terá por extinta a coletividade, porém ao remanescente será resguardado o seu direito.

A universalidade de direito poderá ou não se constituir de bens materiais, necessário se faz que estes bens possam ser traduzidos em valor econômico.

## CAPÍTULO II

### Dos bens reciprocamente considerados

***Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.***

*(Correspondente ao art. 58 do CC de 1916)*

<sup>14</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, volume I, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995 pag. 52.

**Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.**  
(Sem Correspondente ao CC de 1916)

**Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.**  
(Sem Correspondente ao CC de 1916)

**Art. 95. Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico.**  
(Sem Correspondente ao CC de 1916)

**Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.**  
(Correspondente ao art. 63, caput do CC de 1916)

**§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.**  
(Correspondente ao art. 63, § 1º do CC de 1916)

**§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.**  
(Correspondente ao art. 63, § 2º do CC de 1916)

**§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.**  
(Correspondente ao art. 63, § 3º do CC de 1916)

**Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.**  
(Correspondente ao art. 64 do CC de 1916)

## 1. Comentários

Bem principal é o que existe por si, abstrata ou concretamente. O bem acessório é aquele que para a sua existência necessariamente pressupõe a existência do principal; via de regra o acessório segue o principal, conseqüentemente nulo o contrato, nula será a cláusula penal.

Frutos são a produção normal e periódica da coisa, que não diminuam sua substância, ao contrário dos produtos que, ainda que

sejam produzidos pela coisa periodicamente, importam na diminuição de sua substância (ex. petróleo).

Ainda que os frutos e produtos quando vinculados à coisa tenham natureza de bens acessórios, via de regra, não obsta que venham a ser objeto de negócio jurídico.

Os frutos podem ser naturais, quando decorrem do desenvolvimento próprio da coisa (ex. cria dos animais, o café produzido por um cafeeiro, etc.); industriais que são decorrentes da intervenção da pessoa (ex. produtos manufaturados), e civis, que são os rendimentos tirados da coisa pela sua utilização (ex. rendas, alugueres, dividendos, etc.).

Os frutos se classificam em razão do seu estado, podendo ser pendentes, quando ainda estão unidos à coisa que os produziu; percebidos ou colhidos quando já se encontram separados da coisa; estantes, quando apesar de já separados da coisa que os produziu, ainda se encontram armazenados para venda; percipiendos são aqueles que deveriam ter sido colhidos ou percebidos mas ainda não o foram; e consumidos são aqueles que não existem mais, visto que já foram utilizados.

Benfeitoria é espécie de acessório, constante de obra, levada a efeito pela pessoa com a finalidade específica de conservar, melhorar ou embelezar um determinado bem.

No tocante à diferenciação das benfeitorias em voluptuárias, úteis e necessárias, a clareza do art. 96 dispensa maiores comentários, sendo de extrema importância verificar a consequência nos casos de o possuidor ser de boa-fé ou má-fé, visto que o legislador atual distinguiu nos arts. 1.219 a 1.222 as consequências oriundas desta distinção.

## 2. Jurisprudência

*Tribunal Regional Federal – TRF1ªR*

*LOCAÇÃO COMERCIAL – Prazo indeterminado – Notificação – Finalidade – Benfeitoria necessária – Conceito – Pedido procedente.*

*Irrelevante mostra-se o interregno entre a notificação para denúncia da locação e a Ação de Despejo, porque aquela tem como objetivo, tão-somente, rescisão de contrato de locação por prazo indeterminado. Benfeitorias necessárias são as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore, não as destinadas a possibilitar ao locatário o exercício da sua atividade (CC, artigo 63, parágrafos segundo e terceiro). (TRF 1ª R – AC nº 93.01.12607-9-MG – 1ª T – Rel. Juiz Catão Alves – DJU 29.06.95.)*

Tribunal de Justiça de Goiás – TJGO.

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS – ACESSÕES**

– *Aquele que age de boa-fé, edifica em terreno alheio com sementes, plantas ou materiais, adquire o direito de receber os legítimos donos o valor das benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias.*

– *Em agindo de má-fé, somente lhe é devido as benfeitorias necessárias, norma insere artigo 517 do C. Civ.*

– *Obrando de má-fé e comprovando-se que referidas edificações eram dispensáveis em relação à conservação ou deterioração da coisa e, ainda, que sua utilidade restringiu-se tão-somente àquele que construiu, descaracteriza-se benfeitoria necessária, porquanto, são em verdade acessões, coisas novas agregadas ao imóvel.*

*(Agropecuária Cascata Ltda. versus Odete Moraes Ferro. Ap. nº 46.549-1/188 – Relator: JUIZ WALTER CARLOS LEMES.)*

### 3. Direito comparado

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS  
DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

**ARTIGO 216º  
(Benfeitorias)**

1. *Consideram-se benfeitorias todas as despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa.*
2. *As benfeitorias são necessárias, úteis ou voluptuárias.*
3. *São benfeitorias necessárias as que têm por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa; úteis as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação, lhe aumentam, todavia, o valor; voluptuárias as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação nem lhe aumentando o valor, servem apenas para recreio do benfeitorizante.*

---

## **CAPÍTULO III Dos bens públicos**

**Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público**

**interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.**

(Correspondente ao art. 65 do CC de 1916)

- CRFB/88 – Arts. 20, 26

**Art. 99. São bens públicos:**

**I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;**

**II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;**

**III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.**

**Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.**

(Correspondente ao art. 66 do CC de 1916)

- Lei 7.661/88 – Art. 10, caput

**Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.**

(Correspondente ao art. 67 do CC de 1916)

**Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.**

(Correspondente ao art. 67 do CC de 1916)

**Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.**

- art. 191, p.u. da CF)

**Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.**

(Correspondente ao art. 68 do CC de 1916)

## 1. Comentários

Os bens públicos de uso comum do povo pertencem à pessoa jurídica de direito público interno, mas podem ser utilizados por qualquer pessoa, gratuitamente ou onerosamente, desde que cumpridas as determinações administrativas. Os bens públicos de

uso especial são aqueles utilizados pelo poder público para o exercício de suas funções administrativas, e os bens dominicais são os pertencentes ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público.

A inalienabilidade dos bens públicos é a regra, Conseqüentemente não podem ser vendidos, doados, trocados. O atual legislador determinou no art. 100 que os bens de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto conservarem sua qualificação são inalienáveis, porém poderão vir a serem alienados, bastando que ocorra a desafetação do bem.

No tocante aos bens dominicais podem ser alienados, observando-se as exigências legais, prévia autorização legislativa, concorrência pública etc.

## 2. Jurisprudência

*Tribunal Regional do Trabalho – TRT 10ª R.*

*BENS PÚBLICOS – Impenhorabilidade.*

*Revestidos da inalienabilidade, os bens públicos (artigo 65, do CC) somente perdem essa característica que lhes é peculiar nos casos e na forma que a lei prescrever (Artigo 67 do CC), donde resultarem absolutamente impenhoráveis (Artigos 648 e 649, I, do CPC) não se sujeitando, pois a penhora, devendo a execução contra a Fazenda Pública observar a via do precatório (Artigo 730, do CPC), tendo o artigo 100 da CF/88 apenas autorizado a “quebra” da ordem cronológica da apresentação dos precatórios relativos aos créditos de natureza alimentícia como é o caso de certos créditos trabalhistas. (TRT 10ª R. – AP nº. 239/90 – Ac. 2ª T. 2.826/90 – Rel. Juiz Sebastião Machado Filho - J. em 24.01.91.)*

*Superior Tribunal de Justiça – STJ.*

*LOGRADOURO PÚBLICO – GRADEAMENTO.*

*O logradouro público, de uso comum do povo (CC, artigo 66, I), pode ser gradeado, sempre que necessário à sua própria conservação ou à segurança da coletividade que dele usufrui. (Recurso Especial nº 195.473 – SP – 2ª Turma – Relator: Ministro Ari Pargendler; Recorrentes: Francinete Azevedo Sinibaldi e outros; Advogados: Drs. Clito Fornaciari Júnior e Outros; Recorrido: Município de São Paulo; Advogados: Drs. Angélica Marques dos Santos e Outros.)*

# LIVRO III DOS FATOS JURÍDICOS

## TÍTULO I DO NEGÓCIO JURÍDICO

### CAPÍTULO I Disposições Gerais

**Art. 104.** *A validade do negócio jurídico requer:*

**I – agente capaz;**

**II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;**

**III – forma prescrita ou não defesa em lei.**

*(Correspondente ao art. 82 do CC de 1916)*

**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.*

*(Correspondente ao art. 83 do CC de 1916)*

**Art. 106.** *A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 107.** *A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*

*(Correspondente ao art. 129 do CC de 1916)*

**Art. 108.** *Não dispõem 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.*

*(Correspondente ao art. 134, II, do CC de 1916)*

- Lei 9.514/97 – Art. 38
- Dec.Lei 9.760/46 – Art. 74, caput

- *Lei 6.766/79 – Art. 26*
- *Dec.Lei 58/37 – Art. 22 e 11*
- *Lei 4.380/64 – Art. 61 § 3º e 69*
- *Lei 8.025/90 – Art. 2º*

**Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.**

*(Correspondente ao art. 133 do CC de 1916)*

**Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.**

*(Correspondente ao art. 85 do CC de 1916)*

**Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.**

*(Sem correspondência)*

**Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.**

*(Correspondente ao art. 1.090 do CC de 1916)*

## 1. Comentários

A capacidade do agente no dispositivo legal refere-se à capacidade de gozo ou exercício, sendo tal capacidade conferida pela lei de forma negativa, visto que aquela determina quais são as pessoas que não possuem a capacidade para a prática dos atos da vida civil.

Tal deve ser verificada no momento da prática do ato, visto que, a capacidade superveniente não tem o condão de sanar a validade, assim como a incapacidade posterior à prática do ato não o torna nulo.

No que concerne ao objeto, instituiu o legislador que o mesmo deve ser determinado ou determinável. Será determinado, quando o

ato enunciar de modo certo o objeto da prestação, e determinável quando no momento do cumprimento da obrigação puder ser singularizado, em face de algum critério a ser observado pelas partes.

A impossibilidade do objeto pode decorrer de leis físicas, jurídicas ou naturais. Será fisicamente impossível quando se sobrepujar as forças humanas ou naturais; esta impossibilidade deve ser absoluta, atingir a todos; se for relativa, atinge a apenas uma ou algumas pessoas, não constituirá obstáculo ao negócio jurídico.

Poderá o objeto ser a princípio impossível, mas se cessar antes de se realizar a condição, não se invalidará o negócio jurídico.

No que concerne à impossibilidade jurídica, ocorre quando a lei expressamente proíbe determinado negócio jurídico ou exige forma específica para sua realização.

Conforme prescreve Maria Helena Diniz:<sup>15</sup> “Por ser a incapacidade relativa uma exceção pessoal, ela somente poderá ser formulada pelo próprio incapaz ou por seu representante”. O legislador visa proteger o patrimônio do incapaz contra abusos de outrem, desta forma somente eles poderão invocar tal benefício.

Se o objeto do direito ou da obrigação comum for indivisível, a incapacidade de um deles poderá tornar o ato anulável, mesmo quando for invocado pelo capaz.

O Código Civil aplica o princípio da liberdade de forma, conseqüentemente, somente quando o ordenamento jurídico explicitamente exigir, é, que a declaração de vontade dependerá de forma especial, como, por exemplo o art. 108 deste, o qual exige escritura pública, quando o valor dos negócios jurídicos referente a imóveis for superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente do País.

Pretendeu o legislador no tocante ao silêncio, que não sendo da forma do ato a sua manifestação expressa para sua validade, que o mesmo produza efeitos de aceitação, sendo porém acompanhado de outras circunstâncias ou condições para que produza sua eficácia plena. Em todo caso, deverá o juiz examinar as circunstâncias sob os “aspectos social e psicológico”.<sup>16</sup>

O legislador no tocante à vontade do agente manteve a importância da vontade intrínseca da pessoa, nos casos em que necessitar de uma interpretação, em função de dúvida ou qualquer ponto controvertido, visando que o intérprete atenda à intenção nelas consubstanciadas.

Inovação ocorreu no tocante ao art. 113, ao adotar o princípio da eticidade, o qual tem em essência o destaque dos valores éticos e da boa-fé e moral, principalmente ao ressaltar os costumes locais da celebração do contrato.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. - São Paulo: Saraiva. 1997. p. 106

<sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: parte geral*, Volume I, 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 330 - ( Coleção direito civil; V. 1 )

## 2. Jurisprudência

Tribunal Regional do Trabalho – TRT 15ªR.

*PEDIDO DE DEMISSÃO DE EMPREGADO COM MAIS DE UM ANO DE SERVIÇO – Imprescindível a assistência do sindicato respectivo ou da autoridade do Ministério do Trabalho.*

*O pedido de demissão do empregado com mais de um ano de serviço, como ato jurídico que é, exige para sua validade a capacidade do agente, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, consoante artigo 82 do Código Civil. E o parágrafo primeiro do artigo 477 da CLT requer para validade do ato em questão a assistência do Sindicato respectivo ou da autoridade do Ministério do Trabalho, significando que a inobservância desse requisito formal, o qual empresta validade à declaração de vontade, torna o pedido de demissão destituído de validade, prejudicando qualquer discussão sobre o conteúdo da declaração, já que o artigo 129 do Código Civil diz respeito à manifestação de vontade que independe de forma especial. (TRT 15ªR. – RO nº 8.816/99 – 3ª T. – Ac. 1848/00 – Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite – DOE 18.1.00.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT15ªR.

*ENTE PÚBLICO – Contratação sem prévio concurso público – Nulidade – Efeitos – Direitos do trabalhador.*

*A partir de 05.10.88, com o advento da atual Carta Magna, alçou-se a nível constitucional a obrigatoriedade do concurso público para ingressar no serviço público (CF, artigo 37, inciso II), sob pena de nulidade da relação havida (CF, artigo 37, parágrafo segundo, c/c Código Civil, artigos 82 e 145). Entretanto, havendo contratação sem prévio concurso público, é necessário que se analise a condição do contratado, ante a natureza infungível da prestação laboral e o seu caráter de trato sucessivo, donde afigura-se inviável a devolução do trabalho pelo contratante ao contratado que o exerceu sem qualquer restrição por parte daquele. A prestação de serviços a ente público sem ser concursado, garante ao trabalhador, até a decretação de sua nulidade, à vista do efeito “ex nunc” que encerra, todos os direitos mínimos assegurados pelo artigo*

*7º da Lei Maior, eis que os mesmos não podem ser sonnegados ao contratado, sob pena de enriquecimento ilícito do contratante. Incumbe ao contratante, pois, arcar com o ônus da contratação irregular, cabendo, se for o caso, a apuração de responsabilidades pessoais pelo ato e a exigência de ressarcimento dos responsáveis diretos pela irregularidade. O obreiro não pode ser penalizado pela má gestão pública, pois além de ser hipossuficiente, deve-se preservar o aspecto social da questão. (TRT15ªR – RO nº 37.708/97 – 3ª T – Ac. 034945/98 – Rel. Juiz Mauro César Martins de Souza – DOE 19.10.98.)*

Tribunal Regional Federal – TRF 3ªR.

*NULIDADE – Sentença – Cerceamento de defesa – Contrato de locação de terras indígenas – Artigo 231, da CF – Artigos 82, 145 e 146 do CC.*

*O contrato de locação cujo objeto é a locação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é nulo de pleno direito, porque viola frontalmente o artigo 231, parágrafo sexto, da CF/88. Ausência, ademais, de um dos elementos essenciais do ato jurídico, qual seja, o objeto lícito. Aplicação dos artigos 82 e 145, I, do CC. A nulidade absoluta pode e deve ser pronunciada de ofício pelo juiz, nos termos do artigo 146 do CC, não se considerando “extra petita” a r. sentença que a declarou. Não se afigura “infra petita” a sentença que deixa de analisar especificamente um argumento que já se acha, de alguma forma, repellido pelo juiz. O indeferimento de prova impertinente não constitui cerceamento de defesa. É impertinente a prova que busca desconstituir presunção legal de caráter absoluto (artigo 11, do Estatuto do Índio). A emancipação dos silvícolas decorre de ato do Presidente da República, não podendo sua eventual integração à civilização ser demonstrada por qualquer meio probatório. Não há direito de retenção ou de indenização por benfeitorias úteis e necessárias se evidenciada a má-fé do Apelante. (TRF 3ªR – Ap. Cív. nº 93.03.039002-4 – SP - 2ª T – Relª Juíza Sílvia Steiner – DJU 02.04.97.)*  
Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

*NEGÓCIO JURÍDICO – Ação possessória – Reintegração de posse – Perdas e danos.*

*É nulo o negócio realizado sem os pressupostos do artigo 82 do CCB, de ser o objeto lícito, sujeito capaz e forma prescrita ou não defesa em lei. Cabe ao real proprietário haver do possuidor injusto a reintegração, cabendo-lhe ainda a indenização pelos danos causados à propriedade, bem como pelos resultados que deixou de auferir durante o apossamento ilícito. (TJMG – Ap. Civ. nº 114.608/3 – Almenara – Rel. Des. Corrêa de Marins – J. 6.8.98 – DJU 11.02.99.)*

Tribunal de Justiça do Ceará – TJCE.

*REGISTROS PÚBLICOS – Nascimento – Ausência de formalidade e expressamente exigida em lei – Nulidade.*

*I – No registro de nascimento, quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial. Artigo 59 da Lei nº 6.015/73.*

*II – A preterição de forma prescrita em lei enseja a nulidade do ato jurídico. Artigos 82 e 145, III, do Código Civil.*

*III – Sentença confirmada. Recurso de apelação cível conhecido mas, improvido. (TJCE - AC nº 98.01790-8 - 2ª C. Cív. – Rel. Des. José Mauri Moura Rocha - J. 10.11.1999).*

Superior Tribunal de Justiça - STJ.

*LOCAÇÃO – Fiança – Majoração do locativo e mudança na periodicidade dos reajustes não previstas em cláusula contratual específica – Inadmissibilidade – Irrelevância se o contrato foi firmado por prazo indeterminado – Novação caracterizada que, sem o consentimento do fiador, o exonera da obrigação assumida.*

*Ementa Oficial: A majoração do locativo não prevista em cláusula específica e a mudança da periodicidade dos reajustes configuram novação, eis que alteram o conteúdo do contrato de locação, afetando, diretamente, o contrato acessório de fiança. Não se pode falar em obrigação perpétua do fiador, contra a sua vontade, ainda que o contrato tenha sido firmado por prazo*

*indeterminado. A novação sem o consentimento do fiador o exonera da obrigação assumida. (REsp 64.019-9-SP - 6ª T. - j. 1.7.1997 – Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 25.08.1997.)*

#### *Superior Tribunal de Justiça – STJ*

*Agravo regimental – Despacho indeferitório de agravo de instrumento – Dissídio não configurado (artigo 255, parágrafo único, do RISTJ).*

*I – Cuidando o acórdão, tido como paradigma, de violação ao artigo 85, do CCivil, cuja norma em momento algum foi objeto de debate nestes autos, não se configurou o pretenso dissídio, a teor do artigo 255, parágrafo único, do RISTJ.*

*II – Limitando-se o recorrente a manifestar o seu inconformismo com a decisão agravada, sem nada de novo aduzir capaz de modificá-la, nega-se provimento ao agravo, mantendo-se-a na sua integralidade por seus próprios fundamentos. (STJ – Ag. Reg. no AI nº 4.222-RJ – 3ª T – Rel. Min. Waldemar Zveiter – J. 25.08.90 – v.u. – DJU 01.10.90).*

#### *Superior Tribunal de Justiça – STJ*

*RECURSO – Litisconsórcio sob o patrocínio de um mesmo advogado – Universalidade de interesses – Esquecimento da palavras “e outros”.*

*O consórcio, formado por vários demandantes, para o exercício de ação plurissubjetiva, em busca de um mesmo bem da vida e sob o patrocínio de um mesmo advogado, gera universalidade de interesses, reconhecida pelo direito.*

*O artigo 509 do CPC deve ser interpretado com olhos na realidade e nos fins sociais para os quais foi concebido (Decreto-lei nº 4.657/42 (LICCB), artigo 5º). O esquecimento da palavra “e outros”, na interposição de recurso em favor de integrantes de consórcio voltado ao exercício de ação plurissubjetiva, não traduz abandono dos constituintes, pelo advogado. Tanto mais, quando as razões do apelo fazem referência a “apelantes” (no plural). Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (CCB, artigo 85). (STJ – REsp. nº 142.996 – SC – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – J. 01.12.97 – DJU 20.04.98.)*

*Tribunal Regional do Trabalho – TRT 24ªR.*

*FÉRIAS – Período não usufruído – Dobra.*

*A concessão, pagamento e a fruição das férias são atos do empregador, praticados por escrito e com ciência e quitação expressas do empregado, razão pela qual a sua prova deve ser feita, obrigatoriamente, nos processos que versarem sobre esse direito, não se admitindo nenhuma outra forma de prova, por ser a escrita essencial ao ato (artigos 82, 129 e 130, do Código Civil). O período de férias não concedido e não usufruído pelo trabalhador deve ser remunerado em dobro (artigo 137, da CLT), assegurado o seu gozo quando o contrato de trabalho ainda esteja vigorando. (TRT 24ªR – Ac. nº 2.383/94 – RO 0002975/93 – Rel. Juiz Geralda Pedroso – DJMS 12.09.94.)*

*Superior Tribunal de Justiça – STJ*

*ESCRITURA PÚBLICA – Prova plena.*

*A prova plena referida no artigo 134, parágrafo primeiro do CCB diz respeito ao ato jurídico documentado na escritura pública, nada refletindo no conteúdo das declarações feitas pelas partes, que pode ser verdadeiro ou não. (STJ – REsp. nº 36.174-SP – Rel. Min. Ari Pargendler – J. 17.09.96 – DJU 21.10.96.)*

*Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG.*

*AÇÃO ANULATÓRIA – COMPRA E VENDA – BEM IMÓVEL – ESCRITURA PÚBLICA – REQUISITOS*

*– A escritura pública de compra e venda de imóvel assinada pelo outorgante-vendedor fora de cartório e na ausência do tabelião acarreta nulidade, por inobservância dos pressupostos para a lavratura de que trata o artigo 134, parágrafo primeiro, do CC. (TAMG – Apelação Cível nº 245.571-0 – Relator: Juiz Kildare Carvalho.)*

*Tribunal Superior do Trabalho – TST.*

*GRATIFICAÇÃO – Concessão gratuita – Interpretação – Direito do trabalho.*

*Em se tratando de ato jurídico unilateral caracterizador de concessão gratuita, a interpretação*

é estrita. Contudo, não se pode considerar lícita a concessão, ainda que gratuita, se encerra condição que a coloca ao arbítrio exclusivo da vontade do concedente. Assim, estabelecido pelo empregador que a gratificação só será devida se o empregado houver prestado serviços em todo o semestre, a dispensa imotivada dele, antes do término do semestre, não poderá ser aceita como causa jurídica legítima para afastar-se o direito ao recebimento da gratificação, se o inadimplemento da condição decorreu somente da vontade do empregador, manifestada sem justo motivo. Interpretação, no campo do Direito do Trabalho, do contido nos artigos nºs 1.090, 115 e 120 do CCB, com a ressalva de que, no caso, o elemento “malícia” tem, como correspondente trabalhista, a dispensa sem justa causa. (TST - E-RR nº 56.245 - Ac. SDI nº 1.526/96 - Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas - DJU 24.05.96.)

Tribunal Regional do Trabalho - TRT 3ªR.

CLÁUSULA CONTRATUAL BENÉFICA - Interpretação.

A cláusula contratual benéfica ao trabalhador, espontaneamente instituída pelo empregador, deve ser interpretada nos seus estritos termos e condições, a teor do artigo 1090, do Código Civil. (TRT 3ªR - RO nº 16.195-94 - 2ª T. - Rel. Juiz Eduardo Augusto Lobato - DJMG 18.08.95).

Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF.

FIANÇA - Prazo certo e determinado - Adendo ao contrato de locação, sem a participação do fiador - Limites da obrigação.

O instituto da fiança, contrato gratuito que é, atrai a incidência do artigo 1.090 do CC e, por isto mesmo, não é possível interpretação extensiva. Vencido o contrato e prorrogado nos moldes de aditivo assinado apenas pelo locador e locatário, sem a participação do antigo fiador, fica este desobrigado em face dos novos encargos, embora na primitiva avença haja cláusula dispondo que sua responsabilidade perdurará enquanto subsistir a do locatário, até final solução de todas as obrigações contratuais. (TJDF - AI nº 19990020043092 - Reg. Ac. 127299 - 2ª T. Cível - Rel. Des. Waldir Leônicio Jr. - DJU 21.06.2000.)

## CAPÍTULO II

### Da representação

**Art. 115.** *Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**Art. 116.** *A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**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.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**Parágrafo único.** *Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**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.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**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.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**Art. 120.** *Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

## 1. Comentários

No mundo moderno, muitas vezes se torna impraticável que a pessoa pratique todos os atos da vida civil pessoalmente, ou por imposição legal, fazendo surgir a figura do representante, que pratica os atos em nome do representado.

A regra básica da representação é que o representante pratique os atos em nome do representado. Para que isto ocorra, necessário se faz que haja a manifestação da vontade por parte do representado, podendo tal ser expressa ou tácita.

No mandato expresso, a instrumentalização da vontade se dá pela procuração, sendo portanto a procuração o instrumento do mandato.

O legislador no art. 115 deixa bem claro este conceito ao afirmar que os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. No tocante aos poderes conferidos pela representação legal (ex. representação de incapazes), segundo Sílvio de Salvo Venosa,<sup>17</sup> “ esta determina a extensão da representação, os casos em que é necessária, o poder de administrar, e quais as situações em que se permite dispor dos direitos do representado.

O representante não pode extrapolar os poderes a ele conferidos, devendo sempre comprovar às pessoas, com que trata em nome do representado, sob pena de responder inclusive por perdas e danos, conforme se compreende do disposto no art. 118. No tocante a este artigo, parece-nos que o legislador quis se reportar ao mandato expresso, visto que no tácito tal prova se torna muito difícil.

No que concerne à autocontratação, o Código Civil de 1916 não fazia nenhuma menção a esta figura, por bem o atual legislador dispôs sobre a matéria no art. 117, afirmando que caso não conste expressamente no mandato, tal ato será passível de anulação. Na autocontratação, ocorre a figura de dois contratantes numa só pessoa (ex. em um contrato de compra e venda, atua como representante do vendedor e ao mesmo tempo por si próprio como comprador) , tal fato realmente há de ser vedado, visto que a possibilidade do representante colocar seus interesses acima dos interesses do representado é plenamente plausível de vir a acontecer.

No tocante à anulação do negócio concluído pelo representante em dissonância com a vontade do representado, se a outra parte tinha conhecimento, ou deveria ter, deverá este ser anulado, visto que não representa a vontade do mandante.

---

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: parte geral*, Volume I, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 317-323.

## 2. Direito comparado

### **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966**

#### **SUBSECÇÃO VI Representação**

#### **DIVISÃO I Princípios gerais**

##### **ARTIGO 258º**

##### **(Efeitos da representação)**

*O negócio jurídico realizado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último.*

##### **ARTIGO 259º**

##### **(Falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes)**

1. *À excepção dos elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado, é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio.*

2. *Ao representado de má fé não aproveita a boa fé do representante.*

##### **ARTIGO 260º**

##### **(Justificação dos poderes do representante)**

1. *Se uma pessoa dirigir em nome de outrem uma declaração a terceiro, pode este exigir que o representante, dentro de prazo razoável, faça prova dos seus poderes, sob pena de a declaração não produzir efeitos.*

2. *Se os poderes de representação constarem de documento, pode o terceiro exigir uma cópia dele assinada pelo representante.*

##### **ARTIGO 261º**

##### **(Negócio consigo mesmo)**

1. *É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificada -mente consentido na celebração, ou*

que o negócio excluía por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses.

2. Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação.

---

### CAPÍTULO III

#### Da condição, do termo e do encargo

**Art. 121.** *Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.*

(Correspondente ao art. 114 do CC de 1916)

**Art. 122.** *São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.*

(Correspondente ao art. 115 do CC de 1916)

- CDC – Art. 51, IX, X, XI e XIII

**Art. 123.** *Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados:*

**I** – as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas;

**II** – as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;

**III** – as condições incompreensíveis ou contraditórias.

(Correspondente ao art. 116 do CC de 1916)

**Art. 124.** *Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.*

(Correspondente ao art. 116 do CC de 1916)

**Art. 125.** *Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.*

(Correspondente ao art. 118 do CC de 1916)

**Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.**

*(Correspondente ao art. 122 do CC de 1916)*

**Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.**

*(Correspondente ao art. 119, 1ª parte do CC de 1916)*

- Dec.Lei 58/37 – Art. 12, caput

**Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.**

*(Correspondente ao art. 119, 1ª parte do CC de 1916)*

**Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.**

*(Correspondente ao art. 120 do CC de 1916)*

**Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.**

*(Correspondente ao art. 121 do CC de 1916)*

**Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.**

*(Correspondente ao art. 123 do CC de 1916)*

**Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.**

*(Correspondente ao art. 125 do CC de 1916)*

- Lei 810/49
- Lei 9.093/95 – Arts. 1º e 2º

- CPC – Art. 184, 175
- Lei 1.408/51 – Art. 5º

**§ 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.**

*(Correspondente ao art. 125, § 1º, do CC de 1916)*

**§ 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.**

*(Correspondente ao art. 125, § 2º, do CC de 1916)*

**§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.**

**§ 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.**

*(Correspondente ao art. 125, § 4º, do CC de 1916)*

**Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.**

*(Correspondente ao art. 126 do CC de 1916)*

**Art. 134. Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exeqüíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.**

*(Correspondente ao art. 127 do CC de 1916)*

**Art. 135. Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva.**

*(Correspondente ao art. 124 do CC de 1916)*

**Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.**

*(Correspondente ao art. 128 do CC de 1916)*

**Art. 137. Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.**

## 1. Comentários

Condição é a cláusula que subordina o efeito (eficácia) do ato jurídico a evento futuro e incerto. No tocante à condição futura, se se tratar de um evento pretérito, o negócio jurídico será puro e simples. Se o negócio versar sobre evento certo, conforme ensina Sílvio Rodrigues:<sup>18</sup> “se se tratar de evento certo, não existe condição, mas termo. Neste caso, o direito conferido, em vez de ser condicional, é um direito já deferido, embora futuro”.

O atual legislador, ao utilizar a expressão “derivando exclusivamente da vontade das partes” no art. 121, teve o intuito de referir-se ao art. 117 do CC de 1916, *in verbis* “ Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede”.

Certos atos jurídicos para a sua validade, necessitam da forma prescrita em lei conforme dispõe o art. 104. Conseqüentemente, não poderá ser considerada com condição, a cláusula que for inerente ao próprio ato, como, por exemplo, a escritura pública para a venda de um imóvel.

Na condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ela visa, visto que a eficácia do ato ficará suspensa até a realização do evento. O legislador visando que o direito futuro não se deteriore, permitiu na forma do art. 130, que ao detentor de direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, possa praticar os atos necessários à conservação do bem.

Na condição resolutiva, o negócio jurídico se aperfeiçoa desde logo, mas sua eficácia ficará condicionada à implementação da condição. Conforme Maria Helena Diniz:<sup>19</sup> “Enquanto a condição não se verificar, o negócio jurídico vigorará, mas, verificada a condição, para todos os efeitos, extingue-se o direito a que Lei se opõe”.

As condições físicas ou jurídicas, quando suspensivas, invalidam os negócios jurídicos. As condições físicas são aquelas condições contrárias à natureza, como por exemplo tocar o céu com a mão, e como conseqüência, serão tidas como não escritas, tornando o ato puro e simples; as condições juridicamente impossíveis são aquelas que contrariam a disposição legal, como por exemplo contrair matrimônio entre afins em linha reta Tal condição, conforme Darcy Arruda Miranda,<sup>20</sup> “não chega a adquirir validade jurídica”.

O art. 132 estabelece a forma como devem ser computados os prazos, devido à clareza do instituto, dispensa-se comentários.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil – Parte Geral*, volume 1 – 26ª ed. São Paulo : Saraiva 1996, p. 240.

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. - São Paulo : Saraiva. 1997. p. 133-139.

<sup>20</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao código civil brasileiro*, volume 1, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 89-94.

O termo caracteriza-se por ser evento futuro e certo; é a cláusula que estabelece o início ou o fim da eficácia do ato jurídico. O termo inicial, primordial ou suspensivo (*dies a quo, ex die*), é o que fixa o momento em que a eficácia do ato jurídico deve começar, não suspendendo conseqüentemente a aquisição do direito, apenas suspende o seu exercício conforme disposto no art. 131. O termo final (*dies ad quem, ad diem*) ou resolutivo, determina a data em que a eficácia do ato jurídico deve terminar, extinguindo-se, conseqüentemente, as obrigações decorrentes dele.

Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva ou resolutiva, conforme dispõe o art. 135.

O encargo ou modo é um ônus imposto à vantagem criada pelo ato jurídico; o beneficiário, caso aceite a liberalidade, deverá arcar com o ônus que lhe foi imposto.

Conforme dispõe o art. 136, o encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente disposto como condição suspensiva, quando poderá ser revogado pela inexecução dele próprio.

### 3. Jurisprudência

Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

*CONTRATO DE MÚTUO – Mandato – Letra de câmbio – Emissão – Condição protestativa – Cláusula abusiva – Nulidade.*

*É nula a cláusula contratual que outorga mandato ao mutuante para que este emita letra de câmbio a seu favor e contra o mutuário, por tratar-se de condição protestativa, proibida pelo artigo 115 do CC, tornando inválida, por conseqüência, também a cambial. No mesmo sentido Ap. Cível nº. 225660-6 3ª Câmara. Cível. Rel. Juiz D. de Paula 18.12.96. Ap. Cível nº. 225889-1 3ª Câmara. Cível. Rel. Juiz D. de Paula 11.12.96. (TAMG – Proc. nº. 2.223.483/96 – Frutal – Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel – J. 10.10.96 - v.u.)*

Superior Tribunal de Justiça – STJ

*CONDOMÍNIO – Despesas condominiais – Cláusula da convenção condominial que isenta a construtora e incorporadora do empreendimento do pagamento de taxas das unidades que ainda não foram vendidas – Abusividade e invalidade da previsão, nos termos do artigo 115 do CC.*

*É inválida, porque abusiva, nos termos do artigo 115 do CC, a cláusula de convenção condominial que isenta a construtora e incorporadora do empreendimento do pagamento de despesas de condomínio das unidades que ainda não foram vendidas. (STJ – REsp. n.º 151.758-MG – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – J. 05.05.98 – DJU 29.06.98.) RT 756/186*

#### Segundo Tribunal de Alçada Civil – 2ºTACivSP

*FIANÇA – Locação – Exoneração (artigo 1.500 do Código Civil) – Responsabilidade até entrega das chaves – Contrato prorrogado – Cláusula de renúncia – Irrelevância - Admissibilidade.*

*Em se prorrogando a locação por tempo indeterminado, pode o fiador buscar judicialmente a sua exoneração, pena de se admitir que devesse permanecer atado à obrigação por tempo sujeito ao arbítrio exclusivo de terceiro, em ofensa ao artigo 115 do Código Civil. Cláusula de renúncia que só opera efeitos enquanto não decorrido o prazo contratual primitivo. Recurso improvido. (2ºTACivSP – Ap. c/ Rev. n.º 529.889-00/6 – 12ª Câm. – Rel. Juiz Arantes Theodoro – J. 08.04.99.)*

#### Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – TARS

*OPERAÇÕES BANCÁRIAS – Cláusula mandato – Validade – CDC.*

*Há ofensa ao disposto no artigo 115 do Código Civil, eis que o ato sujeita-se ao arbítrio de somente uma das partes, no caso, o banco. De se ver também que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações bancárias, até porque existe previsão expressa no parágrafo segundo do artigo 3º, dentre outros do CDC. (TARS – AC n.º 197042385 – 2ª C. Cív. – Rel. Juiz Francisco José Moesch – J. 02.09.97.)*

#### Primeiro Tribunal de Alçada Civil – 1ºTACivSP

*PRAZO – Penhora – Nomeação de bens – Intempestividade – Hipótese em tal deve ser feito 24 horas após a efetivação da citação – Prazos fixados por hora, ademais, que contar-se-ão de minuto a minuto – Artigo 125, parágrafo quarto do CC – Agravo provido. (1ºTACivSP – AI n.º 182.126-2 – São Paulo – Rel. Breno Marcondes – 14ª Câm. – J. 01.10.91.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT4ªR

**PRAZO PRESCRICIONAL – PRORROGAÇÃO**

*O prazo prescricional prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, quando o seu término recair num domingo, por força do disposto no parágrafo primeiro do artigo 125 do Código Civil. (TRT 4ªR – RO n.º 617.026/94-7 – 5ª T – Rel. Ricardo Gehling – J. 11.03.99 – DOERS 12.04.99.)*

**3. Direito comparado**

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS  
DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

**SUBSECÇÃO VII  
Condição e termo**

**ARTIGO 270º**

**(Noção de condição)**

*As partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutive.*

**ARTIGO 271º**

**(Condições ilícitas ou impossíveis)**

*1. É nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes.*

*2. É igualmente nulo o negócio sujeito a uma condição suspensiva que seja física ou legalmente impossível; se for resolutive, tem-se a condição por não escrita.*

**ARTIGO 272º**

**(Pendência da condição)**

*Aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutive, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa-fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte.*

**ARTIGO 273º**

**(Pendência da condição: actos conservatórios)**

*Na pendência da condição suspensiva, o adquirente*

*do direito pode praticar actos conservatórios, e igualmente os pode realizar, na pendência da condição resolutiva, o devedor ou o alienante condicional.*

#### **ARTIGO 274º**

##### ***(Pendência da condição: actos dispositivos)***

*1. Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objecto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário.*

*2. Se houver lugar à restituição do que tiver sido alienado, é aplicável, directamente ou por analogia, o disposto nos artigos 1269º e seguintes em relação ao possuidor de boa-fé.*

#### **ARTIGO 275º**

##### ***(Verificação e não verificação da condição)***

*1. A certeza de que a condição se não pode verificar equivale à sua não verificação.*

*2. Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada.*

#### **ARTIGO 276º**

##### ***(Retroactividade da condição)***

*Os efeitos do preenchimento da condição retrotraem-se à data da conclusão do negócio, a não ser que, pela vontade das partes ou pela natureza do acto, hajam de ser reportados a outro momento.*

#### **ARTIGO 277º**

##### ***(Não retroactividade)***

*1. Sendo a condição resolutiva aposta a um contrato de execução continuada ou periódica, é aplicável o disposto no nº 2 do art. 434º.*

*2. O preenchimento da condição não prejudica a validade dos actos de administração ordinária realizados, enquanto a condição estiver pendente, pela parte a quem incumbir o exercício do direito.*

*3. À aquisição de frutos pela parte a que se refere o número anterior são aplicáveis às disposições relativas à aquisição de frutos pelo possuidor de boa-fé.*

**ARTIGO 278º****(Termo)**

*Se for estipulado que os efeitos do negócio jurídico comecem ou cessem a partir de certo momento, é aplicável à estipulação, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 272º e 273º.*

**ARTIGO 279º****(Cômputo do termo)**

*À fixação do termo são aplicáveis, em caso de dúvida, as seguintes regras:*

*a) Se o termo se referir ao princípio, meio ou fim do mês, entende-se como tal, respectivamente, o primeiro dia, o dia 15 e o último dia do mês; se for fixado no princípio, meio ou fim do ano, entende-se, respectivamente, o primeiro dia do ano, o dia 30 de Junho e o dia 31 de dezembro;*

*b) Na contagem de qualquer prazo não se inclui o dia, nem a hora, se o prazo for de horas, em que ocorrer o evento a partir do qual o prazo começa a correr;*

*c) O prazo fixado em semanas, meses ou anos, a contar de certa data, termina às 24 horas do dia que corresponda, dentro da última semana, mês ou ano, a essa data; mas, se no último mês não existir dia correspondente, o prazo finda no último dia desse mês;*

*d) É havido, respectivamente, como prazo de uma ou duas semanas o designado por oito ou quinze dias, sendo havido como prazo de um ou dois dias o designado por 24 ou 48 horas;*

*e) O prazo que termine em domingo ou dia feriado transfere-se para o primeiro dia útil; aos domingos e dias feriados são equiparadas as férias judiciais, se o acto sujeito a prazo tiver de ser praticado em juízo.*

---

## **CAPÍTULO IV**

### **Dos defeitos do negócio jurídico**

#### **Seção I**

#### **Do Erro ou Ignorância**

**Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro**

**substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.**

(Correspondente ao art. 86 do CC de 1916)

- LICC – Art. 3º

**Art. 139. O erro é substancial quando:**

**I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;**

**II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;**

**III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.**

(Correspondente aos arts. 87, 88 do CC de 1916)

**Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.**

(Correspondente ao art. 90 do CC de 1916)

**Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.**

(Correspondente ao art. 89 do CC de 1916)

**Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.**

(Correspondente ao art. 91 do CC de 1916)

**Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.**

(Sem correspondência no CCB de 1916)

**Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.**

(Sem correspondência ao CCB de 1916)

## 1. Comentários

O erro, sendo um vício de consentimento, caracteriza-se por ser uma distorção entre a vontade volitiva do agente e sua manifestação; é a falsa noção sobre um objeto ou sobre uma pessoa, o agente emitir sua vontade inspirado em um engano ou na falsa noção da realidade.

Ao se analisar o erro, mister se faz que se verifique se a pessoa tomou as devidas diligências em face das circunstâncias do negócio, conforme preceitua o art. 138; tal verificação deve ser feita em face da pessoa média e não em função das qualidades especiais, visto que nesta última as suas qualidades impossibilitam que venha a ter uma falsa noção.

Para que os erros possam vir a ser anulados, é necessário que sejam espontâneos, ou seja, devem emanar da vontade livre e consciente da pessoa, se esta sofre influências da outra parte ou de terceiros, neste caso ficará caracterizado o dolo.

Conforme ensinamento de Darcy Arruda Miranda,<sup>21</sup> deve o erro ser substancial, podendo ser concernente à natureza do negócio (*error in ipso negotio*), como exemplo uma pessoa fornece um imóvel em locação e a outra o recebe como comodato; quanto ao objeto principal da declaração (*error in ipso corpore rei*), a pessoa adquire um terreno em uma determinada localidade, supondo que este se encontra em um ponto central da cidade, mas na realidade se encontra em um bairro afastado da mesma; ou a algumas das qualidades a ele essenciais (*error in substantia*), é o caso típico utilizado na doutrina da pessoa que adquire uma bijuteria pensando tratar-se de uma jóia.

Pode também o erro substancial versar sobre a identidade da pessoa. Neste caso, a pessoa a quem é dirigido o ato deve ser causa determinante do mesmo; exemplo clássico, é o da doação a terceiro que lhe salva a vida em um naufrágio, descobrindo posteriormente que o beneficiário não foi o autor do salvamento, mas sim terceiro.

Inovou o legislador incluindo como hipótese o erro de direito, firmando assim o que já vinha sendo defendido por alguns doutrinadores e parte da jurisprudência. Importa dizer que não foi afastada a regra geral constante no art. 3º de Introdução ao Código Civil – ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece – que é um dos princípios de Direito Civil. Procurou tão-somente o legislador a proteção daquele agente que se encontra em erro ou ignorância, não se apegando a única casuística de ser quanto a natureza e circunstância do negócio jurídico, por isso, fez a ressalva de que tal erro para ser reconhecido não poderá implicar em recusa à aplicação da lei.

E deve o erro ser também escusável, no sentido que, mesmo que a pessoa tivesse tomado as precauções devidas, teria incorrido no erro.

<sup>21</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume 1, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 72-75.

O erro accidental é aquele que se refere a alguma circunstância de menor importância ao negócio jurídico, de tal forma que mesmo que a pessoa tivesse conhecimento, efetuará o negócio jurídico, tendo como consequência que o negócio será considerado válido.

No tocante ao erro de indicação e pessoa, caso se possa apurar a real intenção do agente, pelo seu contexto e pelas circunstâncias, não viciará o negócio jurídico.

O legislador no tocante ao erro inovou mais uma vez ao afirmar no art. 144 que, quando a pessoa a quem se dirige a manifestação de vontade, se oferecer para executá-la na conformidade com a manifestação real do agente, não prejudicará a validade do ato, visto que, desta forma, ter-se-á realizado a vontade volitiva do agente.

## 2. Jurisprudência

*“É nulo o testamento em que o testador, desejando contemplar sua mulher, a institui sua herdeira, se ela já era casada quando contraiu núpcias com ele, caracterizando-se, na espécie, erro substancial quanto à qualidade de beneficiária.” ( Ac. Un. da 6ª Câm. Civ. do TJSP, no REO 172.523-SP, rel. Des. Jurandyr Nilsson, RT, 434:72.)*

*“Nula e ineficaz é a confissão de dívida, quando decorre de falsa causa. Assim é a dívida cobrada por serviços que não foram prestados.” (RT, 526:128, 1º TACSP)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT 7ªR.

*CÁLCULOS. ERRO. DEVOLUÇÃO DO VALOR RECEBIDO INDEVIDAMENTE.*

*“Verificado erro substancial nos cálculos das parcelas rescisórias do recorrido, é de se determinar a anulação dos mesmos nos termos do artigo 86 do CC impondo-se a restituição daquilo que se recebeu indevidamente.”*

*(TRT 7ªR – Ac. n.º 499/00 – Rel. Juiz João Porto Guimarães – J. 01.02.00 – DOJT 29.2.200 – m.v.)*

## 3. Direito comparado

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS  
DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

**SUBSECÇÃO V  
Falta e vícios da vontade**

**ARTIGO 247º****(Erro na declaração)**

Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.

**ARTIGO 248º****(Validação do negócio)**

A anulabilidade fundada em erro na declaração não procede, se o declaratário aceitar o negócio como o declarante o queria.

**ARTIGO 249º****(Erro de cálculo ou de escrita)**

O simples erro de cálculo ou de escrita, revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, apenas dá o direito à rectificação desta.

**ARTIGO 250º****(Erro na transmissão da declaração)**

1. A declaração negocial inexactamente transmitida por quem seja incumbido da transmissão pode ser anulada nos termos do artigo 247º.

2. Quando, porém, a inexactidão for devida a dolo do intermediário, a declaração é sempre anulável.

**ARTIGO 251º****(Erro sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio)**

O erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratário ou ao objecto do negócio, torna este anulável nos termos do artigo 247º.

**ARTIGO 252º****(Erro sobre os motivos)**

1. O erro que recaia nos motivos determinantes da vontade, mas se não refira à pessoa do declaratário nem ao objecto do negócio, só é causa de anulação se as partes houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo.

2. Se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído.

## Seção II Do Dolo

**Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.**

*(Correspondente ao art. 92 do CC de 1916)*

**Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.**

*(Correspondente ao art. 93 do CC de 1916)*

**Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.**

*(Correspondente ao art. 94 do CC de 1916)*

**Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.**

*(Correspondente ao art. 95 do CC de 1916)*

**Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.**

*(Correspondente ao art. 96 do CC de 1916)*

**Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.**

*(Correspondente ao art. 97 do CC de 1916)*

### 1. Comentários

O dolo pode ser definido como o artifício ou ardil, empregado visando induzir outra pessoa à prática de um determinado ato jurídico que a prejudica, beneficiando o autor do dolo.

Conforme ensinamentos de Maria Helena Diniz,<sup>22</sup> no direito romano existia distinção entre *dolus bonus*, que consiste em exaltar as qualidades do produto oferecido, e *dolus malus*, ou *dolus causam dans*, o qual tem por finalidade provocar uma alteração na manifestação da vontade, visando causar-lhe prejuízo; o primeiro não induz nulidade do ato jurídico, o segundo, sim.

O dolo pode ser principal, quando a pessoa, se tivesse pleno conhecimento, não teria realizado o ato, como consequência teremos então a sua anulação. O *dolo acidental (dolus incidens)*, conforme preceitua o art. 146, não anula o negócio jurídico, só obriga à satisfação das perdas e danos. É acidental o dolo quando a seu despeito o ato se teria praticado, embora por outro modo.

Conforme preceitua Darcy Arruda Miranda:<sup>23</sup>

*“ Não é suficiente o silêncio intencional de uma das partes, a respeito de fato ou qualidade, que a outra parte haja ignorado, para constituir a omissão dolosa, sendo indispensável para a anulabilidade do ato que se trate de dolo principal, provando-se que, sem ela, se não teria celebrado o contrato art. 147 (94 do CC de 1916). São seus pressupostos: a) a existência de um contrato bilateral; b) a intenção de omitir o defeito da coisa na realização do ato; c) a ignorância do fato pela parte contrária; d) prova da não-realização do contrato se o fato fosse conhecido da outra parte. (Ex.: omissão intencional do alienante de um imóvel sobre a existência de sua desapropriação já decretada ou de se tratar de coisa litigiosa)”.*

No caso de dolo de terceiro, o ato jurídico também pode ser anulado conforme preceitua o art. 148, mister se faz que o dolo tenha sido provocado por terceira pessoa, sendo que a parte beneficiada tivesse ou devesse ter conhecimento. Neste caso ambos responderão por perdas e danos; no caso de haver somente o dolo do terceiro, sem ingerência da parte beneficiada, somente o terceiro responderá por perdas e danos.

Conforme preceitua o art. 149, “o dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve”. Caso não tenha ocorrido convivência entre o representante e o representado com o intuito de prejudicar a outra parte, só obriga o representado pelo proveito que teve.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. – São Paulo: Saraiva. 1997. p. 114-115.

<sup>23</sup> MIRANDA, Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 76-77.

Caso ocorra dolo de ambas as partes, nenhuma delas poderá pedir a anulação do negócio jurídico, nem tampouco perdas e danos, visto que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

## 2. Jurisprudência

*“Constatando-se, pelas provas, ter havido artifício astucioso levando os autores a produzirem declaração de vontade que sem esse artifício não teriam produzido, é de se dar pela procedência da ação, com a anulação do ato, nos termos dos arts. 92 e 95, c/c o art. 147, h, todos do Código Civil de 1916” (RT, 522:232, TJPR.)*

Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG

*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Incorporação imobiliária – Vício redibitório – **Omissão dolosa – CCB, artigo 94 – Rescisão contratual – Perdas e danos** – (Há voto vencido).*

*“A alienação de imóvel edificado em local impróprio, capaz de comprometer sua utilização, sem que o adquirente tenha sido cientificado do vício, configura omissão dolosa do incorporador, acarretando-lhe responsabilidade aquiliana e contratual, a autorizar a rescisão do contrato de compra e venda, com a consequente devolução do preço e indenização por perdas e danos.*

*Tratando-se de imóvel que apresenta defeito visível, não se admite o reconhecimento de conduta dolosa do alienante, a que se refere o artigo 94 do CCB, respondendo este por perdas e danos, consoante a regra contida no artigo 93 do citado texto legal (Juiz Maciel Pereira).” (TAMG – Ap. Cív. n.º 192.402 – Montes Claros – Rel. Juiz Francisco Bueno – J. 04.05.95.)*

## 3. Direito comparado

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**  
**DECRETO-LEI Nº 47 344,**  
**de 25 de novembro de 1966**

**SUBSECÇÃO V**  
**Falta e vícios da vontade**

*(...)*  
**ARTIGO 253º**  
**(Dolo)**

*1. Entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício*

que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante.

2. Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções.

### **ARTIGO 254º** **(Efeitos do dolo)**

1. O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração; a anulabilidade não é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral.

2. Quando o dolo provier de terceiro, a declaração só é anulável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento dele; mas, se alguém tiver adquirido directamente algum direito por virtude da declaração, esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia ter conhecido.

---

### **Seção III** **Da Coação**

**Art. 151.** *A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.*

**Parágrafo único.** *Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.*

*(Correspondente ao art. 98 do CC de 1916)*

**Art. 152.** *No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.*

*(Correspondente ao art. 99 do CC de 1916)*

**Art. 153.** *Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.*

*(Correspondente ao art. 100 do CC de 1916)*

**Art. 154. *Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.***

*(Correspondente ao art. 101 e § 1º do CC de 1916)*

**Art. 155. *Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.***

*(Correspondente ao art. 101 § 2º do CC de 1916)*

## 1. Comentários

A coação consiste num vício de consentimento, tendo em vista que o agente ao manifestar a vontade para celebração do negócio jurídico a faz por um estado psicológico anormal, em virtude da ameaça provocada pela outra parte ou por terceira pessoa com este relacionado.

A doutrina classifica a coação em *de vis absoluta* e *de vis relativa*, sendo certo que a primeira figura, conforme ensinamentos de Maria Helena Diniz,<sup>24</sup> não é causa de nulidade relativa do negócio jurídico, pois nela não há qualquer vontade do agente a ser considerada, conceituando alguns doutrinadores tal figura como causa de inexistência do negócio; ao contrário da segunda figura – *de vis relativa* – onde, a vontade do agente existe, todavia, defeituosa, por não corresponder à sua real intenção.

Cumpre ressaltar que a figura prevista no Código trata-se de coação *de vis relativa*.

Conforme preceitua Clóvis Beviláqua, *apud* Darcy Arruda Miranda<sup>25</sup> em comentário ao art. 98 do CC de 1916, atual art. 151, “a coação moral é um estado de espírito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o ato que lhe é exigido”.

A coação, para que possa ser passível de anulação, deve incutir a pessoa fundado temor de dano iminente à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens.

Inovou o legislador no parágrafo único do art. 151, ao permitir que seja reconhecida a coação mesmo a ameaça tendo como destinatária pessoa não pertencente à família do coagido. Contudo, a decisão ficará atrelada ao reconhecimento pelo juiz da pertinência da aplicação deste instituto.

*O juiz ao apreciar a coação deverá levar em consideração a idade, o sexo, a condição, a saúde, enfim, todas as circunstâncias*

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. – São Paulo: Saraiva. 1997. p. 118-119.

<sup>25</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 78/79.

*que possam influenciar na gravidade dela.*

Não caracterizam a coação a simples ameaça do exercício normal de um direito (ameaçar de protestar um título caso o devedor não o pague), assim como o temor reverencial (a obediência oriunda do receio de promover descontentamento com o descumprimento de ordem ou desejo, advindo de pessoa que se encontre em posição hierarquicamente superior, de que seja dependente, do ponto de vista sociofamiliar, ou do ponto de vista profissional).

A coação também poderá ser anulada, se decorrer de ato de terceiro, conforme dispõe o art. 154, ficando a parte que se aproveitou da coação, assim como o terceiro, respondendo solidariamente pelas perdas e danos; caso a coação seja de terceiro sem o conhecimento da parte beneficiada, somente responderá pelas perdas e danos o terceiro (art. 155).

## 2. Jurisprudência

*“Anulável é o casamento em que o consentimento de qualquer dos nubentes foi obtido por coação, mesmo que esta consista em simples, mas forte, temor reverencial” (RT, 182:950).*

*Segundo Tribunal de Alçada Civil – 2ºTACivSP.*

*EXECUÇÃO – Título extrajudicial – Confissão de dívida – Alegação de vício de vontade – Coação – Prova da existência de fundado temor da parte – Ausência – Ato válido e eficaz.*

*“Se o conjunto probatório não identifica a existência de fundado temor de dano à parte (artigo 98 do Código Civil) não se configura a coação.” (2ºTACivSP – Ap. c/ Rev. n.º 597.890-00/6 – 12ª Câm. – Rel. Juiz Antônio Rigolin – J. 28.10.99.)*

## 3. Direito comparado

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS  
DECRETO-LEI Nº 47 344,  
de 25 de novembro de 1966**

**SUBSECÇÃO V  
Falta e vícios da vontade**

**(...)**

**ARTIGO 255º**

**(Coacção moral)**

*1. Diz-se feita sob coacção moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante*

*foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração.*

*2. A ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do declarante ou de terceiro.*

*3. Não constitui coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.*

#### **ARTIGO 256º**

##### ***(Efeitos da coacção)***

A declaração negocial extorquida por coacção é anulável, ainda que esta provenha de terceiro; neste caso, porém, é necessário que seja grave o mal e justificado o receio da sua consumação.

#### **ARTIGO 257º**

##### ***(Incapacidade accidental)***

1. A declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório.

2. O facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar.

### **Seção IV Do Estado de Perigo**

***Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.***

***Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.***

*(Sem correspondência)*

#### **1. Comentários**

O legislador, ao relacionar o instituto no atual Código Civil, o fez de forma tímida, não condizente com a doutrina a respeito, visto que perdeu grande oportunidade de dar uma forma mais justa ao instituto,

<sup>26</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: parte geral*, Volume I, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 381.

por ter entendido que em face do temor do instituidor, o beneficiário teria agido sem a devida boa-fé.

Melhor solução seria a adotada se tivesse incluído no dispositivo legal, o mesmo tratamento adotado no § 2º do art. 157, permitindo que não se decretasse a anulação do negócio jurídico, se a parte oferecida concordasse com a redução do proveito.

A doutrina entende que o correto será a redução do preço, visto que a anulação do negócio jurídico, acarretaria uma certa injustiça, em face de ter ocorrido a prestação de um serviço.

Conforme preceitua Silvio de Salvo Venosa,<sup>26</sup> “uma vez anulado o negócio, só resta ao agente recorrer à ação de enriquecimento sem causa para haver o pagamento”.

## Seção V Da Lesão

***Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.***

***§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.***

***§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.***

• art. 4º, “b”, DL 869/38, substituído pela Lei 1.521/51

### 1. Comentários

A lesão teve origem no direito romano, tendo surgido, segundo Sílvio de Salvo Venosa,<sup>27</sup> como instituto jurídico na Lei Segunda (*lex secunda*), no ano de 285. Tal disposição referia-se à alienação de coisa por preço inferior à metade de seu preço considerado justo. Posteriormente, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas estabeleceram dois tipos de lesão, a enorme para os negócios onde a desproporção correspondia a mais da metade do preço, e, a enormíssima, que correspondia à desproporção de mais de dois terços do valor da coisa, objeto do negócio jurídico.

O instituto da lesão não se encontrava caracterizado no Código Civil de 1916, devido à época existir uma grande exaltação da autonomia da iniciativa privada. Tal correção, apesar de precária somente ocorreu com o advento da Lei de Proteção à Economia Popular (Dec.-Lei 869/38, substituído pela Lei 1521/51).

<sup>27</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: parte geral*, Volume I, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 381.

Visando corrigir esta distorção, o legislador introduziu tal dispositivo na parte geral, que segundo Silvío Rodrigues<sup>28</sup> “exige a presença de dois elementos diversos: um elemento objetivo, representado pela desproporção entre as prestações, e um elemento subjetivo, revelado pelo comportamento censurável de uma das partes, ao abusar da leviandade, da necessidade ou da inexperiência do outro contratante”.

## Seção VI Da Fraude Contra Credores

**Art. 158.** *Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.*  
**§ 1º** *Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.*

**§ 2º** *Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.*

(Correspondente ao art. 106 do CC de 1916)

- CPC – Art. 593

**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.*

(Correspondente ao art. 107 do CC de 1916)

**Art. 160.** *Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.*  
**Parágrafo único.** *Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.*

(Correspondente ao art. 108 do CC de 1916)

- CPC – Art. 890 a 900

**Art. 161.** *A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.*

(Correspondente ao art. 109 do CC de 1916)

**Art. 162.** *O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não*

<sup>28</sup> RODRIGUES, Silvío, *Direito Civil: parte geral*, Volume I, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 216/220.

**vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.**

(Correspondente ao art. 110 do CC de 1916)

**Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.**

(Correspondente ao art. 111 do CC de 1916)

**Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.**

(Correspondente ao art. 112 do CC de 1916)

**Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.**

**Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada.**

(Correspondente ao art. 113 do CC de 1916)

## 1. Comentários

A fraude contra credores caracteriza-se pela prática de atos maliciosos, desfalcando seu patrimônio com a finalidade de isentar-se de uma execução por dívidas. Para caracterização desta, mister se faz que esteja presente tanto o elemento objetivo (*eventus damni* – evento danoso), e o subjetivo (*consilium fraudis* – fraude a credor).

Segundo Darcy Arruda Miranda:<sup>29</sup> “A garantia dos credores é o patrimônio atual do devedor”. Na hipótese deste patrimônio do devedor se tornar insuficiente para a satisfação dos credores, tem-se a perda da garantia, tornando-se por consequência insolvente.

Conseqüentemente a fraude pode existir não somente quando o devedor aliena seus bens tornando-se insolvente, mas também, quando se encontrando em estado de insolvência, pratica determinados atos em detrimento dos credores, prejudicando-os, tendo esta última hipótese sido consagrada com a disposição expressa pelo legislador no parágrafo 1º do art. 158.

<sup>29</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 83-86.

Tratando-se de ato anulável, através da ação pauliana ou revocatória, visa restituir o patrimônio do devedor a seu *status quo ante*, podendo esta ação ser proposta por qualquer um dos credores quirografários, e não por aqueles que têm garantia real (hipoteca, anticrese e penhor), como é óbvio.

Conforme prescreve Darcy Arruda Miranda:<sup>30</sup>

*“Nos contratos onerosos, somente quando a insolvência do devedor for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente, é que estarão eles sujeitos à anulabilidade. Nesses contratos, se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não houver pago o preço da aquisição e este for, aproximadamente, o preço corrente no mercado, não se desfará a transação, mas ele só se desobrigará se depositar em Juízo esse valor, com citação edital de todos os interessados. Se, entretanto, esse preço for inferior ao normal, presume-se a má -fé, e o adquirente também se tornará réu na ação pauliana que os credores intentarem contra o devedor, reclamando a restituição desses bens, ou o seu valor real ao tempo da transação, podendo estendê-la a terceiros, adquirentes, que hajam procedido de má fé, participando, assim, do consilium fraudis (v. arts. 890 a 900 do CPC).*

Tendo o legislador inovado no parágrafo único do art. 160, abriu para o adquirente a possibilidade deste conservar os bens adquiridos, bastando para isto, que deposite o valor correspondente ao real. Na verdade trata-se da diferença entre o valor efetivamente pago e o valor real dos bens.

Segundo Maria Helena Diniz,<sup>31</sup> conforme preceitua o art. 165, anulados os negócios fraudulentos, a vantagem reverterá para o acervo do concurso de credores; se tinham por objetivo atribuir direitos preferenciais, mediante penhor, hipoteca ou anticrese, somente importará na anulação da preferência.

## 2. Jurisprudência

*“São requisitos essenciais para a ação pauliana:  
a) crédito do autor existente antes do ato fraudulento;*

<sup>30</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, vol. I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 83/86

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código civil anotado*, 3ª ed. aum. e atual. – São Paulo: Saraiva. 1997. p. 125/132.

b) ser o réu insolvente ou ter sido levado a esse estado pela liberalidade praticada; c) ter a liberalidade causado prejuízo ao autor. Em conseqüência, se o crédito do autor resultar improvido, a pauliana há de ser julgada improcedente” (RT, 461:195, TJSC).

“O litisconsórcio, na ação pauliana, é obrigatório. Não podem as partes dispensá-lo” (RT, 447:147, TACSP).

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP.

*Ementa da Redação: “Se o ato translativo de propriedade de imóvel de filho para mãe ocorreu quando já estava aquele em débito perante entidade bancária, sendo tal dívida líquida e incontestável, corroborada pelo fato de a venda ter sido efetuada por valor menor que o de mercado e pela sapiência da genitora do devedor de que o mesmo se encontrava em dificuldades financeiras à época da transação, procedente é a ação pauliana que visa anular a transmissão fraudulenta do imóvel, conforme se depreende da leitura dos artigos 106 e 107 do CC”. (Ap. 86.470-4/8 – 3ª Câmara. –j. 27.07.1999 – Rel. Des. Alfredo Migliore.)*

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP.

*AÇÃO PAULIANA – Sentença monocrática substancial, bem elaborada e com fundamentação adequada, inclusive com embasamento em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do “thema decidendum” – Matéria discutida amplamente pelas partes, pelo que correta a conclusão de que as alienações dos imóveis apontados, nos autos, foram feitas sob o pálio de fraude contra credor, pois presentes os requisitos do “eventus dammi” e do “consilium fraudis” que conduzem à anulação daqueles atos jurídicos. (artigo 106 e seguintes do Código Civil Brasileiro) – Recurso improvido. (TJSP – Ap. Civ. n.º 60.955-4 - Presidente Prudente – 3ª Câmara de Direito Privado - Rel. Antonio Manssur – J. 03.11.98 – v.u.)*

Tribunal de Justiça de Goiás – TJGO.

*ATO JURÍDICO – Nulidade.*

“São anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou hou-

*ver motivo para ser conhecida do outro contraente. Artigo 107 do CC". (TJGO – AC n.º 9.240 – 2ª Câm. – Rel. Des. Celso Fleury.)*

Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF.

**AÇÃO PAULIANA.**

*Caracterizado o expediente fraudulento, artifício ou manobra do devedor insolvente, destinado a lesar terceiro, pode o credor, com arrimo no artigo 107, do CC, pleitear a nulidade do contrato oneroso, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser do conhecimento do outro contratante. (TJDF – Ap. Cív. n.º 38.790 – Reg. Ac. n.º 96.866 - 2ª T – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves - DJU 03.09.97.)*

- Enunciado da Súmula 195 do STJ

## **CAPÍTULO V**

### **Da invalidade do negócio jurídico**

**Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:**

*(Correspondente ao art. 145, caput, do CC de 1916)*

**I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;**

*(Correspondente ao art. 145, I, do CC de 1916)*

**II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;**

*(Correspondente ao art. 145, II, do CC de 1916)*

**III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;**

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**IV – não revestir a forma prescrita em lei;**

*(Correspondente ao art. 145, III, do CC de 1916)*

**V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;**

*(Correspondente ao art. 145, IV, do CC de 1916)*

**VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;**

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.**

*(Correspondente ao art. 145, V, do CC de 1916)*

- LICC – Art. 17

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

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**§ 1º** *Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*(Correspondente ao art. 102, caput, do CC de 1916)*

**I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;**

*(Correspondente ao art. 102, I, do CC de 1916)*

**II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;**

*(Correspondente ao art. 102, II, do CC de 1916)*

**III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.**

*(Correspondente ao art. 102, III, do CC de 1916)*

- CPC – Art. 370

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

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**Art. 168.** *As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.*

*(Correspondente ao art. 146, caput, do CC de 1916)*

**Parágrafo único.** *As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.*

*(Correspondente ao art. 146, parágrafo único do CC de 1916)*

**Art. 169.** *O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**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.*

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

**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.***

*(Correspondente ao art. 147 do CC de 1916)*

***Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.***

*(Correspondente ao art. 148 do CC de 1916)*

***Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.***

*(Correspondente ao art. 149 do CC de 1916)*

***Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.***

*(Correspondente ao art. 150 do CC de 1916)*

***Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.***

*(Correspondente ao art. 151 do CC de 1916)*

***Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.***

*(Sem correspondência ao CCB de 1916)*

***Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.***

*(Correspondente ao art. 152 do CC de 1916)*

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

*(Correspondente ao art. 178, § 9º, V, do CC de 1916)*

***I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;***

*(Correspondente ao art. 178, § 9º, V, a, do CC de 1916)*

***II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;***

*(Correspondente ao art. 178, § 9º, V, b, do CC de 1916)*

**III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.**

(Correspondente ao art. 178, § 9º, V, c, do CC de 1916)

**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.**

(Sem correspondência ao CCB de 1916)

**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.**

(Correspondente ao art. 155 do CC de 1916)

**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.**

(Correspondente ao art. 157 do CC de 1916)

**Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.**

(Correspondente ao art. 158 do CC de 1916)

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

(Correspondente ao art. 152, p. ú, do CC de 1916)

**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.**

(Correspondente ao art. 153 do CC de 1916)

• CDC – Art. 51 § 2º

## 1. Comentários

O ato jurídico é uma declaração de vontade que visa a criar, modificar, conservar ou extinguir direitos, que em sendo válido e perfei-

to perante o ordenamento jurídico produz os efeitos desejados. Quando não é válido ou perfeito será ineficaz, não produzindo os efeitos jurídicos em virtude de vício.

A teoria das invalidades trata do estudo dos atos que não chegam a se formar, ou que, formados tenham em seu bojo um vício.

O Código Civil intitula de invalidade as hipóteses legais de nulidade, seja de natureza absoluta, seja de natureza relativa.

A nulidade consiste apenas no reconhecimento da existência de um vício que impede um ato de ter existência legal, ou de produzir efeitos.

Duas são as espécies de nulidade previstas em nosso ordenamento, a saber: nulidade relativa ou anulabilidade e referem-se a negócios que se acham inquinados de vício capaz de lhes determinar a ineficácia, mas que poderá ser eliminado, restabelecendo-se a sua normalidade. A declaração judicial de sua ineficácia opera *ex nunc*, de modo que o negócio produz efeitos até esse momento. A anulabilidade depende de sentença e emana da vontade do juiz, a pedido do prejudicado, sendo uma sentença de caráter constitutivo. A nulidade dita absoluta refere-se a vícios que implicam negativa dos efeitos do ato, sendo a sentença de natureza declaratória e de efeitos *ex tunc*. O ato nulo não produz qualquer efeito, *quod nullum est, nullum producit effectum*, salvo raras exceções, existentes no direito de família.

Na primeira fase do direito romano, reinava um formalismo absoluto, quando não se admitia que os atos não se revestissem de determinadas solenidades; e, portanto, quando se revestiam, não se cogitava de atacá-los. Só existia uma hipótese de nulidade; para os casos de erro.

Já na fase pretoriana, quando havia uma certa discricionariedade dos pretores, estes acabavam reconhecendo certas alegações que correspondiam às figuras do dolo, coação etc., em nome da equidade e de princípios de justiça, inaugurando a possibilidade de existir outras causas de nulidade que não aquela proveniente do erro. Ao contrário daquela, essas nulidades reconhecidas pelos pretores só diziam respeito às partes interessadas. Eram, portanto, nulidades relativas.

A possibilidade de haver nulidades relativas foi consolidada pelo *corpus jus civiles* de Justiniano e levada até o Código de Napoleão de 1804, mas transformou-se em nulidade por rescisão (em oposição à nulidade de pleno direito – absoluta), por ter de ser declarada.

Essa nomenclatura foi absorvida pelo Código Comercial brasileiro, mas acabou sendo trocada pela dicotomia atos nulos e anuláveis no Código Civil de 1916, repetida neste texto.

No entanto, na redação de alguns artigos, o legislador de 1916, e o atual, não teve um aprimoramento técnico quanto às nomenclaturas utilizadas, vez que algumas vezes quando se referia a ato nulo, na verdade, estava se referindo a gênero e quando se referia à possibi-

lidade de anular o ato, queria falar de nulidade absoluta.

A própria linguagem do Código se presta a essa confusão. É necessária uma atenção extraordinária para se perceber teleologicamente quando está se referindo a nulidade ou anulabilidade.

Na vigência do Código Francês de 1804, começou a se falar em nulidade textual (expressa) e nulidade virtual (implícita), pelo mesmo motivo que em Roma se passou a adotar a existência de nulidade relativa. Havia situações que não eram abrangidas especificamente e expressamente pela lei.

No entanto, a nulidade virtual não podia ser admitida no âmbito do direito de família, pela insegurança social que isso poderia gerar. As nulidades só poderiam ser reconhecidas se expressas em lei; já naquela época começou a se cogitar de possibilidades que poderiam levar a absurdos sociais e que não tinham como ser atacadas pela nulidade textual (ex.: caso de casamento entre pessoas de mesmo sexo, etc.), isso acabou por acarretar a elaboração da Teoria do Ato Inexistente por Zacharie, que hoje pode ser aplicada também em outros campos do direito (testamento verbal). São características do ato inexistente, a saber: não gera efeitos jurídicos; não precisa ser declarado como tal; não admite confirmação; não admite convalidação pelo tempo; qualquer um pode alegar sua condição. São considerados caso de inexistência os atos que tenham falta de qualquer um dos elementos essenciais. Na invalidade, ao contrário da inexistência, os elementos existem, estão presentes, mas estão presentes com vícios que o tornam imperfeitos diante da lei. Conforme o maior ou menor grau desses vícios, o ato será nulo ou anulável. Como foi visto, no direito brasileiro, formulou-se uma distinção entre nulidade absoluta e relativa. A nulidade é o gênero. A doutrina, para distinguir melhor, convencionou chamar a nulidade absoluta de nulidade (ato nulo) e a nulidade relativa de anulabilidade (ato anulável). São considerados casos de invalidade os que tenham agente (Incapaz), a declaração de Vontade (Viciada), o objeto (Ilícito, Imoral ou Impossível), a forma (defesa em lei) e a solenidade (não observada).

A ratificação só pode ocorrer quando dos atos anuláveis. Ratificação é a renúncia ao direito de promover a anulação do ato. Ela advém da vontade do prejudicado. O ato anulável não poderá ser ratificado se daí decorrer prejuízo para terceiro. A lei admite que a ratificação seja tácita ou expressa ou ainda que decorra da prescrição, ou seja, não exerce no prazo adequado o direito de desfazer o negócio (ratificação presumida).

A nulidade absoluta jamais se cura, vedado fica ao juiz supri-la, ainda a requerimento das partes, vez que essa diz respeito ao interesse da sociedade, com a qual é vedado transigir.

Os efeitos da sentença que decreta a nulidade absoluta se opera *erga omnes*.

A nulidade absoluta pode ser argüida não só por qualquer interessado, como também pelo MP, devendo, ademais, ser pronunciada pelo juiz, quando a encontrar provada.

O ato nulo não admite ratificação, os atos absolutamente nulos representam ameaça à ordem social, tornando-se impossível purgar o defeito, ainda que as partes o desejem, pois *jus publicum privatorum pactis derogare non potest*, ou seja, as normas de ordem pública não podem ser ilididas por ajuste entre os particulares.

O ato nulo é imprescritível. Ora se os atos nulos são irratificáveis serão da mesma forma imprescritíveis.

Diferentemente das nulidades existem certas irregularidades que não chegam a viciar o ato, por não ter havido prejuízo das partes, nem violação de algum princípio de ordem pública, estes também fazem parte da teoria das invalidades da doutrina civil, v. g., o casamento com infração do disposto no art. 183, XI a XVI do CC de 1916, não é nulo, nem mesmo anulável, sujeitando apenas as partes a um regime de bens especial que é o da separação.

O legislador incluiu a indeterminação do objeto no rol dos vícios que acarretam nulidade absoluta dos negócios jurídicos, complementando o rol que já abrangia os de objeto ilícito e impossível.

Grande inovação trouxe ao invalidar o negócio quando o motivo determinante for ilícito, desde que comum a ambas as partes, e aí veio atender ao anseio da doutrina que de muito falava da causa como critério de validade do negócio jurídico.

O Código Comercial no art. 129, § 3º,<sup>32</sup> dela cogitou, contudo, no nosso sistema civil do Código de 1916 não apareceu de forma expressa como agora aparece. A doutrina, no entanto, afirma a idéia de que a liceidade absoluta do negócio jurídico só existiria com análise da *justa causa contrahendi*.

A bem da verdade, a teoria da causa ou da obrigação aparece com destaque na doutrina francesa e até então não havia merecido o amparo do legislador brasileiro, que não pensou em cogitar dela como elemento ou requisito do negócio jurídico, mas que agora faz sua análise ser passível de ensejar a nulidade absoluta daquele.

Só havia menção à causa no artigo 90 do CCB/1916, cuja redação se repetiu no atual artigo 140, contudo, a previsão legal era no sentido de invalidar a declaração de vontade quando a causa/motivo fosse

<sup>32</sup> Art. 129. São nulos todos os contratos comerciais:

1. que forem celebrados entre pessoas inábeis para contratar;
2. que recaírem sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes;
3. que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação;
4. que forem convencidos de fraude, dolo ou simulação (artigo 828);
5. sendo contraídos por comerciante que vier a falir, dentro de 40 (quarenta) dias anteriores à declaração da quebra (artigo 827).

expresso como determinante do negócio e não como proteção do lícito, na forma em que agora veio expresso.

Trouxe expressamente o art. 167 a previsão legal de que o negócio jurídico que tenha por vício a simulação será considerado nulo e não anulável como tradicionalmente era considerado em nosso direito pátrio. Interessante a redação do mencionado artigo quando faz distinção entre ato simulado (simulação absoluta) e dissimulação (simulação relativa), prevendo o legislador para esta segunda figura a sanção da nulidade relativa, se for o único vício existente.

Estatuiu o novo código as hipóteses onde ocorrerá o vício da simulação (leia-se absoluta), qual seja no artigo 167, § 1º, incisos I, II e III. Cumpre aqui a ressalva de que no estudo das pessoas jurídicas previu o legislador um prazo decadencial vinculado à simulação lhe emprestando efeitos de figura passível de nulidade relativa (art. 48)

Acrescentou no mais acerca da nulidade absoluta disposições já amparadas na doutrina, como aquela constante do art. 169.

Com acerto foi retirada a figura da simulação dos vícios cuja sanção seja a nulidade relativa, conforme se depreende da análise do art. 171, inciso II, sendo, todavia, ali incluídas as novas figuras do estado de perigo e lesão.

Houve mutação dos termos ratificação por confirmação e obrigação por negócio, na redação dos artigos 173, 174 e 175, tomando-se por base os artigos 149, 150 e 151 do CCB/1916.

Foi mantido o prazo de decadência para se pleitear a anulação do negócio jurídico nas hipóteses de coação, erro, dolo, fraude contra credores, e atos praticados por incapazes (leia-se relativamente), sendo acrescentadas ao rol as figuras da lesão e do estado de perigo.

Determinou ainda a lei que na ausência de prazo expresso, todo negócio jurídico que contenha vício sujeito a nulidade relativa terá o prazo de dois anos para que se pleiteie a anulação.

## 2. Jurisprudência

*Tribunal de Justiça do Ceará – TJCE.*

*REGISTROS PÚBLICOS – Nascimento – Ausência de formalidade e expressamente exigida em lei – Nulidade.*

*I – No registro de nascimento, quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial. Artigo 59 da Lei nº 6.015/73.*

*II – A preterição de forma prescrita em lei enseja a nulidade do ato jurídico. Artigos 82 e 145, III, do Código Civil.*

*III – Sentença confirmada. Recurso de apelação cível conhecido mas, improvido. (TJCE – AC nº 98.01790-8 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. José Mauri Moura Rocha – J. 10.11.1999.)*

Tribunal de Justiça de Goiás – TJGO.

*NULIDADE - Procuração outorgada por incapazes – Alienação de bens.*

*Nos termos do artigo 145, I, do Código Civil, nula é a alienação de bens com base em procuração outorgada por pessoa portadora de esquizofrenia paranóia incurável, capaz de comprometer o psiquismo na esfera afetivo-instintiva e intelectual. (TJGO – Ap. Cív. nº 36.571/4.188 – 3ª Câm. – Formosa – Rel. Des. Jamil Pereira de Macedo – J. 22.08.95 – DJ 28.09.95 – v.u.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT19ªR.

*PROC. TRT 19ª REGIÃO REO 97590957.69*

*Procedência: JCJ DE PENEDO*

*Recorrente: REO JCJ DE PENEDO (MUNICÍPIO DE PENEDO)*

*Recorrido: VENÂNCIO RODRIGUES DA SILVA*

*Juiz Relator: JOSÉ CIRILO DOS SANTOS*

*Adv. do Recorrente: WILMA LINS DE ALBUQUERQUE BASTOS*

*Adv. do Recorrido: ITANAMARA DA SILVA DUARTE*

*Ementa: NULIDADE DO ATO JURÍDICO – ART. 145, DO CÓDIGO CIVIL. No Direito do Trabalho, não se deve aplicar o mesmo raciocínio do Direito Civil (Art. 145), vez que a nulidade, aqui, não se faz sentir da mesma forma, pois é impossível repor as partes o “status quo ante”, em virtude de não se poder devolver ao obreiro a força de trabalho já despendida, de modo que a nulidade, uma vez reconhecida, quando muito, terá eficácia “ex nunc”.*

***Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ.***

*AÇÃO RESCISÓRIA – Violação de disposição legal - Artigo 485, V do CPC – Falta de intimação para julgamento – Artigo 236, parágrafo primeiro, do CPC – Procedência em juízo rescidens, mas, improvimento da apelação para manter a sentença em judicium*

*rescisorium* – Frustrada tentativa de alteração da causa de pedir e do pedido.

*Não enseja dúvida, constituindo manifesta violação da lei, a falta de intimação regular, por omissão do nome do advogado, na publicação do DO, para a sessão do julgamento, o que viola claramente o artigo 236, parágrafo primeiro, do CPC, e, por decorrência, faz assentar o pleito no artigo 485, V, do CPC, dando causa à rescisão do v. acórdão. Entretanto, a reapreciação dos elementos do processo, para o novo julgamento da causa, mostra que o Juízo monocrático apreciou a lide com adequação, à luz dos fatos da causa e da prova produzida, razão pela qual a apelação não merece provimento, mantendo-se o julgado monocrático na via do *judicium rescisorium*. A propósito, vale ressaltar que a causa a ser julgada no Juízo *rescisorium* é a mesma posta perante o Juízo de 1º grau, que não pode ser substituída em via de ação rescisória, como pretendeu o autor, alterando a causa de pedir e o pedido, além de omitir, de início, a petição inicial da ação original. E o pleito formulado é simplesmente anulatório (artigo 147 do CC), com fulcro na simulação como defeito do ato jurídico praticado. E assim foi julgado. Questões envolvendo nulidades, de direito material, foram mencionadas na petição inicial (a original) apenas de passagem, como a ilustrar a pretensão do autor, que, na verdade, por todo o quadro factual, decorrente da produção probatória, que se antolha ao julgador, indica pleito desprovido de um mínimo ético, com inspiração em represália por desfazimento de laços conjugais, além de objetivar locupletamento à custa do alheio. E os fatos, que serviram de lastro aos negócios jurídicos, assumem relevância fundamental para o julgamento. Procedência da ação rescisória, mas improvimento da apelação em seu novo julgamento. (TJRJ – AR nº 101/1999 – IV Gr. de C. Civ. – Rel. Des. Paulo de Lara - DORJ 03.08.2000 – v.u.)*

Primeiro Tribunal de Alçada Civil – 1ºTACivSP

*CONDOMÍNIO – Despesas condominiais – Cobrança de despesas extraordinárias – Arguição de nulidade das assembléias por falta de “quorum” específico – Inadmissibilidade – Hipótese em que os atos jurídicos atacados são anuláveis e não nulos de pleno direito, devendo a matéria ser discutida em ação própria, pre-*

*valecendo a validade do que foi decidido até declaração judicial em contrário – Artigos 147 e 152 do Código Civil – Obrigação de pagamento não elidida – Recurso improvido. (1ºTACivSP – Ap. nº 638.129-3 - SP - 2ª Câ. Esp. de Julho/95 – Rel. Juiz Ribeiro de Souza – J. 05.07.95 – v.u.)*

*Súmulas:*

Supremo Tribunal Federal – Súmula n.º 346

*“A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.*

*Referência: Cód. Civil, artigos 145 e 147. Recs. Extr. 9.830, de 13.07.48; 26.565, de 05.11.57 (Rev. Trim. Jurisp., 3/655). Recs. em Mand. Segur. 1.135, de 05.07.50; 7.983, de 05.04.61; 9.460, de 20.08.62; 9.217, de 11.11.57 (Rev. Trim. Jurisp., 3/651).*

Superior Tribunal de Justiça – Súmula nº 195.

*“Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.*

*Referência: CCB, artigos 106, 107 e 147, I.*

### 3. Direito comparado

#### **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de novembro de 1966**

#### **SECÇÃO III**

#### ***Nulidade e anulabilidade do negócio jurídico***

#### **ARTIGO 285º**

#### ***(Disposição geral)***

*Na falta de regime especial, são aplicáveis à nulidade e à anulabilidade do negócio jurídico as disposições dos artigos subsequentes.*

#### **ARTIGO 286º**

#### ***(Nulidade)***

*A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.*

#### **ARTIGO 287º**

##### **(Anulabilidade)**

- 1. Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento.*
- 2. Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção.*

#### **ARTIGO 288º**

##### **(Confirmação)**

- 1. A anulabilidade é sanável mediante confirmação.*
- 2. A confirmação compete à pessoa a quem pertencer o direito de anulação, e só é eficaz quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade e o seu autor tiver conhecimento do vício e do direito à anulação.*
- 3. A confirmação pode ser expressa ou tácita e não depende de forma especial.*
- 4. A confirmação tem eficácia retroactiva, mesmo em relação a terceiro.*

#### **ARTIGO 289º**

##### **(Efeitos da declaração de nulidade e da anulação)**

- 1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.*
- 2. Tendo alguma das partes alienado gratuitamente coisa que devesse restituir, e não podendo tornar-se efectiva contra o alienante a restituição do valor dela, fica o adquirente obrigado em lugar daquele, mas só na medida do seu enriquecimento.*
- 3. É aplicável em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, directamente ou por analogia, o disposto nos artigos 1269º e seguintes.*

#### **ARTIGO 290º**

##### **(Momento da restituição)**

*As obrigações recíprocas de restituição que incumbem às partes por força da nulidade ou anulação do negócio devem ser cumpridas simultaneamente, sendo extensivas ao caso, na parte aplicável, as normas relativas à exceção de não cumprimento do contrato.*

#### **ARTIGO 291º**

##### ***(Inoponibilidade da nulidade e da anulação)***

*1. A declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a bens móveis sujeitos a registo, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fé, se o registo da aquisição for anterior ao registo da acção de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio.*

*2. Os direitos de terceiro não são, todavia, reconhecidos, se a acção for proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio.*

*3. É considerado de boa fé o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável.*

#### **ARTIGO 292º**

##### ***(Redução)***

*A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.*

#### **ARTIGO 293º**

##### ***(Conversão)***

*O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.*

#### **ARTIGO 294º**

##### ***(Negócios celebrados contra a lei)***

*Os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei.*

---

## TÍTULO II DOS ATOS JURÍDICOS LÍCITOS

**Art. 185.** *Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.*

*(Sem correspondente no CC de 1916)*

## TÍTULO III DOS ATOS ILÍCITOS

**Art. 186.** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

*(Correspondente ao art. 159 do CC de 1916)*

**Art. 187.** *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

*(Sem correspondente no CC de 1916)*

**Art. 188.** *Não constituem atos ilícitos:*

*(Correspondente ao art. 160 do CC de 1916)*

**I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;**

*(Correspondente ao art. 160, I, do CC de 1916)*

**II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.**

*(Correspondente ao art. 160, II, do CC de 1916)*

**Parágrafo único.** *No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.*

*(Correspondente ao art. 160, parágrafo único, do CC de 1916)*

### 1. Comentários

O Ato ilícito é todo ato decorrente de uma conduta humana voluntária, que ao ser praticado contraria a ordem jurídica vigente, gerando o dever de indenizar.

O art. 159 do Código Civil de 1916 não incluía expressamente o dano moral no dever de indenizar, mas segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>33</sup> o Código Civil “não faz distinção sobre a espécie de dano”, porém ao utilizar a expressão violar direito, estende a tutela da norma aos bens personalíssimos.

Com a Constituição de 1988, passou a ser norma constitucional a obrigação de reparar o dano (art. 5º, incisos V e X), tal entendimento seguido posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, VI e VII.

Ao incluir expressamente o dano moral no art. 186, o legislador apenas seguiu o já amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, visto já ser pacífico inclusive a possibilidade de cúmulo do dano material com o dano moral, reconhecido através da Súmula 37 do STJ.

Ao se verificar a configuração do dano moral, o juiz deve ter muita cautela, a fim de evitar a industrialização do mesmo, onde qualquer aborrecimento é considerado como dano moral pelas pessoas. Deve a priori constatar se o ato gerou sofrimento, humilhação, dor, de tal forma que tenha influenciado no estado psicológico da pessoa, de tal forma que tenha lhe causado desequilíbrio em seu bem-estar.

O legislador no art. 187 tratou do abuso de direito que ocorre quando o ato jurídico aparentemente lícito, ao ser exercido extrapola os limites de sua regularidade, tornando-se conseqüentemente ilícito, gerando o dever de indenizar.

No tocante ao art. 188, manteve na íntegra o legislador as mesmas disposições encontradas no art. 160 do Código civil de 1916, discriminando as hipóteses de atos que, embora causem dano a outrem, não serão considerados como ilícitos, que são a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade (arts. 23, 24 e 25 do Código Penal) visto que tais atos têm a sua ilicitude retirada pela própria norma jurídica.

## 2. Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça – STJ

*RESPONSABILIDADE CIVIL – Roubo de veículo – Recurso desacolhido – CC, artigo 159.*

*Nem sempre o roubo constitui circunstância equiparável ao caso fortuito ou à força maior para fins de isenção de responsabilidade, consoante já proclamaram precedentes do Tribunal (REsp. n.º 31.206-SP e n.º 36.433-7, DJU de 15.03.93 e 20.09.93, respectivamente).*

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, 1ª ed. 1996, ed. Malheiros – SP. pp. 22/23,73/77.

Mesmo quando a empresa não tem qualquer relação com o fornecimento de serviços de guarda e segurança, como as que se dedicam ao comércio atacadista de supermercado, assumem dever de guarda e conservação, cumprindo-lhes fornecer vigilância adequada, o que encerra compromisso de diligenciar as cautelas e providências assecuratórias regulares, normais.

Não se mostra exigível à empresa, no entanto, como regra, para evitar subtração realizada com emprego de ameaça e violência a que nem mesmo os próprios donos dos veículos teriam condições de resistir. (STJ – REsp. n.º 35.827 – SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – J. 12.12.94 – DJU 20.03.95.)

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP

*DANO MORAL – Responsabilidade civil – Arbitramento – Critério – Juízo prudencial – Mediante estimativa que leve em conta a satisfação da vítima – Indenização reduzida para 1.800 salários mínimos.*

O que se discute é o valor da indenização porque o dano moral está configurado.

Assim deve ser aplicado o artigo 5º, X, da CF/88 e o artigo 159 do CC. A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir de igual e novo atentado o autor da ofensa, como tem definição prudencial.

“Não se trata de “pecunia doloris” ou “pretium doloris”, que se não pode avaliar e pagar; mas satisfação de ordem moral, que não ressarcir prejuízos, danos e abalos e tribulações irressarcíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento, pelo direito, do valor e importância desse bem, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege” (Voto do Min. Rel. Oscar Corrêa, RE 97.097.).

A CF/88 é hoje expressa, no garantir a indenizabilidade da lesão moral (artigo 5º, X).

O réu obrou com culpa e isso basta. Não existe critérios objetivos para cálculo da expiação pecuniária do dano moral, que, por definição mesma, nada tem com eventuais repercussões econômicas do ilícito.

A indenização é pois, arbitral (CC, artigo 1.553), tem outro sentido como anota Windscheid, de compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação

*agradável em contrário. Mas a medida tem sua justa, e também não pode levar ao enriquecimento sem causa. (TJSP – Embs. Infs. n.º 214.304 – Rel. Des. Mattos Faria – J. 27.06.95.)*

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP

*INDENIZAÇÃO – Direito à imagem – Uso não autorizado – Ressarcimento – Admissibilidade – Inteligência dos artigos 49, I, “f”, da Lei n.º 5.988/73 e 159 do Código Civil – Finalidade comercial – Inexistência de direito de regresso – Valor da indenização que deve ser igual ao da eventual autorização – Recurso não provido.*

*Se a pessoa representada ou seus herdeiros podem opor-se à reprodução de imagem, resulta evidente que a representação não autorizada constitui ilícito possível de ressarcimento por tratar-se de ato contrário à lei. (TJSP – Ap. Cív. n.º 263.259-1 - SP - 7ª Câm. Civ. – Rel. Sousa Lima – J. 16.08.95 – v.u.)*

Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP

*DANO MORAL.*

*Parte da demanda por instituição financeira, em ação de busca e apreensão, convertida em ação de depósito. Negligência na concessão do financiamento. Dúvida sobre a participação do autor, que teve furta-da sua documentação, mesmo após a conclusão do laudo pericial, apontando a inequívoca falsidade da assinatura. Culpa reconhecida. Dever de indenizar. Ação procedente. Apelo provido. (TJSP – Ap. Cív. n.º 233.247-1-5-SP – 4ª Câm. – Rel. Des. G. Pinheiro Franco – J. 09.08.95 – v.u.).*

Primeiro Tribunal de Alçada Civil – 1ºTACivSP

*DANO MORAL – Reparação que independe da existência de sequelas somáticas – Inteligência do artigo 5º, V, da CF e da Súmula 37 do STJ.*

*Ante o texto constitucional novo é indenizável o dano moral, sem que tenha a norma (artigo 5º, V) condicionado reparação à existência de sequelas somáticas. Dano moral é moral.*

*(1º TACivSP – EI n.º 522.690/8-1 – 2º Gr Cs – Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo – J. 23.06.94.)*

Superior Tribunal de Justiça – STJ

*RECURSO ESPECIAL N.º 11.735-0 – PR (Registro n.º 91.0011597-5)*

*Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

*Recorrente: Estado do Paraná*

*Advogados: Drs. Ubirajara Ayres Gasparin e outros*

*Recorridos: Fernando Denes e cônjuge*

*Advogados: Drs. Waldemar Ponte Dura e outro*

*EMENTA: Responsabilidade civil do Estado. Reparação de danos causados em acidente de veículos. Morte de menor. Dano moral. Transmissão do direito de ação aos sucessores.*

*I – A cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral é cabível, porquanto lastreadas em fundamentos diversos, ainda que derivados do mesmo fato.*

*II – O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima.*

*III – Recurso especial conhecido, mas desprovido.*

*REsp n.º 11.735-0 – PR – (91.0011597-5) – Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Estado do Paraná. Advogados: Ubirajara Ayres Gasparin e outros. Recdos.: Fernando Denes e cônjuge. Advogados: Waldemar Ponte Dura e outro.*

*Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento (em 29.11.93 – 2ª Turma).*

*Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.*

### 3. Súmulas

*“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato” (Súmula 37 do STJ).*

## TÍTULO IV DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

### CAPÍTULO I Da Prescrição

#### Seção I Disposições Gerais

**Art. 189.** *Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 190.** *A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 191.** *A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.*

*(Correspondente ao art. 161 do CC de 1916)*

**Art. 192.** *Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.*

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 193.** *A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.*

*(Correspondente ao art. 162 do CC de 1916)*

**Art. 194.** *O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.*

*(Correspondente ao art. 166 do CC de 1916)*

**Art. 195.** *Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.*

*(Correspondente ao art. 164 do CC de 1916)*

**Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.**

*(Correspondente ao art. 165 do CC de 1916)*

**Seção II**  
**Das Causas que Impedem ou**  
**Suspendem a Prescrição**

**Art. 197. Não corre a prescrição:**

*(Correspondente ao art. 168, caput, do CC de 1916)*

**I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;**

*(Correspondente ao art. 168, I, do CC de 1916)*

**II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;**

*(Correspondente ao art. 168, II, do CC de 1916)*

**III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.**

*(Correspondente ao art. 168, III, do CC de 1916)*

**Art. 198. Também não corre a prescrição:**

*(Correspondente ao art. 169, caput, do CC de 1916)*

**I – contra os incapazes de que trata o art. 3º;**

*(Correspondente ao art. 169, I, do CC de 1916)*

**II – contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;**

*(Correspondente ao art. 169, II, do CC de 1916)*

**III – contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.**

*(Correspondente ao art. 169, III, do CC de 1916)*

**Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:**

*(Correspondente ao art. 170, caput, do CC de 1916)*

**I – pendendo condição suspensiva;**

*(Correspondente ao art. 170, I, do CC de 1916)*

**II – não estando vencido o prazo;**

*(Correspondente ao art. 170, II, do CC de 1916)*

**III – pendendo ação de evicção.**

*(Correspondente ao art. 170, III, do CC de 1916)*

**Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a pres-**

***crição antes da respectiva sentença definitiva.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

***Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.***

*(Correspondente ao art. 171 do CC de 1916)*

### **Seção III**

#### **Das Causas que Interrompem a Prescrição**

***Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:***

*(Correspondente ao art. 172, caput, do CC de 1916)*

***I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;***

*(Correspondente ao art. 172, I, do CC de 1916)*

***II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;***

*(Correspondente ao art. 172, II, do CC de 1916)*

***III – por protesto cambial;***

*(Sem Correspondente ao CC de 1916)*

***IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;***

*(Correspondente ao art. 172, III, do CC de 1916)*

***V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;***

*(Correspondente ao art. 172, IV, do CC de 1916)*

***VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.***

*(Correspondente ao art. 172, V, do CC de 1916)*

***Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.***

*(Correspondente ao art. 173 do CC de 1916)*

***Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.***

*(Correspondente ao art. 174 do CC de 1916)*

***Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a inter-***

***rupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.***

*(Correspondente ao art. 176, caput, do CC de 1916)*

***§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.***

*(Correspondente ao art. 176, § 1º, do CC de 1916)*

***§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.***

*(Correspondente ao art. 176, § 2º, do CC de 1916)*

***§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.***

*(Correspondente ao art. 176, § 3º, do CC de 1916)*

#### **Seção IV Dos Prazos da Prescrição**

***Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.***

*(Correspondente aos arts. 177 e 179 do CC de 1916)*

***Art. 206. Prescreve:***

*(Correspondente ao art. 178, caput, do CC de 1916)*

***§ 1º Em um ano:***

*(Correspondente ao art. 178, § 6º, do CC de 1916)*

***I – a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;***

*(Correspondente ao art. 178, § 5º, V, do CC de 1916)*

***II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:***

*(Correspondente ao art. 178, § 6º, II e § 7º, V, do CC de 1916)*

***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;***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;**

*(Correspondente ao art. 178, § 6, II do CC de 1916)*

**III – a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;**

*(Correspondente ao art. 178, § 6, VIII do CC de 1916)*

**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;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**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.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.**

*(Correspondente ao art. 178, § 10, I, do CC de 1916)*

**§ 3º Em três anos:**

*(Correspondente ao art. 178, § 8º, do CC de 1916)*

**I – a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;**

*(Correspondente ao art. 178, § 10, IV, do CC de 1916)*

**II – a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;**

*(Correspondente ao art. 178, § 10, II, do CC de 1916)*

**III – a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;**

*(Correspondente ao art. 178, § 10, III, do CC de 1916)*

**IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**V – a pretensão de reparação civil;**

*(Sem correspondente no CC de 1916)*

**VI – a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**VII – a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:**

**a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;**

**b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;**

**c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**VIII – a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**IX – a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**§ 5º Em cinco anos:**

*(Correspondente ao art. 178, § 10, do CC de 1916)*

**I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**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;**

*(Correspondente ao art. 178, § 6º, VI, IX, X do CC de 1916)*

**III – a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

## 1. Comentários

Tratam os presentes artigos do estudo do instituto da prescrição de seus efeitos. Impõe-se antes de adentrarmos no estudo específico do tema que tenhamos alguns comentários.

Como é cediço os fatos jurídicos podem ser classificados em fatos da natureza ou em atos jurídicos, estes últimos admitem a repartição em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. Os fatos jurídicos produzidos pela natureza também podem influenciar o direito, produzindo modificações no mundo jurídico e apresentam-se no estudo da matéria subdivididos em ordinários e extraordinários.<sup>34</sup>

O tema decurso de tempo, leia-se fato jurídico da natureza ordinário, é de curial importância para o estudo da matéria.

Dessa forma podemos ressaltar que o tempo apresenta-se sob a forma de diferentes institutos, tanto no campo material como no âmbito processual. No campo do direito material se revela principalmente nos institutos da prescrição e da decadência.

A prescrição visa ao atendimento de um interesse jurídico-social, qual seja o de proporcionar segurança às relações de direito, por isso afirmar-se ser a mesma um instituto de ordem pública.

A prescrição ocorre quando há a perda da exigência da pretensão, ou seja, determinado direito subjetivo é lesionado, o que gera em consequência um direito de exigir do Estado-juiz, através da prestação jurisdicional, a restauração da ordem jurídica que foi violada com a lesão. Segundo Serpa Lopes, “o que se perde com a prescrição é o direito subjetivo de deduzir a pretensão em juízo, uma vez que a prescrição atinge a ação e não o direito”.<sup>35</sup>

O titular do direito lesionado tem em mãos a possibilidade de movimentar a máquina judiciária a fim de satisfazer seus interesses. O direito prevê a tutela da sua pretensão. Contudo, a situação de tutela da pretensão, via de regra, não se perpetua indefinidamente no tempo, existindo um prazo para que seja exercida, sob pena de não mais contar com a atividade coativa do Estado a seu favor.

O decurso do tempo sem que o titular exerça a provocação para assegurar sua pretensão é denominado prescrição, que é uma forma de limitar no tempo aquela proteção, já que não interessa ao Direito a proteção perpétua do titular do direito lesionado, vez que tem também por finalidade a consolidação das situações jurídicas estabelecidas. É na verdade uma maneira de proporcionar solidez às relações jurídicas, as quais não podem ficar, sem limites no tempo, na dependência do exercício de um determinado direito para se consolidarem.

Cumpra a ressalva de que a prescrição atinge a pretensão do titular, melhor dizendo – possibilidade de exigência de satisfação da pretensão. Logo, como não atinge o direito, poderá o titular mesmo após

<sup>34</sup> Os primeiros ocorrem com frequência no dia-a-dia da vida do homem – de forma comum – ordinários, *v.g.*, nascimento, da morte, *do decurso de tempo*. Os extraordinários caracterizam-se pela sua eventualidade – são mais incomuns, *v.g.*, caso fortuito e a força maior.

<sup>35</sup> Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, vol. 1, 7ª ed. rev. e atual., Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1989).

o prazo prescricional vir a satisfazer sua pretensão por outro meio ou ainda por satisfação espontânea da pretensão.

Podemos citar como exemplo as regras quanto ao pagamento de dívida prescrita. O titular do direito de cobrança da dívida não aciona o Estado – juiz para satisfação da sua pretensão – recebimento do crédito, através da ação de cobrança. Há o decurso do prazo e o fenômeno da prescrição, logo, não poderá mais ajuizar tal ação; porém, seu direito de crédito continua a existir, de forma que se a dívida for paga voluntariamente pelo devedor, este não poderá exigir a devolução do que pagou, alegando pagamento indevido, pois a dívida, apesar de prescrita, continua a existir. O que não existe mais é a tutela da sua pretensão de exigir o pagamento “forçado” da quantia devida.

Por ser um instituto de ordem pública é composto de algumas características importantes, sendo elas: 1) a renúncia da prescrição só pode ser efetuada depois de decorrido todo o seu prazo e se não houver prejuízo de terceiros; 2) As pretensões imprescritíveis são declaradas por lei; 3) não pode haver dilação do prazo prescricional.

A existência do fenômeno prescricional está vinculada a alguns requisitos, a saber: violação de um direito subjetivo; surgimento da pretensão do titular do direito lesado a ser exercida por uma ação ajuizável; escoamento de todo o prazo prescricional, sem qualquer causa interruptiva, suspensiva ou impeditiva de seu curso; inércia do titular da pretensão durante todo o lapso prescricional.

Importante ressaltar que por ter elementos básicos que são: inércia do titular e decurso do tempo a prescrição como instituto de direito existe em nosso ordenamento também no campo do direito das coisas, para certos doutrinadores, sendo que lá somente se verifica quando os fatores inércia e tempo vêm acompanhados de aquisição de um direito real, denominando-se prescrição aquisitiva.

A prescrição está sujeita a interrupção, suspensão e a figura do impedimento. Diz-se haver interrupção quando todo o tempo decorrido antes de sua prática é desprezado, voltando a contagem como se nunca houvesse sido iniciado. A suspensão da prescrição ocorre quando o titular da ação, por determinados motivos, fica impossibilitado de ajuizá-la, determinando a paralisação temporária da contagem do prazo prescricional; porém, uma vez terminado o fato que deu causa a essa impossibilidade, o tempo transcorrido antes do prazo ser suspenso é levado em conta e o curso prescricional volta a correr do ponto em que parou. O impedimento leva em consideração a qualidade do titular da ação, o qual, em razão de suas próprias condições pessoais ou familiares, não sofre a incidência da prescrição enquanto permanecer naquela especial situação. Tais causas impossibilitam que o prazo prescricional sequer comece a ser contado.

Os prazos prescricionais podem ser de natureza ordinária ou especial. Ordinários são os prazos gerais, estabelecidos pelo Código, a fim

de regular a generalidade das ações patrimoniais (reais ou pessoais). Tais prazos são mencionados pelos arts. 205 e 206 do Código Civil. Os prazos especiais, são aqueles que são estabelecidos casuisticamente. Cumpre ainda a ressalva que há ações que, por versarem sobre determinados direitos ou bens, não são submetidas a nenhum prazo para serem propostas. São as chamadas “ações imprescritíveis”

A doutrina consagrou dois critérios científicos para estudo e identificação da diferença entre os institutos da prescrição e da decadência; são eles o critério de Câmara Leal e o de Agnelo Amorim.

Até o advento deste Código foi de crucial importância tais critérios, visto que no ordenamento jurídico não havia a separação no que consistia prazo prescricional e prazo decadencial, a não ser no Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90).

Em síntese podemos afirmar que o critério de Câmara Leal se baseia na distinção da origem da ação, inclusive menciona Sílvio Rodrigues *in verbis* citando as idéias daquele:<sup>36</sup>

a) “A prescrição supõe uma ação cuja origem é distinta da origem do direito, tendo, por isso, um nascimento posterior ao nascimento do direito;

b) A decadência supõe uma ação, cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo, por isso, simultâneo o nascimento de ambas (in Da Prescrição e Decadência, n. 320)”.

O professor Agnelo Amorim Filho,<sup>37</sup> em seu estudo, concluiu que a prescrição só iniciaria o seu curso a partir da violação do direito, o qual se vincula a uma respectiva ação. Logo afirma que toda ação de cunho condenatório seria sujeita a prescrição, a declaratória seria imprescritível, e a de natureza constitutiva com prazo definido em lei seria sujeita a decadência.

Quanto às inovações e ao paralelo com o Código Civil de 1916, podemos dizer que o legislador com acerto colocou no art. 190 as bases características da prescrição, qual seja: violação de direito subjetivo e extinção da pretensão. Foi muito oportuno a previsão de que a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão, já que é a exceção também modalidade do direito de ação.

Colocando um ponto final à controvérsia criada pela doutrina o art. 193 estabeleceu que os prazos prescricionais não podem ser alterados por acordo entre as partes, assim, não poderão ser dilatados nem reduzidos.

Grande alteração foi introduzida com a previsão legal de que poderá o juiz suprir de ofício a alegação da prescrição se esta favorecer um absolutamente incapaz.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das coisas*. Volume 5, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.324

<sup>37</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis, *in Revista dos Tribunais*, 300/7.

Com total acerto foi suprimido da redação do art. 196 a referência ao dolo e à negligência, tendo o legislador preferido dar destaque ao princípio geral da responsabilidade civil.

Outra oportuna inclusão verifica-se na redação do art. 201, onde se cria nova causa de impedimento, vinculada à existência de questão prejudicial a ser verificada em sede penal.

Finalmente podemos destacar a inovação do art. 203 que menciona que a interrupção da prescrição só poderá se dar uma única vez.

No mais há de se ressaltar que quanto ao instituto da prescrição e também da decadência o novo Código Civil evidenciou um pilar importante, no dizer de Miguel Reale,<sup>38</sup> denominado operabilidade, que significa dar soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito, sendo exemplo disso o relativo à distinção entre *prescrição* e *decadência*, que para evitar o inconveniente que existia no diploma anterior, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, em *numerus clausus*, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece.

## 2. Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

*PRESCRIÇÃO – Ação entre descendente e ascendente – Causa impeditiva ou suspensiva.*

*Durante o pátrio poder, não corre a prescrição entre ascendente e descendente. Trata-se de regra jurídica a favor de ambos. Extingue-se o pátrio poder pela maioria, e esta começa aos 21 anos completos. CC, artigos 168, II, 392, III e 9º. (STJ – REsp. nº 90.277 – RS – 3ª T – Rel. Min. Nilson Naves – DJU 08.03.99.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT10ªR.

*PRESCRIÇÃO – Renúncia tácita – Reexame de enquadramento em PCS.*

*Conquanto admita o ordenamento jurídico a renúncia tácita à prescrição, inferida de fatos do interessado contrários ao instituto (CC, artigo 161), a tanto não se equipara o reexame da situação geral dos servidores que questionam enquadramento em Plano de Cargos e Salários. (TRT 10ªR – RO nº 4.182/99 – 3ª T – Rel.*

---

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil. In: Jus Navigandi*, n. 54.

*Juiz Douglas Alencar Rodrigues – J. 09.02.00 – DJ 25.02.00.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT 2ªR.

*PRESCRIÇÃO – Renúncia.*

*Determina o artigo 161 do Código Civil que a renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita. Tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição. É o que ocorreu no caso dos autos com o pagamento de 71 dias de férias no termo de rescisão do contrato de trabalho. Não é o caso de se observar o inciso V do artigo 172 do Código Civil, pois se houve renúncia a prescrição, inexistente interrupção da prescrição. A Vara já aplicou o inciso XXIX do artigo 7º da Constituição ao que era cabível, inexistindo violação do citado dispositivo. (TRT 2ªR - RO nº 19990350496 – Ac. 20000403886 – 3ª T. – Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins – DOE 20.08.00.)  
Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

*PROCESSO: EMB. INFRINGENTES NA APC EIC3735596 DF*

*ACÓRDÃO: 88884*

*ORGÃO JULGADOR: 1º Câmara Cível DATA: 07.08.1996*

*RELATOR: WALDIR LEÔNIO JUNIOR*

*PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do DF: 27.11.1996 P. 21.885*

*OBSERVAÇÃO: STF - SÚMULA 443*

*DOCTRINA: DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA CÂMARA LEAL ED. FERENSE, 3ª ED. RJ 1978 SISTEMA DEL DERECHO ROMANO SAVIGNY TOMO IV, P. 186*

*REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: FED DEL-4597/1942 FED DEL-2153/1984 FED LEI-6732/1979 FED DEC-20910/1932 CÓDIGO CIVIL ART-172 INC-5 ART-177 ART-75*

*RAMO DO DIREITO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL DIREITO ADMINISTRATIVO*

*E M E N T A*

*CIVIL E PROCESSO CIVIL – DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS RECONHECIDAS POR ATO NORMATIVO – SUPERVENIENTEMENTE SUSPENSÃO DE PAGAMENTOS POR ACATAMENTO A DECISÃO DO TCDF – PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO.*

*A doutrina clássica sempre distinguiu, para efeito de contagem do início do prazo prescricional, entre o surgimento do direito e a sua violação.*

*A doutrina, contudo, evoluiu. Vencida a fase civilista do processo, em que este era visto como um mero apêndice do direito civil – teoria imanentista da ação –, passou-se a ter como termo a quo para o prazo prescricional não mais aquele em que houve a violação do próprio direito, mas a partir da recusa do sujeito passivo de satisfazer a pretensão do sujeito ativo da obrigação. Ou seja, a partir do instante em que o sujeito passivo se nega a restaurar a lesão experimentada pelo titular do interesse violado, surge o interesse jurídico de buscar a pretensão jurisdicional - ação. Preciso é o Código Civil alemão ao conceituar a pretensão (Ans-pruch) em seu parágrafo 194 como “o poder de exigir de outrem uma prestação” e, nesse passo, no parágrafo 198 dispôs: “a prescrição começa com o nascimento da pretensão”.*

*O ajuizamento da ação condenatória é antecedido: pela existência de direito material (que pode até inexistir, caso em que a sentença assim declarará ao julgar o mérito); pela violação deste direito alegado; e pela pretensão à reparação, sendo certo que estes dois últimos podem ser contemporâneos.*

*Tendo havido violação ao direito dos Autores e simultânea negativa de repará-lo (pretensão) em maio de 1988, quando, o Distrito Federal suspendeu o pagamento aos funcionários da diferença pretérita de vencimentos, atendendo a decisão do TCDF, iniciou-se o prazo prescricional nesta data, que teria, assim, seu termo ad quem em maio de 1993. Como a demanda foi proposta em março de 1992 não foram os direitos dos Autores atingidos pela prescrição quinquenal (DL 4.597/42).*

*As ações meramente declaratórias e as constitutivas desprovidas de prazo legal para o seu exercício são imprescritíveis por ausência de direito violado e de pretensão à reparação.*

*Embargos Infringentes conhecidos e desprovidos.  
DECISÃO: EM CONHECER. NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS. UNÂNIME.  
INDEXAÇÃO: ATRASO, PAGAMENTO, DIFERENÇA, VENCIMENTOS, SERVIDOR; RECONHECIMENTO,*

*ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INCIDÊNCIA, CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS, MORA; POSTERIORIDADE, SUSPENSÃO, PAGAMENTO; INOCORRÊNCIA, PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL, TERMO INICIAL, PRAZO, DATA, VIOLAÇÃO, DIREITOS.*

Tribunal Superior do Trabalho – TST.

*PRESCRIÇÃO – Momento de arguição.*

*A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita (artigo 162 do Código Civil). É possível a arguição da prescrição em sede de Recurso Ordinário via contra-razões por não ter sido a parte sucumbente no Juízo ad quem. Não há limite legal para a oposição de embargos de declaração a não ser quanto às hipóteses do cabimento e tempestividade. (TST – AI nº 47.762/92.0 – Ac. nº 0.026/93 – 5ª T – Rel. Ministro Armando de Brito – DJU 12.03.93.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT9ªR.

*PRESCRIÇÃO – HERDEIRO MENOR – ARTIGO 440, DA CLT – A prescrição inculpada no artigo 440 do Texto Consolidado dirige-se ao trabalhador menor, não sendo endereçada àqueles que sucedem o empregado pré-morto. Entendimento contrário importaria em desviar a finalidade do instituto da prescrição voltada à segurança das relações jurídicas, posto que não se consumaria em relação a qualquer empregado eternizando a obrigação do empregador em guardar documentos. (TRT 9ªR. – 4ª T.; Rec. Ord. nº 15.877/98 – Curitiba-PR; Rel. Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão - J. 05.05.1999; v.u.)*

Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG.

*SEGURO – Prescrição – Prazo – Interrupção.*

*Ao aceitar a seguradora o pedido de pagamento de seguro feito pelo segurado, interrompe-se o prazo prescricional, seja por expressa disposição do artigo 170, I, do CCB, o qual prevê a interrupção pela condição suspensiva, que então se estabelece, seja pelo princípio da “actio nata” do artigo 118 do CCB, pois seria contraditório e até impossível que começasse a correr a prescrição antes de nascer o direito à ação, porquanto*

*não prescreve o que ainda não existe, sendo inevitável a conclusão de que a prescrição só começa a correr a partir do momento em que o segurado toma conhecimento da negativa da seguradora.*

*(TAMG – Ap. Civ. nº 271.329/9 – Belo Horizonte – Rel. Juíza Vanessa Verdolim Andrade – J. 23.02.99 – DJ 14.04.99.)*

Supremo Tribunal Federal – STF.

*AÇÃO RESCISÓRIA – LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA – DOAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – PRESCRIÇÃO.*

*I – Ação rescisória: legitimidade ativa e passiva não só de quem foi parte no processo originário, mas também dos seus sucessores e do terceiro interessado.*

*II – Prescrição: prescrita, antes de sua morte, a ação do doador para anular a doação questionada, não o sucederam os descendentes na pretensão anulatória, que já não a tinha o defunto: em consequência, é irrelevante, para efeitos prescricionais, que existisse um incapaz entre os herdeiros do doador. (Ação Rescisória nº 1.225-9 – GO – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Autor: Cândida de Carvalho Leão e outros; Réus: Estado de Goiás, Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás – Idago, José Laurentiz Júnior, sua mulher e outros; Advogados: Drs. Paulo Campos, José Campos e outros; Geraldo Rodrigues Furtado e Wagner Nasser; Roberto da Silva Lisboa e outro.)*

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

*PRESCRIÇÃO – Interrupção – Protesto judicial.*

*Se a ação é precedida de protesto judicial, a prescrição se interrompe na data da citação deste (CC, artigo 172). (STJ – REsp. nº 108.866 – DF – Rel. Min. Ari Pargendler – J. 24.02.97 – DJU 07.04.97).*

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

*DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – Prazo prescricional – Prescrição – Interrupção – CCB, artigos 172, V e 173 – Aplicabilidade.*

*É iterativa a jurisprudência deste STJ, no sentido de que o prazo prescricional da ação de desapropriação indireta se inicia com o ilegítimo apossamento administrativo mas se interrompe com a publicação do de-*

*creto declaratório da utilidade pública do imóvel. Precedentes jurisprudenciais. (STJ – REsp. nº 115.219 – PR – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – J. 17.04.98 – DJU 01.06.98.)*

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

*DESAPROPRIAÇÃO – Prescrição – Interrupção – CCB, artigo 172, VI.*

*O ato que, supervenientemente, declara a utilidade pública do imóvel, importa em reconhecimento expresso do direito do proprietário à indenização, interrompendo o prazo de prescrição, que a partir daí recomeça por inteiro. (STJ – REsp. nº 163.636 – RS – Rel. Min. Ari Pargendler – J. 28.04.98 – DJU 18.05.98.)*

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

*FÉRIAS FORENSES - Prescrição - Prazo prescricional.*

*As férias forenses não interrompem a prescrição (CCB, artigo 172), havendo expressa previsão legal de que as citações destinadas a evitar o perecimento do direito devem ser feitas nesse período (CPC, artigo 173, II). (STJ – REsp. nº 98.791 – SP – Rel. Min. Ari Pargendler – J. 09.10.98 – DJU 16.11.98.)*

Tribunal Superior do Trabalho – TST.

*AJUIZAMENTO DE AÇÃO – INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO – CAUSA DE PEDIR DIVERSA*

*A ação anterior somente interrompe a prescrição se dela depende o reconhecimento da situação jurídica necessária ao conhecimento da pretensão relativa ao processo subsequente. Se os pedidos contidos nas duas ações são independentes um do outro, não há que se falar em interrupção da prescrição.*

*Revista não provida. (TST – RR nº 304.426/96 – 1ª T – Rel. João Mathias de Souza Filho – J. 14.04.99 – DJU 7.05.99.)*

Tribunal Regional do Trabalho – TRT2ªR.

*PRESCRIÇÃO – Arquivamento – Interrupção.*

*A própria lei apaga o efeito interruptivo da citação em processo extinto sem julgamento do mérito (Código Civil, artigo 175). A interrupção, até mesmo pela lógi-*

*ca, opera apenas naquela causa em que se deu a citação. Não se projeta para o mundo exterior ao processo, para além daquela relação processual. Sepultado o processo, sem exame do mérito, caem os efeitos da citação, como a litispendência, a litigiosidade da coisa, a prevenção do Juízo, a mora e a interrupção da prescrição. (TRT 2ªR – RO nº 472.742 – 10ª T – Ac. 02980407563 – Rel. Juiz Eduardo de Azevedo Silva – DOE 07.08.98.)*

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP

*EXECUÇÃO FISCAL – Sócio solidário – Prosseguimento da ação contra ele – Artigo 135, incisos I e III, do Código Tributário Nacional – Prescrição – Inocorrência – Interrupção operada em relação à empresa contribuinte – Incidência do artigo 176, parágrafo 1º, do CC, e não do artigo 71 do Decreto-lei nº 57.663, de 1966 – Recursos providos. (TJSP – Ap. Cív. nº 229.840-2 – Sumaré – 15ª Câmara – Rel. Des. Marcondes Machado – J. 08.03.94.) Lex 160/105.*

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

*PRAZO PRESCRICIONAL – Herança – Sucessão do cônjuge sobrevivente – Direito ao usufruto da quarta parte dos bens - CC, artigo 1.611, parágrafo primeiro.*

*A prescrição supõe inércia do titular da ação pelo seu não exercício. Não foi negligente aquele que, uma vez aberto o inventário, defendeu a existência de direito mais amplo, sendo-lhe até e depois reconhecido o direito ao usufruto. Hipótese em que se tornou desnecessário definir a natureza do direito para os fins do artigo 177 do CC, ante a presença de causas interruptivas da prescrição. (STJ – REsp. nº 56.206 – RS – Rel. Min. Nilson Naves – J. 18.06.96 – DJU 19.08.96.)*

### 3. Súmulas

*Supremo Tribunal Federal – Súmula n.º 154  
“Simples vistoria não interrompe a prescrição.”  
Referência: Cód. Civil, artigo 172; Cód. Proc. Civil, artigos 676, VI, 166, V e 720. Embs. em Rec. Extr. 42.209, de 28.04.61.*

## Direito comparado

### REAL ORDEN DE 29 DE JULIO DE 1889 Código Civil Español

#### De la prescripción

#### CAPÍTULO PRIMERO Disposiciones generales

##### **Artículo 1930**

*Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.*

*También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.*

##### **Artículo 1931**

*Pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos.*

##### **Artículo 1932**

*Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley.*

*Queda siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción.*

##### **Artículo 1933**

*La prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás.*

##### **Artículo 1934**

*La prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.*

##### **Artículo 1935**

*Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.*

*Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido.*

**Artículo 1936**

*Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.*

**Artículo 1937**

*Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario.*

**Artículo 1938**

*Las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción.*

**Artículo 1939**

*La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.*

## CAPÍTULO II

De la prescripción del dominio y derechos reales

**Artículo 1940**

*Para la prescripción ordinaria del dominio y de más derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley.*

**Artículo 1941**

*La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida*

**Artículo 1942**

*No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño.*

**Artículo 1943**

*La posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural o civilmente.*

**Artículo 1944**

*Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año.*

**Artículo 1945**

*La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aun que sea por mandato de Juez incompetente.*

**Artículo 1946**

*Se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:*

- 1. Si fuere nula por falta de solemnidades legales.*
- 2. Si el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia.*
- 3. Si el poseedor fuere absuelto de la demanda.*

**Artículo 1947**

*También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada.*

**Artículo 1948**

*Cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño, interrumpe asimismo la posesión.*

**Artículo 1949**

*Contra un título inscrito en el Registro de la propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo.*

**Artículo 1950**

*La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio.*

**Artículo 1951**

*Las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión*

*en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales.*

**Artículo 1952**

*Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate.*

**Artículo 1953**

*El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido.*

**Artículo 1954**

*El justo título debe probarse; no se presume nunca.*

**Artículo 1955**

*El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición. En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código.*

**Artículo 1956**

*Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta.*

**Artículo 1957**

*El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.*

**Artículo 1958**

*Para los efectos de la prescripción se considera ausente*

*al que reside en el extranjero o en Ultramar.  
Si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente.  
La ausencia que no fuere de un año entero y continuo, no se tomará en cuenta para el cómputo.*

**Artículo 1959**

*Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539.*

**Artículo 1960**

*En la computación del tiempo necesario para la prescripción se observarán las reglas siguientes:*

- 1. El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.*
- 2. Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.*
- 3. El día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad.*

**CAPÍTULO III**

De la prescripción de las acciones

**Artículo 1961**

*Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley.*

**Artículo 1962**

*Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado.*

**Artículo 1963**

*Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años.*

*Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción.*

**Artículo 1964**

*La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince.*

**Artículo 1965**

*No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas.*

**Artículo 1966**

*Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:*

- 1. La de pagar pensiones alimenticias.*
- 2. La de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas o de fincas urbanas.*
- 3. La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves.*

**Artículo 1967**

*Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:*

- 1. La de pagar a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran.*
- 2. La de satisfacer a los Farmacéuticos las medicinas que suministraron; a los Profesores y Maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, o por el ejercicio de su profesión, arte u oficio.*
- 3. La de pagar a los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros o desembolsos que hubiesen hecho concernientes a los mismos.*
- 4. La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico.*

*El tiempo para la prescripción de las acciones a que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios.*

**Artículo 1968**

*Prescriben por el transcurso de un año:*

- 1. La acción para recobrar o retener la posesión.*
- 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.*

**Artículo 1969**

*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*

**Artículo 1970**

*El tiempo para la prescripción de las acciones que tienen por objeto reclamar el cumplimiento de obligaciones de capital con interés o renta, corre desde el último pago de la renta o del interés.*

*Lo mismo se entiende respecto al capital del censo consignativo.*

*En los censos enfitéutico y reservativo se cuenta asimismo el tiempo de la prescripción desde el último pago de la pensión o renta.*

**Artículo 1971**

*El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme.*

**Artículo 1972**

*El término de la prescripción de las acciones para exigir rendición de cuentas corre desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas.*

*El correspondiente a la acción por el resultado de las cuentas, desde la fecha en que fue éste reconocido por conformidad de las partes interesadas.*

**Artículo 1973**

*La prescripción de las acciones se interrumpe por su*

*ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.*

**Artículo 1974**

*La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.*

*Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones.*

*En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores.*

**Artículo 1975**

*La interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor.*

**CODE CIVIL  
(Código Francés)**

**Section II: Des causes qui suspendent le cours de la prescription**

**Article 2251**

*La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.*

**Article 2252**

*(Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 Journal Officiel du 15 décembre 1964 en vigueur le 15 juin 1964)*

*La prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi.*

**Article 2253**

*Elle ne court point entre époux.*

**Article 2254**

*La prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari.*

**Article 2257**

*La prescription ne court point:*

*A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive;*

*A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu;*

*A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé.*

**Article 2258**

*La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession.*

*Elle court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur.*

**Article 2259**

*Elle court encore pendant les trois mois pour faire inventaire, et les quarante jours pour délibérer.*

---

## **CAPÍTULO II**

### **Da decadência**

**Art. 207. *Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 208. *Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 209. *É nula a renúncia à decadência fixada em lei.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

## 1. Comentários

Da mesma forma que a prescrição, o tema decadência tem sua origem no fato jurídico ordinário, denominado de tempo. É a influência do tempo atingindo as relações jurídicas. Na decadência o fator tempo vem para extinguir o direito do titular, desde que ele não o exerça no lapso de tempo determinado.

Quando ocorre a perda do direito o titular não poderá mais exercê-lo, logo, poderíamos afirmar ser a decadência a extinção de um determinado direito em decorrência do decurso de tempo aliado à inércia do seu titular, que não o exerceu no prazo estabelecido.

Ao contrário da prescrição o prazo decadencial pode ser estabelecido também pela vontade das partes, logo, caso a decadência de um determinado direito decorra da lei, o interessado não pode renunciá-la, porém, se decorrer da vontade das partes, torna-se renunciável, desde que decorrido todo o prazo estabelecido.

A decadência pode ser conhecida de ofício pelo magistrado, por versar sobre a existência ou não do direito, desde que derive da lei.

Poderíamos citar diversas características peculiares a cada instituto, e também inúmeras distinções entre um e outro; já que a doutrina, neste particular, é abundante. No entanto, podemos citar a título de exemplo algumas: o direito caduca e a pretensão prescreve; a decadência supõe um direito em potência, a prescrição requer um direito já exercido pelo titular, mas que tenha sofrido algum obstáculo, dando origem à violação daquele. A prescrição não fere o direito em si mesmo, mas sim a pretensão à reparação.<sup>39</sup>

Serpa Lopes,<sup>40</sup> a exemplo das escolas francesas e italianas, só admitia a interrupção e a suspensão aos prazos prescricionais, negando-a aos prazos decadenciais, como a maior parte dos doutrinadores, tanto que na maior parte dos livros acadêmicos encontramos como característica diferenciadora dos institutos da prescrição e da decadência, o fato de que este último não sofreria os efeitos de causas suspensivas ou interruptivas.

<sup>39</sup> No CDC, a decadência atinge o direito de reclamar, a prescrição afeta a pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço.

<sup>40</sup> Serpa Lopes<sup>40</sup> (*Curso de Direito Civil*, vol. 1, 7ª ed. rev. e atual., Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1989

Contudo, com o advento do CDC o legislador incluiu expressamente a expressão “obsta a decadência” no art. 26, § 2º. Com isso diversas posições doutrinárias surgiram, a saber:

Luiz Edson Fachin<sup>41</sup> defende a tese de que se trata de causa interruptiva da decadência, ainda que em descompasso com a sistemática geralmente aceita.

Zelmo Denari,<sup>42</sup> considerando as expressões “até a resposta negativa”, “até seu encerramento”, pondera:

*“Resta saber se esses dois eventos (reclamação e inquérito civil), que o Código qualifica como obstativos da decadência, têm efeitos suspensivos ou interruptivos do seu curso. ... parece intuitivo que o propósito do legislador não foi interromper, mas suspender o curso decadencial. Do contrário, não teria estabelecido um hiato, com previsão de um termo final (dies ad quem) mas, simplesmente, um ato interruptivo”.*

Não obstante, e dada, máxima vênia, não conseguimos atinar com a relação de causa e efeito entre o fato de haver previsão de um hiato e a conclusão de ser o prazo suspensivo. O *dies ad quem*, está simplesmente a indicar o momento em que volta a correr a decadência anteriormente interrompida ou suspensa, não podendo-se desse fato apenas se concluir por um ou outro caso.

Na verdade talvez o posicionamento mais técnico fosse aquele esposado por William Santos Ferreira<sup>43</sup> (Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 10, p. 77 a 96, abril/junho, 1994), para quem efetuada a reclamação, “não há mais que falar em transcurso de prazo (suspensão ou interrupção), não é necessário tratar-se do prazo, o direito foi exercido”. Menciona que o que ocorre no CDC é que houve o reconhecimento de duas formas de exercício: extrajudicial e judicial do direito de reclamar. Sendo que a segunda forma de exercê-lo, se não exercido antes, inicia-se nos termos supracitados. Verificados tais termos, novo prazo decadencial se inicia, agora, através da exteriorização da pretensão por uma ação judicial.

Traçando-se um paralelo com o Código Civil de 1916, podemos dizer que inovou o legislador tendo em vista que o prazo de natureza decadencial não existia assim intitulado naquele, e atualmente veio tal instituto devidamente expresso nos arts. 207 a 211. Permaneceu

<sup>41</sup> FACHIN, Luiz Edson, Da prescrição e da decadência no Código do Consumidor, *Revista da Procuradoria Geral do Estado - RPGE*, Fortaleza, 10(12): 29-40, 1993.

<sup>42</sup> DENARI, Zelmo, *Código de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do Anteprojeto, Forense Universitária, São Paulo, 1991.

<sup>43</sup> FERREIRA, William Santos. Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, n 10, p 77 a 96, abril/junho, 1994.

agora na qualidade de norma a regra geral observada pela doutrina quanto ao fato de não ser a decadência sujeita a suspensão, impedimento ou interrupção do prazo, devendo permanecer a controvérsia existente quanto ao que consta instatuído no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, conforme acima mencionado.

Pelo art. 208 o Legislador dispôs que não correrá decadência contra os absolutamente incapazes. O art. 209 trouxe à baila o que a doutrina já havia consolidado, ou seja, a nulidade da renúncia feita em relação ao prazo decadencial fixado em Lei, permitindo-se todavia, a renúncia do prazo fixado por vontade das partes.

Por fim houve a disciplina legal de que a decadência se tiver origem legal deverá ser reconhecida pelo juiz, independentemente de provocação da parte, não cabendo tal procedimento, salvo se derivar de prazo fixado entre as partes.

## 2. Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

*DESCRIÇÃO: RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.*

*NÚMERO: 21469*

**JULGAMENTO: 02/06/1992**

*E M E N T A*

*RECURSO ORDINÁRIO – DEVOLUTIVIDADE – ALCANCE – PAR. 1. DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.*

*Limitando-se a decisão impugnada ao pronunciamento quer da **decadência**, quer da **prescrição** e concluindo o órgão revisor pela impropriedade do que decidido, descabe adentrar, de imediato, o exame do mérito estrito senso. A regra do par. 1. do artigo 515 do Código de Processo Civil pressupõe que a questão de fundo tenha sido parcialmente apreciada, não conduzindo a procedimento que, embora calcado nos princípios da economia e da celeridade processual, acabe por implicar supressão de instância, com ofensa ao devido processo legal – inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.*

*DECADÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA. Tratando-se de ato de efeito concreto, o termo inicial da **decadência** ocorre quando aquele que se diz prejudicado dele haja tomado conhecimento.*

*Se o ato impugnado é Portaria do Ministro de Estado do Exército contendo ordem de desligamento uma*

*vez completado determinado período, os cento e vinte dias são contados da data da respectiva publicação e não daquela em que executada a ordem – Precedente: Mandado de Segurança nº 21.387-6-DF, Segunda Turma, julgado em 26 de maio de 1992.*

*LEGISLAÇÃO: LEG-FED CFD-\*\*\*\*\* ANO-1988 ART-00005 INC-00055 \*\*\*\*\* CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED LEI-005869 ANO-1973 ART-00515 PAR-00001 \*\*\*\*\* CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL LEG-FED PRT-000949 ANO-1989 ART-00003 MINISTÉRIO DO EXÉRCITO.*

*OBSERVAÇÃO: VOTAÇÃO: UNÂNIME.*

*RESULTADO: IMPROVIDO.*

*VEJA RMS-21387.*

*N. PP.: (9). REVISÃO: (NCS).*

*ALTERAÇÃO: 10.02.94, (MK).*

*ORIGEM: DF – DISTRITO FEDERAL*

*PUBLICAÇÃO: DJ DATA 07.08.92 PP -11779 EMENT VOL-01669-01 PP-00117 RTJ VOL-00143-01 PP-00088*

*RELATOR: MARCO AURELIO*

*SESSÃO: 02 – SEGUNDA TURMA*

Superior Tribunal de Justiça

*ACÓRDÃO: EDRESP 63751/AP (199500176246)*

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL*

*DECISÃO: POR UNANIMIDADE, RECEBER OS EMBARGOS.*

*DATA DA DECISÃO: 30.08.1995*

*ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA*

*E M E N T A*

*PROCESSUAL – **DECADÊNCIA** – ARTIGO 219 DO CPC – ARTIGO 220 DO CPC.*

*– POR EFEITO DO ART. 220 DO CPC, OS PRECEITOS DO ART. 219 ESTENDEM-SE ÀS HIPÓTESES DE **DECADÊNCIA**.*

*RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS*

Superior Tribunal de Justiça

*ACÓRDÃO: MS 4261/DF (199500549417)*

*MANDADO DE SEGURANÇA*

*DECISÃO: POR UNANIMIDADE, EM DENEGAR A SE-*

GURANÇA.

DATA DA DECISÃO: 13.08.1997

ORGÃO JULGADOR: TERCEIRA SEÇÃO

E M E N T A

MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE **DECADÊNCIA** E ILEGITIMIDADE DE PARTE AFASTADAS – MILITARES DA RESERVA – PRETENSÃO DE SEREM PROMOVIDOS AO POSTO IMEDIATAMENTE SUPERIOR – TESE SUSTENTADA NO FATO DE TEREM INGRESSADO NO SERVIÇO PÚBLICO QUANDO VIGIA NORMA QUE ASSIM PERMITIA, EMBORA OUTRA, EXISTENTE POR OCASIÃO DA PASSAGEM À INATIVIDADE, VEDASSE TAL BENEFÍCIO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – AÇÃO PRESCRITA.

1. NÃO DECORRIDOS 120 (CENTO E VINTE) DIAS DO DESPACHO COMBATIDO NO “WRIT”, NÃO SE HÁ DE FALAR EM **DECADÊNCIA** DO “MANDAMUS”.

2. QUANDO A AUTORIDADE COATORA NÃO SE LIMITA A ALEGAR SUA ILEGITIMIDADE, MAS INGRESSA NA DISCUSSÃO DO MÉRITO DO “WRIT”, ACABA ENCAMPANDO O PÓLO PASSIVO DO REMÉDIO HERÓICO.

3. MILITAR QUE ENTRA NO SERVIÇO ATIVO, DENTRO DE DETERMINADA NORMA, NÃO TEM DIREITO ADQUIRIDO AO MESMO REGIME JURÍDICO, SE OUTRA PASSA A VIGORAR NO DECORRER DE SUA ATIVIDADE.

4. REFORMA QUE OBEDECEU A LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DA PASSAGEM A INATIVIDADE, ESTANDO, ADEMAIS, PRESCRITO O DIREITO DE AÇÃO, JÁ QUE DECORRIDOS MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O ATO DE INATIVAÇÃO E O INGRESSO EM JUÍZO (DEC. 20.910/1932).

5. SEGURANÇA DENEGADA.

RELATOR: MINÍSTRO ANSELMO SANTIAGO

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: MS 3938/DF (199500142562)

MANDADO DE SEGURANÇA

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER PARCIALMENTE DO PEDIDO, MAS O INDEFERIR.

DATA DA DECISÃO: 27.11.1996

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA SEÇÃO

**E M E N T A**  
**MILITAR. PROMOÇÃO. RESSARCIMENTO DE**  
**PRETERIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA.**

– **CONHECIMENTO. POSITIVADO QUANTO AO**  
**ÚNICO PONTO NÃO ALCANÇADO PELA DECADÊN-**  
**CIA, É DE CONHECER-SE PARCIALMENTE O PEDI-**  
**DO.**

– **MÉRITO. PEDIDO INDEFERIDO NO SEU PONTO**  
**REMANESCENTE, VISTO QUE O IMPETRANTE JÁ SE**  
**ENCONTRAVA INATIVADO, ASSIM SEM MAIS DIREI-**  
**TO A CONCORRER AS PROMOÇÕES PREVISTAS PARA**  
**O PESSOAL DE CARREIRA DA ATIVA (DEC 88.455/**  
**1983, ART. 7., INC. I).**

**RELATOR: MINISTRO JOSÉ DANTAS**

**CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**  
**DECRETO-LEI Nº 47 344,**  
**de 25 de novembro de 1966**

**CAPÍTULO III**

**O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas**

**SECÇÃO I**

**Disposições gerais**

**ARTIGO 296º**

**(Contagem dos prazos)**

*As regras constantes do artigo 279º são aplicáveis, na falta de disposição especial em contrário, aos prazos e termos fixados por lei, pelos tribunais ou por qualquer outra autoridade.*

**ARTIGO 297º**

**(Alteração de prazos)**

*1. A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar.*

*2. A lei que fixar um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial.*

3. A doutrina dos números anteriores é extensiva, na parte aplicável, aos prazos fixados pelos tribunais ou por qualquer autoridade.

#### **ARTIGO 298º**

##### ***(Prescrição, caducidade e não uso do direito)***

1. Estão sujeitos a prescrição, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição.

2. Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição.

3. Os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade.

#### **ARTIGO 299º**

##### ***(Alteração da qualificação)***

1. Se a lei considerar de caducidade um prazo que a lei anterior tratava como prescricional, ou se, ao contrário, considerar como prazo de prescrição o que a lei antiga tratava como caso de caducidade, a nova qualificação é também aplicável aos prazos em curso.

2. No primeiro caso, porém, se a prescrição estiver suspensa ou tiver sido interrompida no domínio da lei antiga, nem a suspensão nem a interrupção serão atingidas pela aplicação da nova lei; no segundo, o prazo passa a ser susceptível de suspensão e interrupção nos termos gerais da prescrição.

---

## **TÍTULO V DA PROVA**

**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.**

(Correspondente ao art. 136 do CC de 1916)

• CPC – Arts. 332, 348 a 354, 336, 440/443, 364 a 399, 400 a 419, 420 a 439

**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.**

(Sem correspondente ao CC de 1916)

**Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.**

(Sem correspondente ao CC de 1916)

**Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.**

(Sem correspondente ao CC de 1916)

**Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.**

(Correspondente ao art. 134, § 1º, do CC de 1916)

**§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:**

(Correspondente ao art. 134, § 1º, do CC de 1916)

**I – data e local de sua realização;**

(Correspondente ao art. 134, § 1º, a, do CC de 1916)

**II – reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;**

(Correspondente ao art. 134, § 1º, b, do CC de 1916)

**III – nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;**

(Correspondente ao art. 134, § 1º, c, do CC de 1916)

**IV – manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;**

(Correspondente ao art. 134, § 1º, d, do CC de 1916)

**V – referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

**VI – declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;**

*(Correspondente ao art. 134, § 1º, e, do CC de 1916)*

**VII – assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.**

*(Correspondente ao art. 134, § 1º, f, do CC de 1916)*

**§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.**

*(Correspondente ao art. 134, § 2º, do CC de 1916)*

**§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.**

*(Correspondente ao art. 134, § 3º, do CC de 1916)*

**§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.**

*(Correspondente ao art. 134, § 4º, do CC de 1916)*

**§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.**

*(Correspondente ao art. 134, § 5º, do CC de 1916)*

**Art. 216. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados.**

*(Correspondente ao art. 137 do CC de 1916)*

- CPC – Art. 365, I

**Art. 217. Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados**

**em suas notas.**

(Correspondente ao art. 138 do CC de 1916)

- CPC – Art. 365 – I e II

**Art. 218. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato.**

(Correspondente ao art. 139 do CC de 1916)

- CPC – Art. 365, III

**Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.**

**Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.**

(Correspondente ao art. 131 do CC de 1916)

- CPC – Art. 368, caput

**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.**

(Correspondente ao art. 132 do CC de 1916)

**Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.**

**Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.**

(Correspondente ao art. 135 do CC de 1916)

- LRP – Art. 127, I, 129 e 332

**Art. 222. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado.**

(Sem correspondente ao CC de 1916)

**Art. 223. A cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de decla-**

***ração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

***Parágrafo único. A prova não supre a ausência do título de crédito, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua exibição.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

***Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.***

*(Correspondente ao art. 140 do CC de 1916)*

- Dec. 84.451/80
- CPC – Art. 151, I e 157
- LCP – Art. 148

***Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

***Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.***

***Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.***

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

***Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.***

***Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.***

*(Correspondente ao art.141 do CC de 1916)*

- CPC – Art. 401
- ET – Art. 92 § 8º

**Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:**

**I – os menores de dezesseis anos;**

**II – aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;**

**III – os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;**

**IV – o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;**

**V – os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.**

**Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.**

(Correspondente ao art. 142 do CC de 1916)

- CPC – Art. 405
- LCP – Art. 42

**Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:**  
**I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;**

**II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;**

**III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.**

(Correspondente ao art. 144 do CC de 1916)

- CPC – Art. 405 e 306
- CP – Art. 154

**Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.**

(Sem correspondente ao CC de 1916)

**Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.**

(Sem correspondente ao CC de 1916)

**Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.**

*(Sem correspondente ao CC de 1916)*

## 1. Comentários

Segundo Clóvis Beviláqua, apud Darcy Arruda Miranda<sup>44</sup>

*“forma é o conjunto das solenidades, que se devem observar, para que a declaração da vontade tenha eficácia jurídica. É o revestimento jurídico, a exteriorizar a declaração da vontade. Esta é a substância do ato, que a forma revela”.*

A prova é o meio empregado visando a demonstração da existência do ato. Suas características, segundo Darcy Arruda Miranda,<sup>45</sup> são: “a) *admissibilidade*, isto é, que esteja de acordo com a lei; b) *pertinência*, ou seja, aplicável ao fato que se quer provar; c) *concludência*, que esteja em consonância com as alegações feitas e relativas ao ponto questionado”. O que se visa com a prova, é o ato alegado por uma das partes, e não o direito.

Dispõe art. 212 que salvo o negócio que se impõe forma especial, poderá o ato jurídico ser provado mediante:

- I – confissão;
- II – documento;
- III – testemunha;
- IV – presunção;
- V – perícia.

Tal enumeração continua sendo meramente exemplificativa, visto que o Código de Processo Civil dispõe no art. 332 que “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”.

No que tange à confissão, o legislador a definiu no art. 348: “Há, confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial”. A primeira ocorre em juízo, levada a termo nos autos, podendo ser espontânea ou provocada, esta última, “constará do depoimento pessoal prestado pela parte” (art. 349 do CPC).

<sup>44</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 98

<sup>45</sup> Obra acima citada v. 44 (nota anterior).

A Confissão extrajudicial é aquela realizada fora do juízo, por uma das partes, ou por representante, até o limite em que possa vincular o representado (p. ú. do art. 213), podendo ser realizada por escrito, feita a terceiro, ou através de testamento, a qual será livremente apreciada pelo juiz (CPC, art. 353), se for a confissão realizada verbalmente, “só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal” (art. 353, p. ú.).

Via de regra a confissão é irrevogável (art. 214), porém poderá ser anulada se decorreu de coação ou de erro, vício do consentimento, onde se verifica a distorção entre a vontade e sua manifestação.

No que concerne à indivisibilidade da confissão, somente será aceita a cindibilidade, “quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção” (CPC, art. 354).

Documento é a demonstração por escrito de um ato, fato ou negócio jurídico. Os documentos podem ser públicos ou particulares. Públicos são os atos escritos por autoridade pública, no exercício de suas funções, segundo as exigências e formalidades legais; particulares são os documentos escritos pela própria pessoa, sem intervenção de autoridade pública; para sua validade mister se faz que seja assinado por ambas as partes, por testemunhas, com seus respectivos reconhecimentos de firma, o que conforme o art. 369 do Código de Processo Civil, tal reconhecimento reputar-se-á o documento como sendo autêntico.

Dispõe o art. 215 que a escritura pública lavrada por tabelião de notas é documento dotado de fé pública, salvo quando a lei exigir outros requisitos, devendo conter as disposições do § 1º, assim com será redigida em língua nacional, e no caso de um dos comparecentes não souber a língua nacional, deverá estar presente ao ato tradutor público. Pode ocorrer também que um dos comparecentes não possa ser identificado por documento ou pelo tabelião, nestes casos dispõe o § 5º que será necessária a presença de duas testemunhas, tal exigência tem por finalidade possibilitar a identificação daquele.

As certidões extraídas por tabelião ou oficial de registro têm a mesma força probante dos originais, tal se deve ao fato de as pessoas acima serem dotadas de fé pública.

Conforme disposto no art. 216, “farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro, a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados”.

Conforme Darcy Arruda Miranda <sup>46</sup>

*“Certidão é a reprodução ou cópia autêntica do teor de ato escrito, registrado em autos ou em livro, fei-*

<sup>46</sup> MIRANDA, Darcy Arruda, *Anotações ao código civil brasileiro*, vol. I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 104.

*to por pessoa que tenha fé pública. Para que em juízo façam a mesma prova que os originais, as certidões devem ser textuais, isto é, verbo ad verbum, portanto, abrangente de todo o conteúdo do ato. Quando resumida, contendo apenas os pontos essenciais requeridos pela parte interessada, chama-se certidão em breve relatório.*

*Traslado é a cópia fiel e imediata passada pelo próprio tabelião ou escrivão, de escritura ou documento, constante de livros públicos ou do arquivo de repartições ou cartórios. O traslado de autos é extraído pelo próprio escrivão e por outro consertado”.*

O art. 224 dispõe textualmente que “os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no país” tal tradução deverá ser efetuada por tradutor juramentado (v. art. 129, § 6º, da Lei n. 6.015/73), a fim de possibilitar o seu conhecimento por todos os interessados.

Testemunha é a pessoa que presenciou determinado ato, declarando perante outra pessoa, a veracidade do mesmo. Pode ser judiciária, quando depõe em juízo, ou *instrumentária*, quando subscreve o ato (v.g. uma escritura, um testamento, um contrato, um documento).

Conforme ensinamentos de Darcy Arruda Miranda,<sup>47</sup> não pode ser testemunha qualquer pessoa, nem alguns atos podem ser provados por meio de testemunhas, havendo restrições legais a respeito (v. arts. 141 a 144 e, também, os arts. 401 a 406 do CPC).

O art. 228 enumera as pessoas que não podem ser admitidas como testemunhas, salvo no caso em que seu depoimento seja de necessidade para que o juízo forme o seu convencimento, visto que se trata de fatos que somente estas pessoas conhecem.

) art. 229, em matéria de prova testemunhal, ressalva o direito das pessoas de não testemunharem, quer por necessidade de se manter o sigilo profissional, assim como evitar que as pessoas em face do testemunho desonrem a si mesmas, ao cônjuge, parente em grau sucessível ou amigo íntimo, ou expor essas pessoas a perigo de vida ou dano patrimonial em face do testemunho.

Presunção é o meio utilizado para se chegar à verdade mediante um processo lógico, partindo-se de um fato conhecido visando provar o desconhecido.

Conforme prescreve Darcy Arruda Miranda<sup>48</sup>

*“ A palavra vem do latim praesumptio (conjectura, idéia antecipada). As presunções se desdobram em pre-*

<sup>47</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 103

<sup>48</sup> Miranda Darcy Arruda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, volume I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 103

*sunções legais (absolutas e condicionais) e comuns (hominis). A presunção legal e absoluta (iuris et de iure) não admite prova em contrário e prevalece como verdade. É uma dedução que a lei extrai, necessariamente, de um fato certo, para alcançar outro que deve ser tido como verdade, como nos casos previstos nos arts. 111 (presunção de fraude do devedor insolvente), 247 (presume-se a mulher autorizada pelo marido a ... ), 1.195 (findo o contrato, presume-se prorrogada a locação) etc.”*

A presunção legal condicional, também chamada por alguns doutrinadores de *iuris tantum*, admite prova em contrário. Já a presunção comum ou presunção *hominis* é a decorrente da experiência do homem, e não resultante da lei.

Inovou o legislador ao tratar deste assunto nos artigos 230 a 232, ao afirmar que nos casos em que a lei excluir a prova testemunhal, salvo as presunções legais, não se aceitará a presunção comum; assim como nos casos em que a pessoa se recusa a exame médico destinado a prova de algum fato, presumir-se-a que o mesmo é verdadeiro, não podendo a pessoa se beneficiar de sua recusa.

Conforme dispõe o art. 420 do CPC a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Exame é a análise de alguma coisa, feita por pessoas devidamente qualificadas e de confiança do juízo, visando fazer prova (v.g. exame de livros, exame grafotécnico etc.). Vistoria é a verificação pericial, limitada à inspeção ocular (v.g. verificação do estado de um imóvel), já a avaliação consiste em se estimar o valor de determinado bem.

## 2. Jurisprudência

*“Presumem-se verdadeiras, em relação aos signatários, as declarações contidas em documento particular, independentemente da ocorrência de testemunhas instrumentárias. Dispõe o Código Civil que o instrumento particular, quando subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas a ausência de testemunhas não retira ao documento a possibilidade de provar o que se convencionou” (RT, 488:190).*

*“O contrato de locação baseado em instrumento particular não assinado pelo locador que, por ser anal-fabeto, nele após sua impressão digital, não é nulo, nem*

*anulável, se o senhorio que tem ônus da prova não demonstra vícios da vontade, como simulação, erro, fraude etc.” (RT, 463:177).*

*“Tratando-se de cessão e transferência de direitos hereditários de valor superior à taxa legal prevista no art. 134 do Código Civil, imprescindível o instrumento público, à vista de serem os direitos sobre a sucessão aberta considerados imóveis para os efeitos legais.*

*“É impossível a transcrição de cessão de direitos hereditários no Registro de Imóveis” (RT, 461:107, TJSP).*

*“É da substância da compra e venda a escritura pública se o imóvel é de valor superior ao previsto no art. 134, 11, do Código Civil. A preterição dessa formalidade essencial conduz, indiscutivelmente, declaração de nulidade da compra e venda pactuada por mero instrumento particular” (RT, 505:66, TJSP).*

*“Tratando-se de direitos hereditários, imóveis por ficção jurídica, nos termos do art. 44, 111, do Código Civil 1, faz-se mister a escritura pública para sua cessão” (RT, 507:111, TJSP).*

*“É nula a fiança em que o fiador, por ser analfabeto, limitou-se a apor sua impressão digital no instrumento -particular” (RT, 500:125, 1º TACSP).*

*“Prova emprestada não vincula o juiz de molde a impedi-lo de determinar que se repita nos autos da ação, máxime quando há impugnação da parte contrária” (RT, 506:212).*

*“A prova pericial em livros contábeis de terceiro alheio à causa é despropositada” (RT, 490:111).*

*“A proibição do art. 141 do Código Civil, segundo a jurisprudência do STF, tem sido compreendida em termos de não ser ampliada, referindo-se só a contratos e não a fatos, propriamente ditos.*

*“Tratando-se de prestação de fato, comprovada documentalmente, é admissível e plenamente aceitá-*

*vel a prova complementar por meio de testemunhas, sem se cogitar do valor do negócio” (RT, 449:100).*

*“O que tanto a lei substantiva, como a adjetiva falam, expressamente, no tocante ao impedimento para testemunhar em Juízo é apenas o parentesco com uma das partes litigantes, razão pela qual se uma testemunha venha a ser irmã de ambas as partes, não há falar-se em impedimento em tal caso, porque a interpretação diversa implicaria distinguir onde a lei não distingue” (RT, 481:189).*